

ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

2015

Volumen II
Primera parte

*Documentos del sexagésimo
séptimo período de sesiones*

NACIONES UNIDAS



ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

2015

Volumen II
Primera parte

*Documentos del sexagésimo
séptimo 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... 2014*).

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 67º 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/2015/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
eISBN 978-92-1-005378-5
ISSN 0497-9885 eISSN 2411-9857

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas y siglas	iv
Nota referida a las citas	v
Vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del estatuto) (tema 2 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/684.</i> Nota de la Secretaría	1
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (tema 3 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/686.</i> Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial	3
Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/683.</i> Tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial...	39
Aplicación provisional de los tratados (tema 6 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/687.</i> Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo, Relator Especial.....	59
<i>Documento A/CN.4/676.</i> Memorando de la Secretaría	89
Identificación del derecho internacional consuetudinario (tema 7 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/682.</i> Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial.....	97
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (tema 8 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/685.</i> Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de la Sra. Marie G. Jacobsson, Relatora Especial....	143
Protección de la atmósfera (tema 9 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/681.</i> Segundo informe sobre la protección de la atmósfera, del Sr. Shinya Murase, Relator Especial	197
Crímenes de lesa humanidad (tema 10 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/680.</i> Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, del Sr. Sean D. Murphy, Relator Especial	229

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ASEAN	Asociación de Naciones de Asia Sudoriental
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPE	Comisión Económica para Europa
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
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OEА	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
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMT	Organización Mundial del Turismo
OPAQ	Organización para la Prohibición de las Armas Químicas
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

*

* *

<i>C.I.J. Mémoires</i>	CIJ, <i>Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (núms. 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (núms. 40 a 80, a partir de 1931)
<i>C.P.J.I. série B</i>	CPJI, <i>Recueil des avis consultatifs</i> (núms. 1 a 18, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série C</i>	CPJI, <i>Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour</i> (hasta 1930 inclusive); <i>Plaidories, exposés oraux et 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)
UNRIAA	Naciones Unidas, <i>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.

Para un resumen en español de los fallos, opiniones consultivas o providencias de la Corte Internacional de Justicia citados en el presente volumen, pueden consultarse, según corresponda, las siguientes publicaciones de las Naciones Unidas:

Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, 1992-1996, 1997-2002, 2003-2007 o 2008-2012 (núms. de venta: S.92.V.5, S.97.V.7, S.03.V.12 y S.08.V.6, y ST/LEG/SER.F/1/Add.5, respectivamente).

*

* *

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 <https://legal.un.org/ilc/>.

VACANTES IMPREVISTAS EN LA COMISIÓN (ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/684

Nota de la Secretaría

*[Original: inglés]
[8 de abril de 2015]*

1. Tras la la elección del Sr. Kirill Gevorgian como miembro de la Corte Internacional de Justicia el 6 de noviembre de 2014 y su consiguiente dimisión como miembro de la Comisión, se ha producido una vacante en la Comisión de Derecho Internacional.

2. En este caso se aplica el artículo 11 del Estatuto de la Comisión, que dispone lo siguiente:

En caso de que ocurra una vacante después de la elección, la Comisión la cubrirá con arreglo a las disposiciones de los artículos 2 y 8 de este estatuto.

Los artículos 2 y 8, a los que remite el artículo 11, dicen lo siguiente:

Artículo 2

1. La Comisión se compondrá de treinta y cuatro miembros de reconocida competencia en derecho internacional.
2. La Comisión no podrá tener dos miembros de una misma nacionalidad.
3. En caso de que un candidato tenga doble nacionalidad, se le considerará nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos.

Artículo 8

En toda elección, los electores tendrán en cuenta que las personas que hayan de ser elegidas para formar parte de la Comisión reúnan individualmente las condiciones requeridas, y que en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

3. El mandato del miembro que ha de ser elegido por la Comisión expirará a fines de 2016.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 3 del programa]

Documento A/CN.4/686

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

[Original: español]
[29 de mayo de 2015]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	4
Obras citadas en el presente informe.....	5
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-14 5
<i>Capítulo</i>	
I. LA INMUNIDAD <i>RATIONE MATERIAE</i> : ELEMENTOS NORMATIVOS (<i>cont.</i>).....	15-133 7
A. Consideraciones generales.....	15-20 7
B. El concepto de «acto realizado a título oficial».....	21-127 8
1. Consideraciones generales.....	21-26 8
2. «Acto realizado a título oficial» contra «acto realizado a título privado».....	27-33 9
3. Los criterios identificativos del «acto realizado a título oficial».....	34-94 10
4. Los caracteres del «acto realizado a título oficial».....	95-126 27
5. Conclusión: la definición de «acto realizado a título oficial».....	127 35
C. El elemento temporal.....	128-131 35
D. Alcance de la inmunidad <i>ratione materiae</i>	132-133 36
II. PLAN DE TRABAJO FUTURO.....	134-139 36
ANEXO. Proyectos de artículos propuestos.....	38

* La Relatora Especial desea expresar su agradecimiento a los miembros del equipo de investigación del proyecto de investigación «La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho internacional contemporáneo» (DER2013-45790-P): Fanny Castro-Rial Garrone, Carmen Quesada Alcalá, Claribel de Castro Sánchez, Fernando Val Garijo, Teresa Marcos Martín y Nuria Pastor Palomar (Universidad Nacional de Educación a Distancia); y Rosario Ojinaga Ruiz, Yaelle Cacho Sánchez y José Antonio Valles Cavia (Universidad de Cantabria). Igualmente desea agradecer la colaboración de Marko Sjekavica, estudiante de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra.

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 82, núm. 251, pág. 279.
Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945	Ibíd.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, núm. 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, núm. 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I)	Ibíd.
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)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, núm. 17512, pág. 214. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, núm. 17513, pág. 642. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 91.
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.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., 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 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985)	OEA, <i>Serie sobre Tratados</i> , núm. 67.
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994)	OEA, <i>Documentos Oficiales</i> , OEA/Ser.A/55 (SEPF).
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>Treaty Series</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.
Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003)	ILM, vol. 43 (2004), pág. 5.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , 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.
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	Resolución 61/177 de la Asamblea General, anexo.

Obras citadas en el presente informe

- BRÖHMER, Jürgen
State Immunity and the Violation of Human Rights, La Haya, Martin Nijhoff, 1997.
- CARNERERO CASTILLA, Rubén
La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros, Madrid, Iustel, 2007.
- FOAKES, Joanne
The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- FOX, Hazel y Philippa WEBB
The Law of State Immunity, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KOHEN, Marcelo G.
«The distinction between State immunity and diplomatic immunity», en Gerhard Hafner, Marcelo G. Kohen y Susan Breau (eds.),
State Practice regarding State Immunities, La Haya, Consejo de Europa/Martinus Nijhoff, 2006.
- O'KEEFE, Roger
International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PEDRETTI, Ramona
Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, Leiden, Brill/Nijhoff, 2015.
- VAN ALEBEEK, Rosanne
The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- YANG, Xiaodong
State Immunity in International Law, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.

Introducción

1. El tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58º 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 59º período de sesiones, en 2007, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo 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 antiguo 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 60º y 63º, 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 CDI, en particular en 2008 y 2011.

3. En su 3132ª sesión, que tuvo lugar el 22 de mayo de 2012, la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández, en sustitución del Sr. Kolodkin, que había dejado de formar parte de la Comisión⁵.

4. En la misma sesión, la Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁶. Ese informe 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 esa fecha e identificar los principales puntos de controversia que subsistían, sobre los que la Comisión podía considerar oportuno seguir trabajando en el futuro⁷. En el mismo se identificaron los temas que deberían ser abordados por la Comisión, se definían las bases metodológicas del estudio y se estableció un plan de trabajo orientativo para el tratamiento del tema.

5. La Comisión analizó el informe preliminar en su 64º período de sesiones, en 2012, avalando en líneas generales las propuestas metodológicas y el plan de trabajo propuesto por la Relatora Especial⁸. La Sexta Comisión examinó el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, en ocasión del examen del informe de la CDI, acogiendo positivamente las propuestas contenidas en el informe de la Relatora Especial⁹.

¹ Véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257, apdo. b 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 antiguo 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.*, párr. 5.

⁸ En relación con el desarrollo de dicho debate, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 86 a 139. Véase también *ibíd.*, vol. I, sesiones 3143ª a 3147ª.

⁹ 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*, 20ª a 23ª sesiones (A/C.6/67/SR.20 a 23)). Además, en otra sesión dos Estados realizaron referencias al tema (*ibíd.*, 19ª 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), mimeografiado, párrs. 26 a 38.

6. En el 65º 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 Estado¹⁰. 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 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 3168ª y 3170ª¹¹ y decidió remitir los seis proyectos de artículos al Comité de Redacción. Sobre la base del informe del Comité de Redacción¹², 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 adelante¹³.

8. En el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, 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 CDI. Los Estados, en general, recibieron favorablemente el segundo informe de la Relatora Especial y los avances en los trabajos de la Comisión, valorando positivamente que la Comisión hubiese remitido a la Asamblea General tres proyectos de artículos¹⁴.

9. En su informe anual, la Comisión pidió a los Estados que, antes del 31 de enero de 2014, proporcionen 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 Estado¹⁵. Diez Estados remitieron comentarios escritos sobre dicha solicitud: Alemania, Bélgica, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Irlanda, México, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa y Suiza.

10. En el 66º período de sesiones de la Comisión, en 2014, la Relatora Especial presentó el tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁶. En el mismo se comenzó el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, concentrándose en los aspectos relacionados con el elemento subjetivo. El informe examinó con detalle el concepto general de «funcionario del Estado» y se señalaron los criterios que han de ser tomados en consideración para identificar a las personas que se pueden incluir dentro de dicha categoría. También se analizó el ámbito subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*, definiéndose las personas que se pueden beneficiar de dicha inmunidad. Por último, el informe abordó la cuestión de cuál sería el término más adecuado para referirse a las personas que se benefician de la inmunidad, habida cuenta de los problemas terminológicos que planteaba el uso del término «funcionario del Estado» y sus equivalentes en las demás versiones lingüísticas, proponiendo la Relatora Especial el empleo del término más general de «órgano del Estado». Sobre la base del análisis de la práctica judicial (nacional e internacional), de los tratados relevantes, así como de los trabajos previos de la Comisión que afectan al tema, el informe incluía dos proyectos de artículos dedicados, respectivamente, al concepto general de «funcionario del Estado» a los efectos del proyecto de artículos y al alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*.

11. En sus sesiones 3127ª a 3122ª, la Comisión examinó el tercer informe de la Relatora Especial¹⁷ y decidió remitir los dos proyectos de artículos al Comité de Redacción. Sobre la base del informe del Comité de Redacción¹⁸, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículos dedicados al concepto general de «funcionario del Estado» (proyecto de artículo 2, apdo. e) y a los «beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*» (proyecto de artículo 5). La Comisión aprobó también los comentarios a estos dos proyectos de artículos¹⁹.

12. En el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó el tema

¹⁰ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

¹¹ 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, 3164ª a 3168ª y 3170ª sesiones.

¹² *Ibíd.*, 3174ª sesión.

¹³ Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 65º período de sesiones, 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, 3193ª a 3196ª sesiones.

¹⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 17ª a 19ª sesiones (A/C.6/68/SR.17 a 19). Véase igualmente el 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), mimeografiado, párrs. 10 a 30.

¹⁵ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 25.

¹⁶ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673.

¹⁷ 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, 3217ª a 3222ª sesiones.

¹⁸ *Ibíd.*, vol. I, 3231ª sesión. La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

¹⁹ Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 66º período de sesiones, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 123 a 132. Véanse en particular los proyectos de artículos con sus comentarios que se contienen en el párrafo 132. Para los debates de la Comisión sobre los comentarios a los proyectos de artículos véase *ibíd.*, vol. I, 3240ª a 3242ª sesiones.

«Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» en ocasión del examen del informe anual de la CDI. Los Estados recibieron positivamente el tercer informe de la Relatora Especial y los dos nuevos proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión. La mayoría de las delegaciones se manifestaron a favor de incluir una definición general de «funcionario del Estado» en el proyecto de artículos y manifestaron su apoyo a la definición propuesta por la Comisión, poniendo énfasis en la necesidad de establecer la existencia de un vínculo entre el Estado y su funcionario. En relación con dicha definición, algunos Estados solicitaron a la Comisión que se aclarase el alcance de la expresión «que representa al Estado o que ejerce funciones estatales». Igualmente de forma mayoritaria, los Estados se expresaron a favor de tomar en consideración el concepto de «funcionario del Estado» en relación con la inmunidad *ratione materiae*, ya que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se aplica respecto de un individuo (el «funcionario del Estado»), subrayando igualmente la importancia del vínculo Estado-funcionario. Además, apoyaron la forma en que la Comisión había abordado dicho tema y la redacción del proyecto de artículo 5. Aunque algunos Estados señalaron la conveniencia de clarificar la expresión «cuando actúan en calidad de tal», la mayoría lo recibió favorablemente, por entender que ello reforzaba el carácter funcional de la inmunidad. Sin embargo, un número reducido de Estados manifestó dudas sobre la conveniencia de tomar en consideración al funcionario del Estado en relación con la inmunidad *ratione materiae*, por entender que en dicha categoría de inmunidad lo relevante era exclusivamente el tipo de acto realizado y no su autor. De manera general, se expresó la necesidad de abordar en próximos informes el concepto de «acto realizado a título oficial» y el elemento temporal de la inmunidad. Los Estados destacaron los notables avances que se habían producido en el tema²⁰.

²⁰ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 21ª a 26ª sesiones (A/C.6/69/SR.21 a SR.26). Véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones (A/CN.4/678), párrs. 37 a 51.

13. En su informe sobre el 66º período de sesiones, la Comisión pidió a los Estados

que, antes del 31 de enero de 2015, proporcionen información sobre la legislación interna y sobre su práctica, especialmente la práctica judicial, en relación con las siguientes cuestiones: a) el significado dado a las expresiones «actos oficiales» y «actos realizados a título oficial» en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y b) las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de dichos funcionarios²¹.

En el momento de finalizar el presente informe se han recibido respuestas escritas de los siguientes Estados: Alemania, Austria, Cuba, España, Finlandia, Francia, Perú, Reino Unido, República Checa y Suiza. Además, durante sus declaraciones en la Sexta Comisión, varios Estados se refirieron a las cuestiones contenidas en la pregunta que la CDI les había dirigido. La Relatora Especial desea agradecer muy especialmente a dichos Estados sus comentarios, que son de gran utilidad para los trabajos de la Comisión. Igualmente, se agradecerá cualquier otro comentario que los Estados deseen remitir con posterioridad. Estos comentarios, así como los remitidos por los Estados en 2014²² y las observaciones contenidas en las intervenciones orales de los Estados en la Sexta Comisión han sido debidamente tenidos en cuenta para la elaboración del presente informe.

14. Siguiendo con el plan de trabajo anunciado en el anterior período de sesiones, el cuarto informe continúa el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, abordando los elementos sustantivo y temporal. Como resultado de dicho análisis se proponen dos proyectos de artículos incluidos en la parte correspondiente del presente informe. Además, a fin de facilitar los trabajos de la Comisión, se ha incorporado al informe un anexo que contiene los proyectos de artículos propuestos. Por último, la Relatora Especial desea advertir que el presente informe ha de leerse conjuntamente con los presentados con anterioridad, con los que constituye una unidad, y con los proyectos de artículos provisionalmente aprobados por la Comisión hasta la fecha y los comentarios a los mismos.

²¹ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 28.

²² Véase el párrafo 9 *supra*.

CAPÍTULO I

La inmunidad *ratione materiae*: elementos normativos (cont.)

A. Consideraciones generales

15. Como ya se señaló en los anteriores informes 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 Comisión»²³. Además, la distinción de estas dos categorías de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado fue tenida en cuenta en trabajos anteriores de la Comisión, reflejándose tanto

en el memorando de la Secretaría²⁴ como en el informe preliminar del anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin²⁵, si bien en ambos casos con una finalidad esencialmente descriptiva y conceptual.

16. Por lo que se refiere a los trabajos de la Comisión durante el presente quinquenio, baste con recordar ahora que ha abordado desde 2013 la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* con un enfoque normativo, a fin de establecer un régimen jurídico diferenciado respecto de cada una de ellas. Ello no

²³ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 47, *in fine*, y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 10.

²⁴ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596, párrs. 88 y ss.

²⁵ Véase *ibíd.*, documento A/CN.4/601, párrs. 78 a 83.

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 amplio²⁶. Este enfoque normativo se ha manifestado ya en los proyectos de artículos provisionalmente aprobados por la Comisión, en los comentarios a los mismos, y en la propia estructura del proyecto de artículos, tal y como ha sido aprobada provisionalmente hasta la fecha²⁷.

17. Conforme a lo indicado en anteriores informes, 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»; y

c) no está sometida a límite temporal alguno, ya que la inmunidad *ratione materiae* subsiste incluso después de que la persona que se beneficia de la inmunidad haya perdido la condición de funcionario²⁸.

18. A partir de estas tres características han de deducirse los elementos normativos que configuran esta categoría de inmunidad, a saber:

a) alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*: ¿qué personas se benefician 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 inmunidad²⁹?

²⁶ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párrs. 48 y 53, y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 10, *in fine*.

²⁷ En este sentido, téngase en cuenta que en la estructura del proyecto de artículos se incorporan partes separadas dedicadas a la inmunidad *ratione personae* (segunda parte) y a la inmunidad *ratione materiae* (tercera parte) (véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 131). Además, el proyecto de artículo 4, párr. 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013, se construye sobre la base de dicha distinción, 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*» (véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 4, en esp. párr. 7). Sobre este tema, véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 11.

²⁸ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 50, y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párrs. 12 y 13. Estos tres elementos responden a las diferentes definiciones de inmunidad *ratione materiae* que se han dado en la doctrina y en la jurisprudencia, así como a la contenida en trabajos previos de la Comisión. Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, en esp. notas 25 y 26.

²⁹ La metodología empleada es común a la inmunidad *ratione materiae* y a la inmunidad *ratione personae*, ya que en ambas categorías están presentes los tres elementos que se han definido como elementos normativos. Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párrs. 10 a 16, y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 13.

19. Aunque los tres elementos normativos arriba señalados han de ser analizados de forma conjunta e integrada, la diversidad y complejidad de los mismos aconsejan que los informes de la Relatora Especial los aborden de forma separada. El primero de ellos (elemento subjetivo) ya fue analizado en el tercer informe³⁰, y en este cuarto informe se analizarán sucesivamente el elemento material (concepto de «acto realizado a título oficial») y el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*.

20. Por último, como ya se hizo en anteriores informes³¹, ha de recordarse que la caracterización 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 esta categoría de inmunidad. 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 o ilimitado de la misma.

B. El concepto de «acto realizado a título oficial»

1. CONSIDERACIONES GENERALES

21. Como ya se afirmó en el tercer informe, un individuo se puede beneficiar de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* si en un caso concreto concurren tres condiciones: a) que pueda ser considerado como funcionario del Estado; b) que, en tal condición, haya realizado un acto a título oficial; y c) que haya realizado dicho acto durante su mandato³². Por el contrario, puede darse la circunstancia de que un individuo sea funcionario del Estado en el sentido del presente proyecto de artículos, que realice un acto durante el período en que se encuentra en ejercicio, y que, sin embargo, el acto realizado no pueda ser calificado como «acto realizado a título oficial», en cuyo caso no cabe plantear una eventual inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

22. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta fácil de comprender la importancia que ha de atribuirse al «acto realizado a título oficial» en el marco de la inmunidad *ratione materiae*. Dicha importancia, que ha sido subrayada por todos los miembros de la Comisión y por los Estados, ha sido elevada por algunos miembros de la Comisión y por algunos Estados a un nivel de exclusividad, al considerar que solo el «acto realizado a título oficial» es relevante para determinar la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*, siendo indiferente quién sea el autor del acto. Aunque la Comisión no ha seguido este último enfoque³³, ello no minora el importante papel que corresponde al comportamiento del funcionario (el «acto realizado a título oficial») en la estructura general de la inmunidad *ratione materiae*. Un papel que se explica por la naturaleza eminentemente funcional de esta categoría

³⁰ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, en esp. párrs. 18 a 21 y 145 a 151.

³¹ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párrs. 15 y 23; y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 15.

³² *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 11.

³³ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 132, comentario al proyecto de artículo 5, párr. 3.

de inmunidad, en la que la presencia del Estado se manifiesta a través de dos vínculos distintos pero complementarios, a saber: el vínculo que une al funcionario con el Estado, por un lado, y el vínculo que une al Estado con ciertos actos que representan expresiones de la soberanía y del ejercicio de funciones del poder público, por otro.

23. En consecuencia, ambos elementos (subjetivo y material) están indisolublemente unidos, pero son conceptualmente categorías distintas que han de ser tratadas y analizadas de forma autónoma. La autonomía de ambos elementos, que fue objeto de debate en el 66º período de sesiones de la CDI, en 2014, y que ha suscitado también algún comentario en la Sexta Comisión, ya se había señalado en el tercer informe de la Relatora Especial, en el que se afirmaba expresamente lo siguiente:

145. [L]a 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 [...] 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 Estado³⁴.

24. La relación entre el concepto de «funcionario del Estado» y el de «acto realizado a título oficial» generó un interesante debate en el seno de la Comisión, durante su 66º período de sesiones, en 2014. En el mismo, algunos de los miembros de la Comisión entendieron que la definición de funcionario que se proponía en el proyecto de artículo 2, apdo. e, en especial en su inciso ii), contenía en sí misma tanto el elemento subjetivo como el elemento material de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*. Aunque dicha crítica podía solventarse, a juicio de la Relatora Especial, por lo dicho en el tercer informe que se ha reproducido *supra*, la Comisión evitó toda posible confusión entre los conceptos de funcionario y de acto, mediante una nueva formulación del proyecto de artículo 2, apdo. e, que elimina la referencia a los «actos» y la sustituye por una mención a la «representación del Estado» y al «ejercicio de funciones estatales» como términos neutros que definen el vínculo entre el funcionario y el Estado, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el tipo de actos que quedan cubiertos por

la inmunidad³⁵. En todo caso, la delimitación de cuáles fuesen dichos actos había quedado reservada, como se señalaba expresamente en el tercer informe, a un estudio que se abordaría con posterioridad³⁶. Esta tarea se lleva a cabo en el presente informe.

25. Identificar el concepto y las características del «acto realizado a título oficial» reviste una notable importancia para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado entendido en su conjunto, pero en realidad solo tiene efectos reales respecto de la inmunidad *ratione materiae*, ya que en el caso de la inmunidad *ratione personae*, todos los actos realizados por los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores están cubiertos por la inmunidad, con independencia de que los mismos se hayan realizado a título privado o a título oficial. Por tanto, el concepto de «acto realizado a título oficial» se convierte en un elemento característico e irrenunciable de la inmunidad *ratione materiae*, por lo que su análisis reviste una importancia crucial para el tema.

26. Partiendo de estas premisas, se analizarán a continuación las siguientes cuestiones: el empleo de la expresión «acto realizado a título oficial» frente a la expresión «acto realizado a título privado»; los criterios identificativos del «acto realizado a título oficial»; y la relación existente entre el «acto realizado a título oficial», la responsabilidad y la inmunidad. Dicho análisis tiene por objeto identificar los elementos característicos del «acto realizado a título oficial» sobre los que construir una propuesta de definición del mismo.

2. «ACTO REALIZADO A TÍTULO OFICIAL» CONTRA «ACTO REALIZADO A TÍTULO PRIVADO»

27. Durante su 65º período de sesiones, en 2013, en ocasión de la aprobación provisional del proyecto de artículo 4, párr. 2, la Comisión decidió emplear la expresión «acto realizado a título oficial» por oposición a los «actos realizados a título privado» por un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores³⁷, siguiendo de esta manera el uso adoptado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*³⁸. Con posterioridad, la Comisión ha seguido empleando la expresión «acto realizado a título oficial» para referirse a los actos cubiertos, en principio, por la inmunidad *ratione materiae* y esta será igualmente la terminología empleada en el presente informe.

28. Sin embargo, si se analiza la práctica, así como la doctrina jurídica especializada, ha de llamarse la atención sobre la diversidad de términos empleados para referirse a los actos realizados por un funcionario que podrían dar lugar a la inmunidad *ratione materiae*. Así, a título de ejemplo, cabe citar las siguientes expresiones: «acto oficial», «acto en representación del Estado», «acto en nombre del Estado», «acto de función», «acto de gobierno»

³⁵ Véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 132, comentario al proyecto de artículo 2, apdo. e, párrs. 9 a 11.

³⁶ *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 152.

³⁷ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 4, en esp. párrs. 3 y 4.

³⁸ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), fallo, C.I.J. Recueil 2002, pág. 46.

³⁴ *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673. Véanse también los párrafos 12 y 13.

o, incluso, «acto del Estado». La utilización de dichos términos se realiza habitualmente de forma indistinta y, por tanto, podrían considerarse como sinónimos, aunque ha de advertirse que no todos ellos se emplean siempre con idéntico significado. No obstante, no es preciso a los efectos del presente informe llevar a cabo un análisis pormenorizado de los distintos términos antes mencionados, ya que el interés que dicho análisis tendría a los fines de nuestro tema sería muy limitado. Además, la expresión «acto realizado a título oficial» parece ser la utilizada con carácter mayoritario, en especial por la doctrina.

29. Dicho lo anterior, es preciso advertir que, en determinados contextos, el empleo de alguno de los términos antes mencionados debe ser valorado con sumo cuidado, ya que con los mismos se puede estar haciendo referencia a un fenómeno distinto al que aquí nos interesa. Este es el caso, en particular, de la expresión «acto de Estado», que es empleada en algunos países pertenecientes al sistema de *common law*, en especial los Estados Unidos y el Reino Unido, en el contexto de la denominada «doctrina del acto de Estado». Como es comúnmente señalado por la doctrina, dicha institución procesal, no reconocida en otros sistemas jurídicos, no es plenamente coincidente con la institución de la inmunidad de jurisdicción y no encuentra su fundamento en el derecho internacional consuetudinario. A pesar de ello produce en ocasiones un efecto práctico similar al de la inmunidad de jurisdicción, por lo que ha dado lugar a una cierta confusión entre ambas instituciones³⁹.

30. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que la distinción entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» no es equivalente ni puede confundirse con la distinción entre acto *iure imperii* y acto *iure gestionis*, característica de la inmunidad del Estado. Por el contrario, el «acto realizado a título oficial» puede superar los límites del acto *iure imperii*, pudiendo emplearse también para referirse a algunos actos *iure gestionis* realizados por un funcionario del Estado en cumplimiento de su mandato y ejerciendo funciones estatales.

31. En tercer lugar, ha de advertirse que la distinción entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» no guarda tampoco relación alguna con la distinción entre acto lícito o ilícito. Por el contrario, cuando nos referimos a las dos primeras categorías de actos en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, ambas se presumen —por definición— ilícitas en términos penales, ya que de lo contrario no darían lugar al ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro frente a la que se pretende oponer la inmunidad.

32. En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el empleo de la expresión «acto realizado a título oficial» cobra su sentido por oposición a la expresión «acto realizado a título privado». Pero más allá de este significado negativo o de exclusión, la expresión «acto realizado a título oficial» tiene unos contornos muy imprecisos. El derecho internacional contemporáneo no

ofrece ninguna definición de dichos actos y las legislaciones nacionales son irrelevantes a los efectos del presente tema, ya que en cada uno de ellos puede variar sensiblemente el concepto en cuestión. Por otro lado, en un proyecto de artículos cuyo objeto es identificar el régimen jurídico internacional aplicable a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la legislación nacional no puede ser tomada en consideración como criterio determinante para definir el alcance y significado de qué entendemos por «acto realizado a título oficial», debiendo quedar reducida a un instrumento interpretativo de naturaleza complementaria.

33. En resumen, aunque la oposición entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» es muy sugerente para entender, en términos abstractos, cuándo un determinado acto queda cubierto o no por la inmunidad *ratione materiae*, el uso alternativo de ambos términos no es útil para determinar el alcance y contenido del elemento material de dicha categoría de inmunidad. Para alcanzar dicho objetivo se hace necesario, por tanto, abordar la cuestión de cuáles son los elementos identificativos de dicha categoría de actos.

3. LOS CRITERIOS IDENTIFICATIVOS DEL «ACTO REALIZADO A TÍTULO OFICIAL»

34. A la luz de lo que se acaba de señalar, la importancia de definir cuáles sean los criterios identificativos del «acto realizado a título oficial» es evidente. Y para ello es necesario proceder a un análisis de la práctica, paralelo al que se realizó en el tercer informe, respecto del concepto de «funcionario del Estado»⁴⁰, siguiendo la misma estructura empleada en aquella ocasión. Así, se analizarán sucesivamente la práctica judicial (internacional y nacional), la práctica convencional y algunos trabajos previos de la Comisión especialmente relevantes para el tema que nos ocupa.

a) La práctica judicial internacional

35. La Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia han dictado sentencias en las que se refieren, con una u otra denominación, a los «actos realizados a título oficial» en relación con la institución de la inmunidad.

36. Comenzando por la Corte Internacional de Justicia, ha de recordarse que la misma se ha referido a la inmunidad de funcionarios del Estado en los casos *Mandat d'arrêt*⁴¹ y *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*⁴², partiendo en ambas de diversos actos realizados por altos cargos del Estado sobre cuya naturaleza se pronuncia. A ellas ha de añadirse el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*⁴³, que si bien se refiere exclusivamente a la inmunidad del Estado, toma igualmente en consideración el concepto de acto

⁴⁰ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párrs. 29 a 110.

⁴¹ Véase la nota 38 *supra*.

⁴² *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, C.I.J. Recueil 2008.

⁴³ *Immunités juridictionnelles de l'État* (Alemania c. Italia - Grecia (interviniente)), fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 99.

³⁹ Fox y Webb, *The Law of State Immunity*, págs. 53 a 72; Carnerero Castilla, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, págs. 36 a 44.

realizado a título oficial. Por último, en el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*⁴⁴, el supuesto de hecho que está en el origen del caso sometido a la Corte se refiere también a un supuesto de presuntos actos realizados a título oficial, si bien es cierto que la Corte no ha tenido que pronunciarse sobre los mismos.

37. En el caso *Mandat d'arrêt*, los hechos que generan la demanda se refieren a la comisión por el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, de una serie de actos que constituyen infracciones graves de los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra y sus Protocolos Adicionales, así como crímenes de lesa humanidad. En el fallo dictado en este caso, la Corte Internacional de Justicia declara la inmunidad de jurisdicción penal del Ministro de Relaciones Exteriores, afirmando 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»⁴⁵. Dichas funciones son analizadas detalladamente por la Corte, enumerándolas de la siguiente forma:

asegura la dirección de la acción diplomática de su gobierno y lo representa generalmente en las negociaciones internacionales y las reuniones intergubernamentales. Los embajadores y otros agentes diplomáticos están llamados a ejercer sus funciones bajo su autoridad. Sus actos son susceptibles de vincular al Estado que representa, y un ministro de relaciones exteriores es considerado, a título de sus funciones, como provisto de plenos poderes para actuar en nombre del Estado (ver por ejemplo el apartado a del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados). [...] Es generalmente quien decide sobre los poderes que se otorgan a los agentes diplomáticos y quien rubrica sus cartas credenciales. En fin, los encargados de negocios son acreditados ante el ministro de relaciones exteriores⁴⁶.

38. Como puede apreciarse, se trata de actividades que responden a la categoría de ejercicio de prerrogativas propias del poder público al más alto nivel y, por consiguiente, constituyen ejemplos que han de ser tomados en consideración al definir los criterios identificativos del acto realizado a título oficial. No obstante, ha de recordarse que los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en su opinión separada conjunta, pusieron en duda que

los crímenes internacionales graves [puedan] ser considerados como actos oficiales, ya que no se corresponden ni a las funciones estatales normales ni a las funciones que un Estado por sí solo (por oposición a un individuo) puede ejercer.

Añadieron que existe una

toma de conciencia creciente del hecho de que los móviles ligados al Estado no constituyen el criterio apropiado para determinar lo que constituyen actos públicos del Estado⁴⁷.

39. El caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* tiene su origen en varios procedimientos penales abiertos en Francia como consecuencia de la muerte en condiciones poco claras de Bernard Borrel, juez de nacionalidad francesa destacado ante el Ministerio de Justicia de Djibouti. En el marco de dichos

procedimientos se iniciaron investigaciones que, bajo el testimonio de dos funcionarios de Djibouti, ofrecieron indicios sobre la participación en la muerte del Sr. Borrel del Presidente de Djibouti, Ismaël Omar Guelleh, en el momento en que se inician las investigaciones y que, en ese concepto, fue llamado a declarar como testigo en la causa. Otros dos altos funcionarios de Djibouti, Djama Souleiman Ali (Fiscal de la República) y Hassan Said Khaireh (Jefe de Seguridad Nacional) fueron llamados a declarar como «testigos asistidos» y los tribunales franceses dictaron contra ellos una orden de arresto europea, siendo finalmente acusados y condenados por sendos delitos de amenazas a testigos. Son estos dos últimos casos los que revisten mayor interés a los fines del presente informe. Aunque la Corte Internacional de Justicia no se pronunció sobre si estos dos altos funcionarios se beneficiaban de la inmunidad *ratione materiae*, al analizar dicha posibilidad formuló afirmaciones que son de interés para definir el concepto de «acto realizado a título oficial», refiriéndose expresamente a la condición de que, para ello, sería necesario que los actos que se les imputan «fuesen efectivamente actos realizados en el marco de [las] funciones [de dichos funcionarios] en tanto que órganos del Estado»⁴⁸. Junto a ello, la Corte se refirió implícitamente a la atribución del acto al Estado como requisito para definir esta posible inmunidad, al afirmar 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 encargados de asegurar la ejecución de dichos actos⁴⁹.

40. En el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*, los hechos que se encuentran en la base del caso son constitutivos de asesinatos, confinamiento y privación del estatuto de prisionero de guerra cometidos por las fuerzas armadas y otros órganos del Tercer Reich alemán durante la Segunda Guerra Mundial, tanto en Italia como en Grecia, sobre personas que ostentaban la nacionalidad de estos dos últimos países. Aunque la Corte Internacional de Justicia no se pronuncia sobre la inmunidad de los funcionarios alemanes sino sobre la inmunidad de Alemania, en la sentencia se refiere a dichos actos para concluir que han de ser considerados necesariamente como actos *iure imperii*, que implican el ejercicio de la soberanía, y que por tanto quedan cubiertos por la inmunidad de jurisdicción del Estado⁵⁰. Para ello, lleva a cabo un análisis de la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, que aunque no es relevante a los efectos de nuestro tema, sin embargo, contiene argumentos de los que se pueden extraer elementos característicos de los actos realizados a título oficial. Así, afirma lo siguiente:

La Corte considera que las expresiones *iure imperii* e *iure gestionis* no implican para nada que los actos contemplados sean lícitos, por el contrario indican solamente que deben ser apreciados en relación con el derecho que rige el ejercicio del poder soberano (*iure imperii*) o del derecho que rige las actividades no soberanas del Estado, en particular aquellas de naturaleza privada o comercial (*iure gestionis*)⁵¹.

⁴⁴ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 422.

⁴⁵ C.I.J. Recueil 2002, párrs. 51 y 53.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 53.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 85.

⁴⁸ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, C.I.J. Recueil 2008, párr. 191.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 196.

⁵⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État*, C.I.J. Recueil 2012, párrs. 60 y 61.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 60.

41. La calificación de los actos antes mencionados como «actos soberanos» ha sido mantenida igualmente por el magistrado Koroma⁵² y por el magistrado *ad hoc* Gaja⁵³. Por el contrario, el magistrado Cançado-Trindade ha concluido en su opinión disidente que la soberanía no puede servir para referirse a comportamientos que constituyen crímenes internacionales, afirmando que «los crímenes internacionales no son actos del Estado ni tampoco «actos privados»; un crimen es un crimen, quien quiera que sea su autor»⁵⁴.

42. Por último, el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* trae su causa de los actos de exterminio, tortura, persecución y desapariciones forzadas presuntamente cometidas por Hissène Habré durante su mandato como Presidente del Chad. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia no se ha pronunciado sobre la naturaleza de estos actos y la posibilidad de que queden cubiertos por la inmunidad, limitándose a retener los argumentos formulados por las partes en los procedimientos internos seguidos en Bélgica y el Senegal⁵⁵.

43. Por lo que se refiere a la contribución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al tema a que se refiere el presente informe, ha de llamarse la atención en primer lugar sobre el hecho de que las sentencias del Tribunal no se refieren, como regla, a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, sino a la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a acciones civiles⁵⁶, pronunciándose en todos los casos sobre la compatibilidad de dicha inmunidad de jurisdicción civil con el derecho al juicio justo reconocido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, no es menos cierto que, en sus sentencias, el Tribunal se ha ocupado de actos específicos realizados por funcionarios del Estado, de tal

⁵² *Ibid.*, opinión separada del magistrado Koroma, párr. 4: «el despliegue de fuerzas armadas de una nación a los fines de la conducción de un conflicto armado es por esencia un acto soberano».

⁵³ *Ibid.*, opinión disidente del magistrado *ad hoc* Gaja, párr. 5. El magistrado Gaja afirma que para poder considerar una actividad como *iure imperii* es necesario que la misma «se derive del ejercicio, para [el] Estado, de un poder soberano». Ha de tenerse igualmente en cuenta que el magistrado *ad hoc* Gaja introduce un interesante matiz al afirmar que cuando se trata de daños corporales o asimilados, causados de forma intencional, la distinción entre acto *iure imperii* y acto *iure gestionis* se transforma en irrelevante (párr. 5), concluyendo que «aunque la inmunidad se aplicase como regla general a las reclamaciones relativas a los daños causados por actividades militares llevadas a cabo sobre el territorio del Estado del foro, ella no se extendería a aquellos daños que guardan relación con masacres de civiles o con actos de tortura cometidos sobre el mismo territorio» (párr. 10).

⁵⁴ *Ibid.*, opinión disidente del magistrado Cançado-Trindade, párr. 181. Véase, en general, párr. 178 y ss.

⁵⁵ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, C.I.J. Recueil 2012, párrs. 20 y 22.

⁵⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido expresamente a la distinción entre los procedimientos civiles y penales en su fallo *Al-Adsani v. United Kingdom* (demanda núm. 35763/97), *Reports of Judgments and Decisions 2001-XI*, párrs. 34, 61 y 66. Dicha distinción, sin embargo, fue rechazada por los jueces que votaron en contra (véase la opinión disidente de los jueces Rozakis y Cafiisch, a la que declaran adherirse los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić). Esta distinción ha sido nuevamente señalada por el Tribunal Europeo en el asunto *Jones and others v. United Kingdom* (demandas núms. 3456/06 y 40528/06), *Reports of Judgments and Decisions 2014*, párr. 207. Dicha distinción ha sido igualmente criticada en la opinión disidente de la jueza Kalaydjieva. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido ha aceptado dicha distinción (véase el párrafo 179 del fallo).

forma que los pronunciamientos de dicho Tribunal pueden ser de utilidad para determinar cuáles son los criterios característicos de los «actos realizados a título oficial».

44. En el caso *McElhinney v. Ireland*, el asunto sometido a la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene su origen en hechos que se produjeron a partir de ciertos comportamientos de un ciudadano irlandés al pasar un puesto de control en la frontera entre Irlanda del Norte y la República de Irlanda, seguidos de una persecución de dicho ciudadano por un soldado británico, que se produce ya en territorio irlandés, y en la que, a juicio del demandante, fue objeto de sevicias, atentados contra su integridad física y falta de cumplimiento correcto de las funciones del soldado británico. Al margen de otros interesantes argumentos que se contienen en dicha sentencia en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, ha de destacarse en este momento que, a juicio del Tribunal Europeo «los actos de un soldado sobre el territorio de un Estado extranjero» tienen una estrecha relación con «la esfera central de la soberanía del Estado [...] que pueden, por su naturaleza» suscitar cuestiones «susceptibles de afectar a las relaciones diplomáticas del Estado y a la seguridad nacional». En consecuencia, calificó los actos atacados ante el Tribunal como actos *iure imperii*, que son actos del Estado y se benefician de la inmunidad⁵⁷.

45. En el asunto *Al-Adsani*, los hechos que están en el origen de la demanda son la detención y las 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. Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se pronuncia sobre una eventual inmunidad de las personas autoras de las torturas, ya que los tribunales británicos habían procedido contra estas tres personas dictando una sentencia en rebeldía contra el jeque y autorizando al demandante a actuar contra las otras dos personas⁵⁸, sí evalúa implícitamente la naturaleza de los actos en cuestión. En este sentido, concluye que dichos actos son constitutivos de torturas que están prohibidos por una norma de *ius cogens*⁵⁹, a pesar de lo cual afirma que no es posible identificar en el derecho internacional aplicable en la fecha una excepción que prive a los Estados de beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción civil en relación con dichos actos⁶⁰. Aunque es cierto que el Tribunal no califica expresamente los actos de tortura como actos del Estado o actos realizados a título oficial, no es menos cierto que la argumentación citada equivale al reconocimiento de la tortura como un acto imputable al Estado y que por tanto, *prima facie*, puede ser considerado como un acto realizado a título oficial por sus autores.

46. En el asunto *Jones and others v. United Kingdom*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que pronunciarse sobre la inmunidad en relación con actos de

⁵⁷ Véase *McElhinney* (demanda núm. 31253/96), Gran Sala, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XI* (resumen), en esp. párr. 38.

⁵⁸ Véase *Al-Adsani*, párrs. 14 y 15.

⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 58 y 61.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 66.

tortura cometidos por funcionarios de la Arabia Saudita contra los demandantes durante su detención en dicho país⁶¹. Como ya se señaló en el tercer informe, la sentencia recaída en este asunto presenta un gran interés desde distintas perspectivas y habrá de ser objeto de un continuado análisis en los trabajos de la Comisión⁶². Por lo que se refiere al concepto de «acto realizado a título oficial», han de destacarse las siguientes afirmaciones del Tribunal:

[I]a 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 Estado⁶³.

Añadiendo que

[I]os particulares solo se benefician de la inmunidad del Estado *ratione materiae* cuando los actos impugnados fueron desarrollados en el ejercicio de sus funciones oficiales⁶⁴.

Junto a ello, el Tribunal recurre a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, para afirmar que

[I]a Convención contra la Tortura define la tortura como un acto cometido por «un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas». Esta definición aparece como apoyando el argumento de que los actos de tortura pueden ser cometidos en una «capacidad oficial» a los efectos de la inmunidad del Estado⁶⁵.

En consecuencia, nos encontraríamos ante actos que, al menos *prima facie*, pueden calificarse como actos realizados a título oficial.

47. En el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es útil referirse, por último, a una reciente sentencia dictada por dicho Tribunal que, aunque se sitúa en el plano de las inmunidades regidas por el derecho interno, contiene elementos que pueden ser de interés a los fines de definir los elementos característicos del acto realizado a título oficial. Se trata de la sentencia *Urechean and Pavlicenco v. The Republic of Moldova*⁶⁶, que se refiere a las declaraciones públicas formuladas en 2004 y 2007 por el Presidente de Moldova, quien acusó a los demandantes, respectivamente, de haber organizado una red mafiosa de corrupción y de haber estado vinculados con el Comité de Seguridad del Estado (KGB). Las demandas por libelo o difamación presentadas por los interesados ante los tribunales moldovos fueron desestimadas, por considerar dichos tribunales que las citadas afirmaciones se habían realizado en el marco del ejercicio de sus funciones oficiales por el Presidente, que, por tanto, se beneficiaban de la inmunidad. Por su parte, los demandantes alegaron que las declaraciones difamatorias

⁶¹ Ha de tenerse en cuenta que el caso presenta la peculiaridad de que los actos judiciales atacados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se refieren, en su origen, a la inmunidad del Estado sino a la inmunidad de jurisdicción de funcionarios de la Arabia Saudita demandados de forma individualizada. A ello ha de añadirse que los tribunales británicos protagonizaron un largo proceso en el que la posición sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción civil de los citados funcionarios por la presunta comisión de actos de tortura fueron objetos de sucesivos recursos y cambios de pronunciamiento sobre el fondo.

⁶² *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 45.

⁶³ *Jones and others*, párr. 204.

⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 205.

⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 206.

⁶⁶ Demandas núms. 27756/05 y 41219/07, sentencia de 2 de diciembre de 2014.

del Presidente no habían sido realizadas en tal calidad sino al margen de las mismas, en tanto que líder político. Aunque el Tribunal entendió que, en términos abstractos, las declaraciones de un Jefe de Estado pueden quedar cubiertas por la inmunidad y no concluyó si dichas declaraciones eran actos oficiales o privados en el caso en cuestión, sí llamó la atención sobre la exigencia de que los tribunales nacionales evalúen si las mismas se corresponden con una u otra categoría, en especial teniendo en cuenta que la inmunidad reconocida al Presidente de la República de Moldova para actos realizados en ejercicio de sus funciones oficiales es perpetua y no se extingue con la terminación del mandato. Desde esta perspectiva, el Tribunal abre un importante debate sobre la necesidad de identificar si un acto es oficial o privado, incluso respecto de un acto que *ab initio* presenta una clara apariencia de oficialidad. Dicho debate debe ser tenido igualmente en cuenta a los efectos del presente informe.

48. Para finalizar esta sección, ha de llamarse la atención sobre la sentencia de 29 de octubre de 1997, dictada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Blaškić*, a la que se hace frecuente referencia en relación con la inmunidad *ratione materiae*⁶⁷. Dicha sentencia tiene su origen en el recurso interpuesto por Croacia contra la decisión de la Sala de Primera Instancia II, de 18 de julio de 1997, por la que se ordenaba a un funcionario croata comparecer ante el Tribunal y producir ante el mismo ciertos documentos oficiales (*subpoena*). La Sala de Apelaciones concluyó que el funcionario al que se llama a declarar ha actuado en ejercicio de una función oficial del Estado, y que sus actos no son atribuibles directamente al funcionario sino al Estado (actos realizados a título oficial)⁶⁸, que no entran, por tanto, dentro de la categoría de actos realizados por «personas que actúan en su capacidad privada» (actos realizados a título privado)⁶⁹.

b) *La práctica judicial nacional*

49. A los efectos de definir el concepto de «acto realizado a título oficial» reviste especial importancia la práctica de los tribunales nacionales, ya que son dichos órganos judiciales los que tienen que resolver los casos que se pueden ver afectados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y al hacerlo se pronuncian sobre los actos que, desde la perspectiva de la inmunidad *ratione materiae*, pueden quedar cubiertos por la inmunidad. Por ello en esta sección se analiza dicha práctica siguiendo el mismo método empleado en el tercer informe, que incluye tanto las decisiones adoptadas en procesos penales como las recaídas en procesos civiles cuando en las mismas sea posible encontrar elementos relevantes para la identificación de los caracteres esenciales del «acto realizado a título oficial». El objeto de dicho análisis es doble. En primer lugar, identificar los comportamientos que, en la práctica, han sido objeto de reclamaciones de inmunidad y que, por tanto, pueden ser considerados *prima facie* como «actos realizados a título oficial» y, en segundo lugar, identificar

⁶⁷ Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelación, *Fiscal c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-AR 108, 29 de octubre de 1997, ILR, vol. 110, pág. 688.

⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 38.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 49.

los elementos comunes a dichos comportamientos que pueden ser considerados como criterios identificadores de esta categoría de actos.

50. Por lo que se refiere a los procedimientos penales, ha de llamarse la atención en primer lugar sobre el reducido número de comportamientos delictivos respecto de los cuales se ha alegado la inmunidad. Dichos comportamientos se reconducen, en un buen número de casos, a crímenes de derecho internacional, entre los que cabe citar los siguientes: tortura, asesinatos en masa, genocidio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, embarazo forzoso, deportación, privación del estatuto de prisionero de guerra, esclavitud y trabajos forzados, así como actos de terrorismo⁷⁰. Estos delitos se mencionan en ocasiones *eo nomine*, mientras que en otros asuntos el procedimiento se refiere de forma genérica a crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos⁷¹. En segundo lugar, se han alegado ante los tribunales otros actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas o servicios de seguridad que no se pueden encuadrar en la categoría antes mencionadas, tales como malos tratos, sevicias, detención ilegal, secuestro, delitos contra la administración de justicia y otros actos relacionados con el mantenimiento del orden público y la aplicación de la ley⁷². Por último, se

⁷⁰ Países Bajos, *In re Rauter*, Tribunal Especial de Casación, sentencia de 12 de enero de 1949, ILR, vol. 16, pág. 553 (crímenes cometidos por fuerzas de ocupación alemana en Dinamarca); Israel, *Fiscal General de Israel c. Eichmann*, Tribunal de Distrito de Jerusalén (caso 40/61), sentencia de 11 de diciembre de 1961, y Tribunal de Apelaciones, sentencia de 29 de mayo de 1962, ILR, vol. 36, págs. 18 y 277 (crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, incluidos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); Italia, *Yasser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Tribunal de Casación, sentencia de 28 de junio de 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69 (1986) (venta de armas y colaboración con las Brigadas Rojas en relación con actos de terrorismo); Nueva Zelanda, *R. v. Mafart and Prieur (Rainbow Warrior)*, Tribunal Superior, Registro de Auckland, 22 de noviembre de 1985, ILR, vol. 74, pág. 241 (actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad franceses, consistentes en el minado del barco Rainbow Warrior, que provocaron el hundimiento del barco y la muerte de varias personas y que fueron calificados como actos terroristas); Alemania, *Antiguo Embajador de Siria en la República Democrática Alemana*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 10 de junio de 1997 (en el asunto se sustanció la acción contra un antiguo embajador que supuestamente almacenó en los locales diplomáticos armas que fueron utilizadas posteriormente para actos terroristas); Países Bajos, *Bouterse*, R/97/163/12 Sv y R/97/176/12 Sv, Tribunal de Apelación de Amsterdam, 2000, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), pág. 682 (tortura, crímenes contra la humanidad); Francia, *Gaddafi*, Corte de Apelaciones de París, sentencia de 20 de octubre de 2000 y Corte de Casación, sentencia de 13 de marzo de 2001, ILR, vol. 125, págs. 490 y 508 (ordenar el derribo de un avión mediante explosivos que causó la muerte a 170 personas, considerado como terrorismo); Senegal, *Fiscal c. Hissène Habré*, Tribunal de Apelaciones de Dakar, sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001, ILR, vol. 125, págs. 571 y 577 (actos de torturas y crímenes contra la humanidad); Bélgica, *Sharon and Yaron*, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, sentencia de 26 de junio de 2002, ILR, vol. 127, pág. 110 (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); Suiza, *A. c. Ministerio Público de la Confederación (asunto Nezzar)*, Tribunal Penal Federal de Suiza (asunto BB.2011.140), sentencia de 25 de julio de 2012 (tortura y otros crímenes de lesa humanidad).

⁷¹ Estados Unidos, *In re Doe*, 860 *Federal Reporter* 2d 40 (segundo circuito 1988) (violación de derechos humanos de miembros de Falun Gong).

⁷² República Federal de Alemania, *Guardias de Fronteras*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia de 3 de noviembre de 1992 (caso 5 StR 370/92), ILR, vol. 100, pág. 364 (muerte de un joven alemán como consecuencia de los disparos realizados por los guardias de

han producido igualmente alegaciones de inmunidad en relación con la desviación y apropiación ilegal de fondos públicos, el blanqueo de capitales y otros actos vinculados con la corrupción, así como el narcotráfico⁷³. Por lo que se refiere a los procesos civiles, ha de llamarse la atención sobre el hecho que en la mayoría de los supuestos la alegación de inmunidad se ha producido en relación con la reclamación de indemnizaciones derivadas de la comisión de alguno de los crímenes antes referidos⁷⁴, si

fronteras de la República Democrática Alemana cuando quería atravesar el denominado muro de Berlín); Irlanda, *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, Tribunal Supremo, sentencia de 24 de abril de 1997, *Irish Reports*, 1997, vol. 2, pág. 121 (circunstancias irregulares de la detención del demandante por funcionarios del Estado); Reino Unido, *Khurts Bat c. Juez de Instrucción de Tribunal Federal de Alemania*, [2011] Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, 2009 (Admin.) (secuestro y detención ilegal).

⁷³ Estados Unidos, *Estados Unidos c. Noriega*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, decimoprimer circuito, sentencia de 7 de julio de 1997 (tráfico internacional de drogas hacia los Estados Unidos cuando Noriega era comandante de las Fuerzas Armadas de Panamá); Francia, Tribunal de Apelaciones de París, sentencias de 13 de junio de 2013 y de 16 de abril de 2015.

⁷⁴ Estados Unidos, *República de Filipinas c. Marcos y otros*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, sentencia de 26 de noviembre de 1986, 806 *Federal Reporter* 2d 344 (uso del poder para apropiarse de grandes sumas pertenecientes al Gobierno y al pueblo de Filipinas); *Saltany v. Reagan et al.*, Tribunal de Distrito de Columbia, sentencia de 23 de diciembre de 1988, 702 *Federal Supp.* 319 (bombardeo por la fuerza aérea estadounidense de objetivos en Libia que causó muerte, daños personales y daños en la propiedad; para dicho bombardeo las autoridades británicas permitieron el uso de bases en su territorio, por lo que también fueron demandadas); *Herbage v. Meese*, 747 *Federal Supp.* 60 (Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, 1990), véase también ILR, vol. 98, pág. 101 (extradición de un ciudadano británico a los Estados Unidos respecto de la que el demandante consideró que se habían producido actos ilegales por parte de los agentes del Estado que procedieron a la extradición); *Hilao y otros c. Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno distrito, sentencia de 16 de junio de 1994, 25 *Federal Reporter* 3d 1467 (tortura, ejecuciones sumarias y desapariciones a manos del personal de inteligencia en cumplimiento de la ley marcial declarada por el Presidente Marcos en 1971); *Lafontant c. Aristide*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, sentencia de 27 de enero de 1994, 844 *Federal Supp.* 128 (acusación de asesinato extrajudicial de un nacional haitiano por fuerzas de seguridad que actuaban bajo las órdenes del Presidente Aristide); Irlanda, *McElhinney v. Williams*, Tribunal Supremo, 1995, ILR, vol. 104, pág. 691 (persecución, detención y malos tratos contra un ciudadano irlandés por parte de un soldado británico con ocasión del paso de la frontera entre Irlanda del Norte y la República de Irlanda); Estados Unidos, *Kadic c. Karadžić*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, sentencia de 13 de octubre de 1995, 70 *Federal Reporter* 3d 232 (secuestro, prostitución forzada, embarazos forzados, torturas y ejecuciones sumarias llevada a cabo durante la guerra civil en Bosnia como parte de una campaña genocida y siguiendo un patrón de violaciones sistemáticas de derechos humanos); Grecia, *Prefectura de Voioitia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de Primera Instancia de Livadia, sentencia de 30 de octubre de 1997 (crímenes cometidos por las fuerzas de ocupación alemanas contra civiles y sus propiedades en Distomo, Voioitia, durante la Segunda Guerra Mundial); Canadá, *Jaffe c. Miller y otros*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, sentencia de 17 de junio de 1993, ILR, vol. 95, pág. 446 (secuestro en Canadá y traslado a Florida, por funcionarios de dicho estado, tras el fracaso en lograr la extradición del demandante); Estados Unidos, *A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin*, Tribunal de Distrito Norte de Illinois, 21 de octubre de 2002 (tortura, genocidio y violaciones de los derechos a la vida, libertad, seguridad de las personas y libertad de pensamiento, conciencia y religión cometidos contra seguidores de Falun Gong. Los tribunales de los Estados Unidos no se pronunciaron, ya que aceptaron la inmunidad sugerida por el Departamento de Estado); Italia, *Ferrini c. Alemania*, Corte de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, ILR, vol. 128, pág. 658 (deportación a Alemania de un ciudadano italiano obligado a realizar trabajos forzados y al que se denegó la condición de prisionero de guerra); Canadá, *Bouzari y otros c. República Islámica del Irán, Fiscal General del Canadá y otros, intervinientes*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, sentencia de 30 de junio de 2004, CanLII 871, 71 *Ontario Reports* 675,

bien en algunos casos la alegación de inmunidad ante la jurisdicción civil se extiende igualmente a otro tipo de comportamientos que no tienen naturaleza penal, tales como el impago de deudas, incumplimientos de obligaciones personales o lesiones producidas como consecuencia de accidentes⁷⁵. En todos los casos, la problemática de la inmunidad ha estado vinculada a la condición, real o pretendida, de funcionario del Estado de la persona procesada o demandada⁷⁶.

51. La respuesta dada por los tribunales nacionales a la cuestión de la inmunidad ha sido variada, sin que pueda concluirse que exista un patrón seguido de forma homogénea en las decisiones judiciales analizadas. Por el contrario, dichas decisiones se basan en técnicas jurídicas y razonamientos distintos, en las que los tribunales nacionales han tenido en cuenta la condición de funcionario del Estado, la naturaleza de los actos respecto de los que se alega la inmunidad, así como —en ocasiones— la posición adoptada por las autoridades gubernativas del Estado del foro o del Estado del funcionario.

52. Por lo que se refiere a los casos en que los tribunales nacionales han admitido la inmunidad *ratione materiae*, la mayoría de las decisiones judiciales lo hacen sobre la base de la condición del funcionario y la atribución del acto realizado por el mismo al Estado. A este respecto, resulta útil reproducir aquí lo ya dicho por la Relatora Especial en su tercer informe⁷⁷:

34. [E]n 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»⁷⁸. 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»⁷⁹. 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»⁸⁰. 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»⁸¹. Los tribunales franceses, al tratar de 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»⁸².

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»⁸³ y «como un agente o un instrumento del Estado»⁸⁴. En esta misma línea de principio, *a sensu contrario*, 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 las preocupaciones de política exterior inherentes a la presentación de una demanda contra otro gobierno en los tribunales de los Estados Unidos»⁸⁵.

3rd Series (secuestro, detención ilegal, torturas y amenaza de muerte); Estados Unidos, *Ali Saadallah Belhas y otros c. Moshe Yalón*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, sentencia de 15 de febrero de 2008, 515 *Federal Reporter* 3d 1279 (muertes y lesiones a personas que se encontraban en el emplazamiento de las Naciones Unidas en el momento del bombardeo de Qana, en 1996).

⁷⁵ Francia, *Melleiro c. Isabel de Borbón, ex Reina de España*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 3 de junio de 1872, *Recueil général des lois et des arrêts: 1872*, parte II, pág. 293 (impago de joyas adquiridas por la demandada); *Seyyid Ali Ben Hamond, Prince Rashid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, sentencia de 25 de julio de 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15, 1919, pág. 505 (impago de deudas contraídas con un masajista); *Ex Rey Farouk de Egipto c. s.a.r.l. Chistian Dior*, Corte de Apelaciones de París, sentencia de 11 de abril de 1957, *Journal du droit international* 84, núm. 1 (1957), págs. 716 a 718 (impago de trajes adquiridos por el ex Rey Farouk); *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Corte de Apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961, ILR, vol. 47, págs. 275 a 277 (alquiler a título particular de una vivienda); Estados Unidos, *Chuidian v. Philippine National Bank*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, noveno circuito, sentencia de 29 de agosto de 1990, 912 *Federal Reporter* 2d 1095 (el acto impugnado es el impago de una deuda contraída con el demandante y que no fue hecha efectiva como consecuencia de la orden dada por la Comisión sobre Buen Gobierno creada por el Gobierno de Filipinas tras la terminación del mandato del Presidente Marcos); *Jungquist v. Sheik Sultan Bin Khalifa Al Nahyan*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 20 de septiembre de 1996, 940 *Federal Supp.* 312 (1996) (lesiones cerebrales permanentes padecidas por la hija de los demandantes durante una excursión privada a la que había sido invitada por el demandado, e impago de los gastos médicos a los que el demandado se había comprometido).

⁷⁶ Las distintas categorías de funcionarios del Estado que han sido demandados ante tribunales extranjeros, civiles o penales, fueron analizadas en el tercer informe de la Relatora Especial. Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párrs. 31 a 33.

⁷⁷ Véase *ibíd.*, párrs. 34 y 35. Las notas del texto citado se han mantenido, renumerándolas y adaptándolas al presente informe.

⁷⁸ 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 No. 2), 2006, 26 (Lord Bingham of Cornhill, párrs. 11 y 13).

⁷⁹ República Federal de Alemania, *Iglesia de la Cienciología*, Tribunal Supremo Federal, sentencia de 26 de septiembre de 1978, ILR, vol. 65, pág. 193.

⁸⁰ Irlanda, *Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, Tribunal Supremo, sentencia de 24 de abril de 1997, *Irish Reports*, 1997, vol. 2, pág. 121.

⁸¹ Francia, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Corte de Casación, Sala Penal, sentencia de 23 de noviembre de 2004, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, núm. 292 (2004), pág. 1096.

⁸² Francia, *Association des familles des victimes du Joola*, Corte de Casación, Sala Penal, sentencia de 19 de enero de 2010, *Bulletin des Arrêts de la Chambre criminelle*, núm. I, 2010, pág. 41, caso núm. 9.

⁸³ Estados Unidos, *Ra'ed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, sentencia de 2 de mayo de 2007 (500 *Federal* 2d 284).

⁸⁴ Estados Unidos, Yalón (nota 74 *supra*).

⁸⁵ 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); *Chuidian v. Philippine National Bank* (nota 75 *supra*); *Maximo Hilao et al., Vicente Clemente et al., Jaime Piopongco et al. v. Estate of Ferdinand Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, sentencia de 16 de junio de 1994 (25 *Federal Reporter* 3d 1467); *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez and José Alfredo Callejas v. Héctor Gramajo y Diana Ortiz v. Héctor Gramajo*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, sentencia de 12 de abril de 1995 (886 *Federal Supp.* 1467); y *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Nueva York, sentencia de 18 de abril de 1996 (921 *Federal Supp.* 1189).

53. En algunos casos, los tribunales no solo han basado su decisión en la actuación por cuenta del Estado, sino que a ello han añadido un pronunciamiento sobre la naturaleza del acto, poniendo énfasis en que se trata de actos realizados en ejercicio del poder público o de actos soberanos, destacando que se trata del desempeño de funciones públicas⁸⁶. En este sentido en un asunto ante los tribunales de los Estados Unidos, el tribunal concluyó que los funcionarios civiles o militares involucrados en planificar o ejecutar un bombardeo en Libia actuaron en ejercicio de sus funciones oficiales y bajo las órdenes del Comandante en Jefe (el Presidente Reagan) y que por ello gozaban de inmunidad⁸⁷. En otro asunto ante los tribunales suizos se concluyó que la inmunidad *ratione materiae* se reconoce únicamente en relación con los «actos realizados en ejercicio de funciones oficiales»⁸⁸.

54. En un reducido número de casos, los tribunales nacionales se han pronunciado sobre el significado de la «actividad soberana del Estado», e incluso la han puesto en contacto con el concepto de actos *iure imperii*. Así, en un caso en Alemania, el Tribunal Supremo Federal concluyó que «[c]onforme al derecho público alemán, el ejercicio del poder de policía forma parte de forma incuestionable de la actividad soberana del Estado, es intrínsecamente una parte de la autoridad del Estado que debe calificarse como un acto *iure imperii* y no puede, por consiguiente, ser excluida de la inmunidad»⁸⁹. En otro asunto, el Tribunal Constitucional alemán identificó como actos que entran en la «esfera de la autoridad del Estado» las transacciones relativas a las relaciones exteriores y a la autoridad militar, los actos del legislativo, el ejercicio de la autoridad de policía y la administración de justicia⁹⁰. En un sentido similar, en los Estados Unidos, un

tribunal ha incluido entre los «actos estrictamente políticos o públicos» los actos administrativos internos, tales como la expulsión de extranjeros, los actos legislativos, tales como las nacionalizaciones; los actos relativos a las fuerzas armadas, los actos relativos a la actividad diplomática y los préstamos públicos⁹¹. Por su parte, en Francia los tribunales han calificado como actos inequívocos de soberanía los propios de la administración de justicia⁹², así como ciertos actos administrativos vinculados con el abanderamiento de un buque⁹³. Otros tribunales han calificado como actos que implican el ejercicio de soberanía los relacionados con las políticas de asentamientos israelíes en los territorios ocupados⁹⁴, la expulsión de extranjeros⁹⁵, el decomiso de bienes por las fuerzas de policía⁹⁶, la emisión de informes sobre la actividad del personal que presta servicios en una base militar en el extranjero⁹⁷, e incluso la contratación de matones para atemorizar a los miembros de un determinado grupo religioso⁹⁸.

55. *A sensu contrario* en un cierto número de casos los tribunales nacionales han concluido que el acto en cuestión excede los límites de las funciones oficiales o de las funciones del Estado y, por consiguiente, no puede quedar cubierto por la inmunidad. Así, los tribunales han concluido que no constituye un acto oficial el asesinato de un opositor político⁹⁹ o actos vinculados con el narcotráfico¹⁰⁰. De una manera más general, un tribunal de los Estados Unidos concluyó que «[c]uando los poderes de los funcionarios están limitados por ley, sus acciones más allá de dichos límites han de ser consideradas como acciones individuales y no soberanas. El funcionario no está haciendo las tareas para las que el soberano le ha otorgado poder». Para el citado tribunal «la Ley de inmunidad de soberanía extranjera no «inmuniza» las conductas ilegales de los «funcionarios del Gobierno» y, por tanto, «un funcionario que actúa bajo la apariencia de autoridad, pero no

⁸⁶ En este sentido se expresó la Corte de Apelaciones de París en el caso *Gaddafi* (nota 70 *supra*), que en su sentencia de 20 de octubre de 2000, que se remite a los «actos de poder público o de la administración pública» y concluye que los actos denunciados son crímenes internacionales y, por tanto, no pueden quedar englobados dentro de la categoría de las «funciones de un Jefe de Estado». Sobre la base de dicho argumento concluyó que dichos actos formaban parte de una excepción a la inmunidad. Con posterioridad, la Corte de Casación, en su sentencia de 13 de marzo de 2001, concedió la inmunidad por entender que la excepción alegada no existía. Sin embargo, no se pronuncia sobre la calificación de los actos que había realizado previamente la Corte de Apelaciones. El asunto *Malta Maritime Authority* sobre la nave *Erika* (nota 81 *supra*) emplea igualmente el término «acto del poder público» y «actos que dependen de la soberanía del Estado» presentando este como contrapuesto a un mero «acto de gestión» (incluye como ejemplo de ejercicio de la función pública la atribución de pabellón a un buque, la emisión y mantenimiento del permiso de navegación —todos como actos administrativos propios del poder público—, así como la obligación de supervisar los buques que portan bandera nacional).

⁸⁷ Estados Unidos, *Saltany v. Reagan et al.* (nota 74 *supra*).

⁸⁸ El Tribunal Penal Federal suizo emplea la terminología «actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales» en el asunto *Nezzar* (nota 70 *supra*).

⁸⁹ República Federal de Alemania, *Iglesia de la Cienciología* (nota 79 *supra*). En un sentido similar se manifestó un tribunal en el Reino Unido, en *Propend Finance Pty Ltd. c. Sing* (Inglaterra, Tribunal de Apelaciones, 1997, ILR, vol. 111, pág. 611) que afirmó que el ejercicio de funciones de policía es esencialmente una forma de ejercicio de la actividad gubernamental. También un la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que los actos de la policía son actos oficiales aunque puedan ser monstruosos (*Saudi Arabia v. Nelson*, 23 de marzo de 1993, ILR, vol. 100, pág. 544).

⁹⁰ República Federal de Alemania, *Empire of Iran*, Corte Constitucional Federal, 30 de abril de 1963, ILR, vol. 45, pág. 57. En Italia, los actos de un miembro de las fuerzas armadas han sido calificados también como acto oficial en el asunto *Lozano c. Italia* (caso

núm. 31171/2008), sentencia de 24 de junio de 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, vol. 1085 (IT 2008)).

⁹¹ Estados Unidos *Victory v. Comisaria*, 336 *Federal Reporter* 2d 354 (segundo circuito), 1964; véase también ILR, vol. 35, pág. 110.

⁹² Francia, *Ms Lydienne X*, asunto núm. 12-81.676, Corte de Casación, Sala Penal, sentencia de 19 de marzo de 2013, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, núm. 3 (2013) y *Mr. Michel X*, asunto núm. 13.80.158, mismo tribunal, sentencia de 17 de junio de 2014. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Federal suizo en *A v. B* (ATF 130 III 136), sobre una orden internacional de detención emitida por un juez español.

⁹³ Francia, *Malta Maritime Authority* (nota 81 *supra*).

⁹⁴ Estados Unidos, *Doe I v. Israel*, 400 *Federal Reporter Supp.* 2d 86, 106 (Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, 2005).

⁹⁵ Estados Unidos, *Rukmini S. Kline v. Yasuyuki Kaneko*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, 3 de mayo de 1988, 685 *Federal Reporter Supp.* 386 (1988); véase también ILR, vol. 101, pág. 497.

⁹⁶ Estados Unidos, *First Merchants v. Argentina*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 31 de enero de 2002, 190 *Federal Reporter Supp.* 2d 1336 (2002).

⁹⁷ Reino Unido, *Holland v. Lampen-Wolfe* (Cámara de los Lores, 20 de julio de 2000) [2000], ILR, vol. 119, pág. 367.

⁹⁸ Estados Unidos, *Youming*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 557 *Federal Reporter Supp.* 2d 131 (DDC 2008).

⁹⁹ Estados Unidos, *Letelier v. Chile*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, 20 de noviembre de 1984, 748 *Federal Reporter* 2d 790 (segundo circuito), 1984; ILR, vol. 79, pág. 561.

¹⁰⁰ Estados Unidos, *Jimenez v. Aristeguieta*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, quinto circuito, 311 *Federal Reporter* 2d 547 (quinto circuito), 1962; *United States v. Noriega* (nota 73 *supra*).

dentro de un mandato oficial, puede violar el derecho internacional y no tener derecho a la inmunidad en virtud de esa Ley »¹⁰¹. De una manera aún más clara un tribunal de los Estados Unidos ha concluido que los actos *ultra vires* no pueden beneficiarse de inmunidad soberana ya que sus autores han actuado más allá de su autoridad al violar los derechos humanos de los demandantes: si los funcionarios realizan actos que no tienen cobertura oficial del Estado, es decir si no se trata de «funcionarios actuando a título oficial mediante actos dentro del ámbito de su autoridad» no podrán beneficiarse de la inmunidad¹⁰². En todo caso, estos actos *ultra vires* deben diferenciarse de los actos ilícitos, respecto de los que varios tribunales han concluido que no pierden la cobertura de la inmunidad por el mero hecho de ser ilícitos¹⁰³, ni siquiera en el caso de que el acto sea contrario al derecho Internacional¹⁰⁴.

56. Sin embargo, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que los argumentos a los que se ha hecho referencia en los párrafos precedentes, no siempre han sido aplicados de forma uniforme en relación con la misma categoría de actos delictivos. Por el contrario, un mismo delito ha dado lugar en ocasiones al reconocimiento de la inmunidad *ratione materiae*, mientras que en otros casos los tribunales han concluido que no reunían los requisitos necesarios para quedar cubiertos por la inmunidad. Y ello se ha producido, además, en alguna ocasión en las decisiones dictadas por tribunales de un mismo Estado. El ejemplo paradigmático de esta divergencia jurisprudencial es la respuesta dada por los tribunales del Reino Unido en relación con la tortura. Así, la Cámara de los Lores, en el asunto *Pinochet No. 3*, consideró que el expresidente de Chile no podía beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae* por entender que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes impone a los Estados partes la obligación de juzgar los actos de tortura y, por consiguiente, no era posible aplicar a los mismos ningún tipo de inmunidad¹⁰⁵. Ello no implicó, sin embargo, un pronunciamiento final del tribunal sobre la naturaleza de la tortura como «acto realizado a título oficial», ya que de los siete Lores en Derecho, tan solo dos concluyeron que no se trataba de un acto oficial, mientras que los restantes entendieron que los actos imputados al general Pinochet revestían alguna forma de oficialidad, aunque cuatro de ellos concluyeron que —a

pesar de ello— eran actos criminales¹⁰⁶. Frente a ello, la misma Cámara de los Lores, en el asunto *Jones v. Saudi Arabia*, reconoció la inmunidad *ratione materiae* de varios ciudadanos sauditas por considerar que todos los demandados habían actuado o pretendían actuar como empleados y agentes de la Arabia Saudita y, por tanto, todos los actos realizados por ellos —incluida la tortura— eran atribuibles a dicho Estado y quedaban cubiertos por la inmunidad¹⁰⁷. Por último, en la reciente decisión recaída en el asunto *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso *Prince Nasser*), un tribunal británico, aplicando la misma doctrina que en el caso *Pinochet No. 3*, ha concluido que el Príncipe Nasser bin Hamad Al Khalifa, hijo del Rey de Bahrein y Comandante de la Guardia Real, no se beneficia de la inmunidad *ratione materiae* respecto del delito de tortura¹⁰⁸. Los tribunales británicos parecen haber resuelto los casos en cuestión en forma diferente en atención a la naturaleza penal del procedimiento en los casos *Pinochet* y *Prince Nasser* y la naturaleza civil del procedimiento en el caso *Jones*.

57. Los casos que se acaban de mencionar ponen el acento en la especial problemática que suscita la tortura, que se ha planteado también ante otros tribunales. Así, en un caso planteado ante los tribunales de Bélgica, la tortura ha sido calificada como un acto que no puede ser considerado como formando parte del ejercicio normal de las funciones de un Jefe de Estado, una de cuyas misiones consiste precisamente en asegurar la protección de los ciudadanos de su país¹⁰⁹. En el mismo sentido se ha manifestado un tribunal de los Países Bajos¹¹⁰. La divergencia referida a la calificación de ciertos comportamientos como actos realizados a título oficial se ha producido de forma general respecto de los crímenes internacionales. En un cierto número de casos, los tribunales han considerado que los crímenes de derecho internacional no forman parte de las funciones del Estado y, por tanto, no se ha reconocido la inmunidad. En otros, por el contrario, el tribunal ha considerado que se trata de actos ejercidos inequívocamente con carácter oficial, aunque sean ilícitos y abusivos, y ha concedido la inmunidad. Por su parte, un tribunal de Grecia ha considerado que los crímenes cometidos por las fuerzas armadas son actos atribuibles al Estado a los efectos de su responsabilidad internacional, pero no pueden ser considerados como actos soberanos a los efectos de la inmunidad del Estado¹¹¹. Por último, debe señalarse que,

¹⁰¹ Estados Unidos, *Hilao et al. v. Marcos* (nota 74 *supra*). A juicio del tribunal, los actos de tortura, ejecución y desapariciones constituyen actos realizados por Marcos que no caen bajo ningún mandato oficial y que tampoco pueden ser considerados como actos de una agencia u órgano de un Estado extranjero.

¹⁰² Estados Unidos, *Jane Doe et al. v. Liu Qi et al., Plaintiff A. et al. v. Xia Deren et al.*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de California (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW), 1349 *Federal Reporter Supp.* 2d 1258.

¹⁰³ Canadá, *Jaffe c. Müller y otros* (nota 74 *supra*); Estados Unidos, *República Argentina c. Amerada Hess*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 23 de enero de 1989, 488 U.S. 248 (1989), ILR, vol. 81, pág. 658; Irlanda, *McElhinney v. Williams* (nota 74 *supra*).

¹⁰⁴ Reino Unido, *I Congreso del Partido*, Inglaterra, 1981 [1983] 1 AC 244; véase también ILR, vol. 64, pág. 307. En el asunto *Jones v. Saudi Arabia* (nota 78 *supra*), Lord Hoffman rechazó el argumento de que un acto contrario al *ius cogens* no puede ser un acto oficial.

¹⁰⁵ Reino Unido, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), United Kingdom Judicial Business* 17, [2000] 1 A.C. 147. La decisión fue adoptada por seis votos contra uno; solo Lord Goff consideró que se trataba de actos oficiales que quedaban cubiertos por la inmunidad.

¹⁰⁶ Solo para Lord Browne-Wilkinson y Lord Hutton la tortura no puede ser «una función pública» o «una función gubernamental». Por el contrario, Lord Goff, que votó en contra de la sentencia, concluyó que era una «función gubernamental». Pero también se expresaron en un sentido similar Lord Hope («acto criminal pero gubernamental»), Lord Saville (que se refirió a «la tortura oficial»), Lord Millet («actos públicos y oficiales») y Lord Phillips («acto criminal y oficial»).

¹⁰⁷ Reino Unido, *Jones c. Saudi Arabia* (nota 78 *supra*).

¹⁰⁸ Reino Unido, *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso *Prince Nasser*), Corte Suprema de Justicia, Queen's Bench Division Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014, [2004] Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales 3419 (Admin.). El interés de esta sentencia radica en el hecho de que ha sido dictada como una «*consent order*», es decir sobre la base de un acuerdo alcanzado entre los demandantes y el director de la Fiscalía Pública en el que este último admite que los actos de tortura imputados a Nasser no están cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*.

¹⁰⁹ Bélgica, *Pinochet*, Juez de Instrucción de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, *Journal des Tribunaux*, núm. 118 (1999), pág. 308.

¹¹⁰ Países Bajos, *Bouterse* (nota 70 *supra*).

¹¹¹ Grecia, *Prefectura de Voiotia* (nota 74 *supra*).

en algunos casos, el tribunal se ha referido a los crímenes de derecho internacional como excepciones a la inmunidad, empleando para ello diversos argumentos¹¹².

58. Por el contrario, ha de destacarse que, con carácter general, los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción, bien sea bajo la forma de la desviación y apropiación ilícita de fondos públicos y el blanqueo de capitales, bien bajo alguna otra forma de expresión de la corrupción. En este sentido, cabe destacar el asunto *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, en el que los tribunales de Francia han tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones en relación con la inmunidad, afirmando que los actos de apropiación indebida de fondos públicos y blanqueo de capitales «se alejan del ejercicio de las funciones estatales protegidas por la costumbre internacional en nombre de los principios de soberanía y de inmunidad diplomática»¹¹³ y que «los actos imputados [a Teodoro Nguema Obiang Mangue], por su naturaleza, no participan del ejercicio de la soberanía, ni de los poderes públicos, ni tienen relación con el interés general»¹¹⁴. Siguiendo la misma lógica, los tribunales no han admitido que puedan beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardan una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano¹¹⁵.

59. En algunos casos, el tema ha sido presentado ante los tribunales nacionales bajo la cobertura de la denominada «doctrina del acto de Estado», que —como ya se ha señalado anteriormente— en ocasiones se confunde en la práctica con la inmunidad en sentido estricto. Así, en

¹¹² El Tribunal de Apelación de Ontario en el caso *Bouzari* (nota 74 *supra*), ha analizado la tortura desde la perspectiva de una excepción a la inmunidad, pero ha concluido que no es posible identificar dicha excepción. El Tribunal de Apelación de Florencia, en el asunto *Ferrini* (nota 74 *supra*), consideró que la «inmunidad funcional» no puede ser alegada cuando se trata de actos constitutivos de crímenes internacionales. En el asunto *Nezzar* (nota 70 *supra*), el Tribunal Penal Federal de Suiza llamó la atención sobre el hecho de que sería «difícil admitir que una conducta que lesiona los valores fundamentales del orden jurídico internacional pueda ser protegida por normas de ese mismo ordenamiento jurídico».

¹¹³ Francia, Corte de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013.

¹¹⁴ *Ibid.*, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015. La afirmación citada se realiza por el tribunal tras retomar los argumentos y afirmaciones de la sentencia de 13 de junio de 2013.

¹¹⁵ Estados Unidos, *Noriega* (nota 73 *supra*); *Jungquist* (nota 75 *supra*); Francia, *Melleiro* (nota 75 *supra*); *Seyyid Ali Ben Hamon*, *Prince Rashid* (nota 75 *supra*); *Ex Rey Favouk de Egipto* (nota 75 *supra*); *Ali Ali Reza* (nota 75 *supra*); *Estados Unidos, Trajano v. Marcos*, 978 *Federal Reporter* 2d 493 (noveno circuito), 1992, véase también ILR, vol. 103, pág. 521; Estados Unidos, *Doe c. Zedillo Ponce de León*, *Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito*, núm. 13-3122, 16 de agosto de 2013; *Jimenez c. Aristeguieta* (nota 100 *supra*), véase también ILR, vol. 32, pág. 353; *Jean-Juste c. Duvalier* (1988), núm. 86-0459 Civ (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos), SD Fla., AJIL, vol. 82, pág. 594; Suiza, *Adamov v. Oficina Federal de Justicia*, sentencia de 22 de diciembre de 2005, 2005 *Schweizerisches Bundesgericht*, 132 II 81; Estados Unidos, *República de Filipinas c. Marcos y otros* (nota 74 *supra*); *República de Filipinas c. Marcos y otros* (núm. 2) (1987, 1988), ILR, vol. 81, pág. 609; Reino Unido, *República de Haití c. Duvalier* [1990] 1 QB 2002, ILR, vol. 107, pág. 490; Estados Unidos, *República Islámica de Irán c. Pahlavi* (1984), ILR, vol. 81, pág. 557; en este caso fue el Gobierno de los Estados Unidos el que comunicó al Tribunal que la reclamación no era susceptible de ser bloqueada ni por aplicación del principio de inmunidad soberana ni por la doctrina del acto de Estado.

un asunto en Alemania los acusados alegaron la doctrina del acto de Estado ante el Tribunal Supremo Federal, afirmando que la misma no permitía su procesamiento en la medida en que habían actuado bajo órdenes y atendiendo a los intereses de un Estado extranjero¹¹⁶. Otro tribunal admitió que conforme a la doctrina del acto de Estado los «tribunales generalmente se abstienen de juzgar los actos de un Estado extranjero [realizados] en su propio territorio», lo que no les impidió concluir, sin embargo, que de esta doctrina no puede derivarse en ningún caso que «incluso los actos de un funcionario del Estado, adoptados en violación de la norma fundamental del país y ampliamente rechazados por su gobierno puedan ser caracterizados con propiedad como un acto de Estado»¹¹⁷. Además, en algún caso, el tribunal ha considerado que la doctrina del acto de Estado entendida como causa para exonerar al funcionario de responsabilidad no puede aplicarse en ningún caso en relación con los crímenes internacionales¹¹⁸.

60. Por último, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que en un cierto número de casos sustanciados ante tribunales de los Estados Unidos, la inmunidad ha sido concedida o denegada sin entrar en la valoración de los actos realizados por el funcionario del Estado, únicamente sobre la base de la «sugerencia» de inmunidad realizada por las autoridades norteamericanas en aplicación de normas de *common law*¹¹⁹. En otras ocasiones, los tribunales no se han pronunciado sobre la inmunidad por razones distintas, tales como la desaparición del Estado en el que los funcionarios prestaban sus servicios o la no consideración del país en cuestión como un Estado¹²⁰. Dichos casos no son, por tanto, relevantes a los efectos de definir los criterios identificativos del «acto realizado a título oficial».

¹¹⁶ República Federal de Alemania, *Guardias de fronteras* (nota 72 *supra*). El Estado extranjero al que se refieren los acusados era la República Democrática Alemana (RDA), que ya había desaparecido en el momento en que se inicia el procedimiento penal. Por su parte el Tribunal Supremo Federal consideró que no era aplicable dicha doctrina y la petición no fue atendida por una sencilla razón: «[I]a RDA ya no existe» (págs. 272 y 273).

¹¹⁷ Estados Unidos, *Kadic c. Karadžić* (nota 74 *supra*). El demandado había alegado tanto la «doctrina de acto del Estado» como la «cuestión política» como excepciones para obtener la no actuación del tribunal.

¹¹⁸ Israel, *Eichmann* (nota 70 *supra*). Dicha afirmación está, además, estrechamente relacionada con los juicios de Núremberg, las sentencias dictadas por dicho Tribunal y los Principios de Núremberg.

¹¹⁹ Estados Unidos, *Lafontant v. Aristide* (nota 74 *supra*); *A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin* (nota 74 *supra*): este caso presenta el interés de que tras la terminación del mandato de Jian Zemin como Presidente en 2003, un grupo de congresistas del Partido Demócrata intentaron reabrir el caso sin éxito, puesto que el Departamento de Estado mantuvo su sugerencia de inmunidad. En un sentido similar, en el asunto *República de Filipinas c. Marcos y otros* (nota 74 *supra*), el tribunal no entró a calificar los hechos, limitándose a afirmar que la inmunidad se pierde cuando el demandado ya no es Jefe de Estado y es el propio Gobierno de dicho Estado el que le demanda. En el asunto *Yalón* (nota 74 *supra*), el tribunal tomó en consideración una carta que le fue dirigida por el Embajador de Israel en Washington, en la que confirmaba que los actos realizados por el funcionario habían sido realizados en el ejercicio de sus funciones.

¹²⁰ La desaparición del Estado fue tomada en consideración en el asunto *Guardias de fronteras* (nota 71 *supra*). Por su parte, la consideración de que la Organización de Liberación de Palestina (OLP) no podía ser considerada como un Estado llevó al Tribunal de Casación de Italia a no pronunciarse sobre la inmunidad en el asunto *Yasser Arafat (Carnevale re. Valente) – Imp. Arafat y Salah* (nota 70 *supra*).

c) *La práctica convencional*

61. Varios tratados multilaterales incluyen en su articulado referencias, con distintas denominaciones y desde distintas perspectivas, a los «actos realizados a título oficial». En un primer grupo de instrumentos se incluyen diversas convenciones de las Naciones Unidas que, de modo directo o indirecto, se refieren a las inmunidades. En un segundo grupo se inscriben tratados adoptados tanto a nivel universal como regional, dentro de la categoría de normas de derecho penal internacional, que describen comportamientos prohibidos por el derecho internacional y que, en algunas ocasiones, incorporan un componente oficial en la definición misma del acto.

62. En el primero de los grupos mencionados se inserta la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que parte de la concepción de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos como una inmunidad *ratione personae*, que se aplica durante todo el período de mandato de los mismos, a los actos que hayan realizado tanto a título oficial como a título privado y que, por tanto, no contiene ninguna definición del acto realizado a título oficial¹²¹. Por otro lado, la propia Convención establece igualmente reglas relativas a las inmunidades del personal administrativo, técnico y de servicio de la misión en las que se produce una combinación de los elementos característicos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*¹²². Por último, contiene ciertas disposiciones referentes a la inmunidad *ratione materiae* entendida en sentido estricto. Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso llamar la atención sobre varias disposiciones de la Convención que son útiles para delimitar el concepto de «acto realizado a título oficial» a los efectos del presente informe:

a) aunque la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos se concibe como una inmunidad *ratione personae* y por tanto plena, la Convención establece ciertas excepciones a la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, que no se aplicará en los siguientes supuestos:

[acciones reales] sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

[...] una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

[...] una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales¹²³.

Dichos actos se configuran, por tanto, como excepciones a la inmunidad *ratione personae*, que se justifican por referirse a actos realizados por el agente diplomático a título privado y en su propio beneficio. Aplicando la misma lógica, dichos actos no podrán ser considerados como «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* de los agentes diplomáticos a la que se refiere igualmente la Convención. Esta

disposición debe leerse, además, en conexión con la prohibición contenida en el artículo 42, conforme al cual no está permitido a los agentes diplomáticos el ejercicio «en el Estado receptor [de] ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio»;

b) el personal administrativo y técnico ve limitado el alcance de su inmunidad, que en el caso de la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa «no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones»¹²⁴;

c) el personal de servicio tan solo «gozar[á] de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones»¹²⁵;

d) en el caso de un agente diplomático que sea nacional del Estado receptor o que tuviese su residencia permanente en el mismo, solo se beneficiará de la inmunidad respecto de «los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones»¹²⁶, con la finalidad señalada en su día por la propia Comisión de que dichos agentes diplomáticos «disfrut[en] al menos de un mínimo de inmunidad para permitirle[s] el eficaz desempeño de [dichas] funciones»¹²⁷. Es evidente que dicha inmunidad responde a la categoría de inmunidad *ratione materiae* y los actos cubiertos por la misma serán «actos realizados a título oficial»;

e) Tras la terminación del mandato del agente diplomático, de los miembros del personal administrativo y técnico y del personal de servicio la inmunidad se extingue, si bien la Convención establece que «no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal[es] persona[s] en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión»¹²⁸. Dicha inmunidad es una inmunidad *ratione materiae* que únicamente se aplica a los actos propios del ejercicio de las funciones del personal de la misión que, por consiguiente, deben ser considerados como «actos realizados a título oficial» a los efectos del presente informe.

63. En consecuencia, cabe concluir que de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, un «acto realizado a título oficial» será aquel que se produce en «ejercicio de las funciones» propias de los miembros de la misión. Sin embargo, la Convención no identifica actos concretos que hayan de ser considerados como «actos realizados a título oficial», con la única excepción *a sensu contrario* de los actos a que se refieren los artículos 31, párr. 1, y 42 que deberán ser considerados como actos privados. En el resto de los casos, el «acto realizado a título oficial» se define por la remisión a las

¹²⁴ Artículo 37, párr. 2. Téngase en cuenta que la inmunidad únicamente se aplicará al personal administrativo y técnico que no sea nacional del Estado receptor o que no tenga su residencia permanente en el mismo.

¹²⁵ Artículo 37, párr. 3. Téngase en cuenta que la inmunidad únicamente se aplicará al personal administrativo y técnico que no sea nacional del Estado receptor o que no tenga su residencia permanente en el mismo.

¹²⁶ Artículo 38, párr. 1.

¹²⁷ *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 110, párr. 3 del comentario al artículo 37.

¹²⁸ Artículo 39, párr. 2.

¹²¹ Véase el artículo 31.

¹²² Véase, en general, el artículo 37.

¹²³ Artículo 31, párr. 1.

funciones propias de la misión y del funcionario dentro de la misma, de tal forma que la pertenencia a dicha categoría de un determinado acto deberá ser determinada caso por caso. Para ello, la Convención no establece reglas precisas, a excepción de las referencias que el artículo 3, párr. 1, realiza a las funciones propias de la misión diplomática o a las actividades de los miembros de la misión. Por lo que se refiere a las funciones específicas de los miembros de la misión ha de tenerse en cuenta que la Convención es oscura y no ofrece elementos para identificar de modo general cuáles sean dichas funciones, limitándose a mencionar de forma vaga el «servicio administrativo y técnico de la misión» y «el servicio doméstico de la misión»¹²⁹. Por el contrario, la redacción de la Convención es más explícita cuando se refiere a las funciones de la misión diplomática, que enumera de la siguiente forma:

- a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;
- b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;
- c) negociar con el gobierno del Estado receptor;
- d) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante;
- e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

A ello se añade la posibilidad de ejercer funciones consulares¹³⁰. Aunque esta enumeración deja abierta la puerta a incluir bajo la categoría de «acto realizado a título oficial» actos específicos de muy distinto contenido, no cabe ninguna duda de que los mismos deberán ser actos necesarios para el desempeño de las funciones antes mencionadas, que revisten una inequívoca naturaleza pública y oficial, y que, en el caso de los agentes diplomáticos, están estrechamente vinculadas al concepto de soberanía y al ejercicio de prerrogativas del poder público.

64. La Convención sobre las Misiones Especiales¹³¹, así como la Convención de Viena sobre la Representación

¹²⁹ Véase el artículo 1, adpos. *f* y *g*.

¹³⁰ Véase el artículo 3, párrs. 1 y 2.

¹³¹ La Convención sobre las Misiones Especiales vincula la «oficialidad del acto» con el hecho de que el mismo se realice en ejercicio de las funciones que son propias de la misión y de sus miembros dentro de la misma, incluyendo igualmente las limitaciones antes mencionadas en relación con 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» (art. 48), así como la limitación de la inmunidad 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 misión, en el caso de que los mismos tuvieran la nacionalidad o la residencia permanente del Estado receptor (art. 40, párr. 1). Sin embargo, al igual que sucede en el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención sobre las Misiones Especiales tampoco contiene una enumeración de «actos oficiales», a lo que ha de añadirse que la definición de las funciones de la misión especial se formula en un sentido más genérico e impreciso que las propias de la misión diplomática, limitándose a señalar que la misión especial tiene «carácter representativo del Estado, [siendo] 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» (art. 1, apdo. *a*). Por consiguiente, también en relación con esta Convención ha de concluirse que la identificación de los «actos realizados a título oficial» deberá llevarse a cabo caso por caso, aplicando los criterios de oficialidad y

de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal¹³², siguen un modelo similar al que se acaba de analizar. Por su parte, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares refleja de forma aún más acusada la vinculación de la inmunidad con el ejercicio de funciones específicas por cuenta del Estado, ya que en virtud de la misma la inmunidad solo cubre a «los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares»¹³³. Además, la inmunidad de jurisdicción 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»¹³⁴. Aunque tampoco en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se enumeran los actos que han de ser considerados como «realizados a título oficial», siendo necesario acudir de nuevo a su determinación caso por caso a la luz de las funciones consulares listadas en su artículo 5¹³⁵, no

funcionalidad que, por la naturaleza misma de las misiones especiales, presentan contornos menos precisos, aunque sigue estando presente la vinculación de dichos actos con el ejercicio de funciones públicas y con la soberanía estatal.

¹³² La Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal toma en consideración los mismos elementos antes señalados, de los que cabe concluir que el ejercicio de actos oficiales en el marco de las funciones propias de la misión o delegación constituye la condición para el reconocimiento de una inmunidad *ratione materiae* (arts. 30, 36, párr. 2, 36, párr. 3, 60, 66, párr. 2 y 66, párr. 3). Se refuerza también aquí la dimensión oficial y funcional de los actos que pueden quedar cubiertos por dicha inmunidad por el hecho de que la Convención prohíbe al Jefe de la Misión y al resto del personal diplomático el ejercicio «en el Estado huésped [de] ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio» (art. 39, párr. 1). Al mismo tiempo se establece que las personas que tengan la nacionalidad o la residencia permanente en el Estado receptor, tan solo se beneficiarán de la inmunidad respecto de los «actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones» (arts 37; véase también el artículo 36). Sin embargo, esta Convención tampoco contiene una enumeración de cuales sean los «actos realizados a título oficial», siendo preciso identificarlos caso por caso a través de la aplicación de los criterios de oficialidad y funcionalidad antes mencionados.

¹³³ Art. 43, párr. 1.

¹³⁴ Art. 43, párr. 2, apdo. *a*.

¹³⁵ El artículo 5 enumera en la siguiente forma las funciones consulares: «*a*) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; *b*) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención; *c*) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas; *d*) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado; *e*) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas; *f*) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor; *g*) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor; *h*) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela; *i*) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica

es menos cierto que la enumeración más precisa de las funciones consulares contenidas en dicho artículo permite definir con mayor seguridad algunos actos que deberán ser calificados como «actos realizados a título oficial». En todo caso, no cabe duda de que dichas funciones constituyen una manifestación del poder público y están vinculadas con la soberanía del Estado. Por último, ha de destacarse que la Convención no reconoce la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios consulares¹³⁶, lo que no impide que los parámetros que se acaban de señalar puedan ser utilizados como criterios orientativos para identificar el concepto de «acto realizado a título oficial».

65. Para finalizar con este primer bloque de instrumentos multilaterales, conviene señalar que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes puede ser igualmente tomada en consideración a los efectos de definir el concepto de «acto realizado a título oficial». En especial en la medida en que, como fue puesto de manifiesto en su día por la Comisión, la referencia que su artículo 2, párr. 1, apdo. *b*, realiza «[e]l Estado y sus diversos órganos de gobierno» (inc. i) y a «los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter» (inc. iv)), ha de entenderse formulada desde la perspectiva de la inmunidad *ratione materiae*¹³⁷. Sin embargo, a los fines del presente informe las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes deben ser objeto de un análisis matizado en el que se han de tener en cuenta, en especial, dos aspectos, a saber: *a*) que la citada Convención no se aplica a la jurisdicción penal¹³⁸; y *b*) que la distinción entre actos *iure imperii* y

y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente; *j*) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor; *k*) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones; *l*) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado *k*) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía; *m*) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que este no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor».

¹³⁶ A pesar de ello, la Convención establece 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» (art. 41, párr. 3). Esta misma mención se incluye en la Convención respecto del sometimiento a la jurisdicción penal de todo «funcionario consular honorario» (art. 63).

¹³⁷ En este sentido, resultan de interés los comentarios de la Comisión a los artículos 2 (párrs. 6, 8 y 17) y 3 (párr. 1) del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado en segunda lectura en 1991, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 15 y ss.

¹³⁸ Al respecto, véase el comentario de la Comisión al proyecto de artículo 3 aprobado provisionalmente en 2013, en esp. párr. 4 y nota 267 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49).

actos *iure gestionis*, que subyace en la misma, no es equiparable a la distinción entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» que se analiza en el presente informe. En todo caso, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes contiene un elemento de interés para nuestro estudio en la medida en que, a los efectos de concluir la inmunidad del Estado, pone el énfasis en la atribución al Estado del acto de sus funcionarios e incorpora la necesidad de demostrar el vínculo del acto con el ejercicio de la soberanía por el Estado para concluir que el mismo queda cubierto por la inmunidad.

66. Desde la perspectiva del derecho penal internacional, ha de llamarse la atención en primer lugar sobre la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, que incorpora el carácter oficial de la actividad 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 precedente «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 público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales» como uno de los elementos que definen la tortura (art. 16, párr. 1)¹³⁹. Interpretando dichos preceptos, el Comité contra la Tortura ha señalado en sus observaciones generales¹⁴⁰, que los actos prohibidos son los realizados por «las personas que actúen, *de jure* o *de facto*, en nombre del Estado»¹⁴¹, por «sus agentes [...] y quienes actúen en su nombre»¹⁴², y por «las autoridades del Estado u otras personas que actúen a título oficial»¹⁴³, afirmando que dichas personas «actúa[n] a título oficial por cuanto desempeña[n] una función pública»¹⁴⁴. A lo que ha de añadirse que, cuando

¹³⁹ 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: «[e]l personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, [e]l 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».

¹⁴⁰ La observación general núm. 1 (1997) 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» en los párrafos 3 y 8, apdo. *b* (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). En la observación general núm. 2 (2008) 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) (ibíd., 39º y 40º períodos 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 actúen a título oficial» (párr. 7) y a los «funcionarios públicos» (párr. 18) (ibíd., 49º y 50º períodos de sesiones, *Suplemento núm. 44 (A/68/44)*, anexo X).

¹⁴¹ Véase la observación general núm. 2, párr. 7.

¹⁴² Véase la observación general núm. 2, párrs. 15 y 19.

¹⁴³ Véase la observación general núm. 2, párrs. 18; y la observación general núm. 3, párr. 7.

¹⁴⁴ Véase la observación general núm. 2, párr. 17.

se refiere en su observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados partes a la inmunidad de ciertas personas, para negar su compatibilidad con la Convención, emplea la expresión «quienes actúan en [...] nombre» del Estado¹⁴⁵. En consecuencia, la tortura presenta, *prima facie*, un componente de oficialidad innegable.

67. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incorpora también el elemento de la «oficialidad» poniendo de manifiesto la conexión estatal y la naturaleza oficial de dichos actos, si bien no incluye la participación del funcionario público como un elemento del tipo penal¹⁴⁶. No obstante, la necesaria participación de funcionarios públicos en la comisión de una tortura se refleja en la enumeración de las personas responsables de dicho delito:

a) Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan;

b) Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices¹⁴⁷.

68. Esta conexión necesaria entre tortura y funcionario del Estado parece romperse en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, al tipificar la tortura como crimen de lesa humanidad¹⁴⁸ y como crimen de guerra¹⁴⁹, no ha incluido una mención respecto de las personas que pueden cometer un crimen de tortura, de donde podría deducirse que la conexión estatal y la naturaleza oficial del acto habría sido abandonada¹⁵⁰. Sin embargo, esta conclusión solo puede ser mantenida con matices. Así, en el caso de la tortura como crimen de lesa humanidad, debe recordarse que la misma ha de «[cometerse] como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil»¹⁵¹, y que en el caso de la tortura como crimen de guerra, es necesario que sea cometida «como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes»¹⁵². Lo que, en ambos casos, tiene implicaciones que se analizarán más adelante¹⁵³.

69. En segundo lugar, resulta igualmente relevante la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas que, siguiendo el modelo anterior, define las desapariciones forzadas en los siguientes términos:

¹⁴⁵ Véase la observación general núm. 3, párr. 42.

¹⁴⁶ Véase el artículo 2.

¹⁴⁷ Véase el artículo 3.

¹⁴⁸ Véase el artículo 7, párr. 1, apdo. f.

¹⁴⁹ Véase el artículo 8, párr. 2, apdo. a, inc. ii) y apdo. c, inc. i).

¹⁵⁰ Por su parte los Elementos de los crímenes (*Documentos Oficiales de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002*, ICC-ASP/1/3 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.03.V.2), segunda parte, secc. B), (*Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*), referidos a estos crímenes tampoco incluyen referencia alguna al carácter oficial de los autores.

¹⁵¹ Art. 7, párr. 1. Véase también el artículo 7, párr. 2, apdo. a, así como los Elementos de los crímenes, párr. 3 de la introducción al artículo 7.

¹⁵² Art. 8, párr. 1.

¹⁵³ Véase el párrafo 72 *infra*.

el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley¹⁵⁴.

70. Esta «oficialidad» de la conducta delictiva se recoge igualmente en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que define dicho delito como

la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuese su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes¹⁵⁵.

71. Por su parte, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no incorpora la «oficialidad» del autor como uno de los elementos del tipo penal. Sin embargo, en su artículo 4 establece expresamente que dicho crimen puede ser cometido por «gobernantes, funcionarios o particulares». Por consiguiente, cabe concluir que dicho delito puede ser considerado en determinadas circunstancias como un «acto realizado a título oficial». Por otro lado, no puede obviarse tampoco que, como se ha señalado en los propios trabajos de la Comisión, el genocidio implica la realización de una serie de actos que difícilmente pueden realizarse si no es con la participación, el apoyo o el consentimiento del Estado¹⁵⁶.

72. A los efectos de la calificación de determinados delitos como «un acto realizado a título oficial», resulta igualmente útil el análisis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Como ya se ha señalado anteriormente, el Estatuto de Roma impone una condición para que determinados comportamientos sean considerados como crimen de lesa humanidad, a saber, que «se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil». Dicho ataque ha de ser entendido como «una línea de conducta que implique la comisión múltiple de [crímenes contra la humanidad] contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque»¹⁵⁷, lo que «requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil»¹⁵⁸. En consecuencia, la comisión de alguno de los delitos enumerados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma podrían ser considerados como «actos realizados a título oficial» en el sentido en que dicha expresión se emplea en el presente informe.

73. Sin embargo, el carácter oficial del acto se refleja sobre todo en el crimen de agresión tal y como ha sido tipificado en el Estatuto de Roma, de conformidad con el

¹⁵⁴ Art. 2.

¹⁵⁵ Art. II.

¹⁵⁶ Véanse los párrafos 91 y 93 *infra*.

¹⁵⁷ Art. 7, párr. 1; véase también el artículo 7, párr. 2, apdo. a.

¹⁵⁸ Párrafo 3 de la introducción al artículo 7 en los Elementos de los crímenes.

cual, el crimen de agresión se configura como un «crimen de líderes» que solo puede ser cometido por una persona que esté «en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado» e implica la realización por el dirigente o líder de una serie de comportamientos relacionados con un «acto de agresión»¹⁵⁹, que según el propio Estatuto se entiende como «el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas»¹⁶⁰. En conclusión, parece obligado concluir que el crimen de agresión, tal como se define en el Estatuto de Roma, ha de ser considerado como un «acto realizado a título oficial».

74. Por último, es útil referirse a los diferentes instrumentos contra la corrupción que han sido adoptados tanto a nivel universal como regional. Comenzando por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ha de destacarse que la misma regula distintos actos de corrupción que pueden ser realizados por funcionarios del Estado. Todos estos actos están relacionados directamente con las funciones oficiales de dichas personas, pero el acto en cuestión se realiza con la finalidad de obtener «un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad»¹⁶¹. Junto a ello ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la Convención contempla la problemática de la inmunidad del funcionario del Estado (aunque sea desde la perspectiva interna), imponiendo a los Estados partes la obligación de

adopta[r] las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la [...] Convención¹⁶².

75. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción contempla igualmente actos de corrupción que son realizados por un «funcionario o persona que ejerce funciones públicas», que están relacionados con el ejercicio de las funciones que les han sido encomendadas por el Estado. También en este caso, el acto viene calificado por una finalidad precisa consistente en obtener «cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona», o simplemente «obtener ilícitamente beneficios para sí mismos o para un tercero»¹⁶³.

¹⁵⁹ Art. 8 *bis*, párr. 1. En el mismo sentido, véase el párrafo 2 de los Elementos de los crímenes respecto del crimen de agresión.

¹⁶⁰ Art. 8 *bis*, párr. 2. Esta definición es reiterada en los Elementos de los crímenes, que exige que el «acto de agresión» se haya cometido (párr. 3).

¹⁶¹ Se trata de los siguientes delitos: *a*) soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15); *b*) soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16); *c*) Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17); *d*) tráfico de influencias (art. 18); *e*) abuso de funciones (art. 19); *f*) enriquecimiento ilícito (art. 20); y *g*) enriquecimiento ilícito (art. 21).

¹⁶² Art. 30, párr. 2.

¹⁶³ Art. VI, apdos. *b* y *c* (Actos de corrupción). El mismo requisito finalista se contempla en el conjunto de delitos que se enumeran en el artículo XI (Desarrollo progresivo). Véanse igualmente los artículos VIII (Soborno transnacional) y IX (Enriquecimiento ilícito).

Por último, ha de destacarse que la Convención Interamericana declara expresamente que ninguno de estos actos puede ser considerado «como un delito político o como un delito común conexo con un delito político»¹⁶⁴ por el mero hecho de que los bienes obtenidos sean destinados a finalidades políticas o el acto en sí mismo haya sido realizado por motivaciones o finalidades políticas.

76. El Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, define igualmente una serie de comportamientos que constituyen actos de corrupción, que han de ser tipificados penalmente por los Estados y que son cometidos por los «agentes públicos» nacionales o extranjeros, por miembros de las asambleas nacionales, extranjeras o internacionales, o por jueces o agentes de tribunales internacionales. Al igual que en las dos Convenciones antes mencionadas, el desempeño de la función pública viene acompañado del elemento finalista consistente en que el acto de corrupción se realice con el fin de obtener cualquier ventaja indebida para sí mismo o para cualquier otro¹⁶⁵. El Convenio se refiere también a la inmunidad, aunque esta vez con proyección internacional, al establecer que

[l]o dispuesto en el [...] Convenio no afectará a las disposiciones de cualquier tratado, protocolo o estatuto, así como de sus textos de aplicación, en lo que se refiere al levantamiento de la inmunidad¹⁶⁶.

Este oscuro precepto ha sido interpretado por el propio Consejo de Europa como el reconocimiento de la obligación de los Estados partes de respetar las normas relativas a privilegios e inmunidades que les sean oponibles (tanto convencionales como consuetudinarias) cuando pretendan ejercer su jurisdicción respecto de los delitos enuncianados en el Convenio, en particular por lo que se refiere «al personal de las organizaciones públicas internacionales y supranacionales [...], a los miembros de las asambleas parlamentarias internacionales [...], así como a los jueces y agentes de tribunales internacionales»¹⁶⁷.

77. Por último, la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción contempla también la posibilidad de que los funcionarios públicos puedan cometer actos de corrupción vinculados al ejercicio de sus funciones, con la finalidad de obtener «beneficios para sí mismos o para una tercera persona»¹⁶⁸.

d) *Otros trabajos de la Comisión*

78. Como ya se puso de manifiesto en el tercer informe, la Comisión se ha ocupado con anterioridad de diversos temas en los que se ha referido a cuestiones vinculadas con la inmunidad y que revisten interés a los efectos de la definición del concepto de «acto realizado a título oficial». Sin duda, el trabajo que presenta un mayor interés es el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente

¹⁶⁴ Art. XVII.

¹⁶⁵ Véanse los artículos 2 a 6 y 9 a 11.

¹⁶⁶ Art. 16.

¹⁶⁷ *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, párr. 77. Disponible en www.coe.int/en/web/conventions bajo «Full list».

¹⁶⁸ Art. 4, párr. 1, apdo. c.

ilícitos (en adelante, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado). Pero también son de interés los trabajos que concluyeron con la adopción de los Principios de Núremberg¹⁶⁹ y los proyectos de códigos de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954¹⁷⁰ y 1996¹⁷¹. Además, puede ser útil analizar los trabajos de la Comisión referidos al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales¹⁷².

79. Sin duda, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado¹⁷³ ocupa un lugar destacado a los efectos del presente informe. En efecto, si se parte de la base de que un «acto realizado a título oficial» requiere que se pueda identificar un vínculo entre el acto y el ejercicio de funciones o actividades propias del Estado, resulta evidente que las disposiciones relativas a la atribución de un acto al Estado que se contienen en los artículos 4 a 11 del citado proyecto de artículos han de ser debidamente tenidas en cuenta. Los citados preceptos contienen elementos que se refieren tanto al concepto de funcionario del Estado como al concepto de «acto realizado a título oficial». Los primeros ya fueron objeto de análisis en el tercer informe¹⁷⁴, por lo que el presente informe se centrará exclusivamente en los elementos que pueden ser utilizados para definir los caracteres propios del acto, que se concretan en la actuación en nombre del Estado y en el ejercicio de «atribuciones del poder público¹⁷⁵ o de «funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole»¹⁷⁶.

80. Por otro lado, a los efectos de definir cómo se produce la atribución de un acto al Estado y la forma en que se puede concluir que una persona actúa por cuenta del mismo, son interesantes los comentarios sobre dichos artículos adoptados por la Comisión. 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 Estado¹⁷⁷.

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 de poder público»¹⁷⁸. 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»¹⁷⁹. Lo que, a juicio de la Comisión, incluye también los supuestos en que el acto se haya realizado «aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad»¹⁸⁰.

81. En segundo lugar, ha de destacarse que la Comisión consideró que el elemento esencial para realizar la atribución del comportamiento al Estado es que el funcionario actúe como órgano o agente del Estado, más allá de las motivaciones particulares que pueda tener. A ello ha de añadirse que, conforme a lo previsto en el artículo 7:

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Se trata de las actuaciones *ultra vires* de personas u órganos facultados para ejercer atribuciones de poder público, que no por ello dejan de ser actos atribuibles al Estado a los efectos de la responsabilidad. No obstante, como señaló la Comisión,

[e]s preciso distinguir, [...] los casos en que los funcionarios han actuado en su capacidad como tales, aunque ilegalmente o contraviniendo instrucciones, y [...] los casos en que su comportamiento está tan alejado del ámbito de sus funciones oficiales que debería ser asimilado al de particulares, no atribuible al Estado¹⁸¹.

82. En tercer lugar, ha de recordarse que el proyecto de artículos recoge también una serie de comportamientos de personas que no son órganos o agentes del Estado y que, *a priori*, no puede afirmarse o resulta difícil concluir que hayan ejercido prerrogativas de poder público. Esencialmente se contemplan las siguientes situaciones: *a)* comportamientos realizados bajo la dirección o control del Estado (art. 8); *b)* comportamientos realizados en caso de ausencia o defecto de autoridades nacionales (art. 9); y *c)* comportamientos que el Estado reconoce y adopta como propios (art. 11). A estas tres categorías de comportamientos deberían añadirse los actos realizados por movimientos insurreccionales que, en determinadas circunstancias, son atribuidos al Estado con carácter retroactivo. Se trata, en definitiva de definir de la forma más amplia posible los actos que, directa o indirectamente, pueden ser atribuidos al Estado a los efectos de la responsabilidad, a fin de evitar que mediante técnicas fraudulentas el Estado pueda liberarse de la responsabilidad por actos que, de forma inequívoca, fueron realizados en su beneficio y, en ocasiones, incluso bajo su control o consentimiento implícito.

83. En todo caso, ha de destacarse que, aunque la Comisión ha señalado que 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», no ha definido dicho concepto. Por el contrario,

¹⁶⁹ Principios de derecho internacional reconocidos por el Estado 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). Texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45. Véase también la resolución de la Asamblea General 488 (V), de 12 de diciembre de 1950, Formulación de los principios de Núremberg.

¹⁷⁰ *Yearbook... 1954*, vol. II, párr. 54.

¹⁷¹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50.

¹⁷² *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88.

¹⁷³ *Anuario... 2001*, párrs. 76 y 77.

¹⁷⁴ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párrs. 106 a 110.

¹⁷⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76, art. 5.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, art. 4, párr. 1.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 39, párr. 2 del comentario introductorio al capítulo II.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 40, párr. 6.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, pág. 48, párr. 7 del comentario al artículo 7.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, pág. 44, párr. 13 del comentario al artículo 4.

¹⁸¹ *Ibíd.*, pág. 48, párr. 7 del comentario al artículo 7. La Comisión añade que, en palabras del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, se trata de saber si el comportamiento ha sido «realizado por particulares envueltos en el manto del poder público» (*Petrolane, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 27, pág. 92 (1991)).

al indagar sobre el alcance de la facultad para ejercer atribuciones de carácter público, la Comisión pone de relieve en el comentario que el concepto de «poder público» posee un contenido indeterminado. A pesar de ello, en los comentarios a los artículos correspondientes ofrece algunos ejemplos aislados de qué puede entenderse por poder público, a saber: las funciones de policía¹⁸², la detención y la imposición de sanciones y disciplina tras una condena judicial o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria¹⁸³, o el control de la inmigración y la cuarentena¹⁸⁴. 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»¹⁸⁵. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que el concepto de «atribuciones del poder público» ha de entenderse en un sentido amplio que incluye el ejercicio de prerrogativas legislativas, judiciales y ejecutivas.

84. En relación con lo que se acaba de señalar, ha de recordarse también que la Comisión ha afirmado que a los efectos de la atribución no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda calificarse como «comercial» o como *acta iure gestionis*. Como afirma la Comisión,

el incumplimiento de un contrato por un Estado no entraña de por sí un quebrantamiento del derecho internacional. [...] Pero la celebración o el incumplimiento de un contrato por un órgano del Estado constituye, no obstante, un hecho del Estado a los efectos del artículo 4, y en determinadas circunstancias puede constituir un hecho internacionalmente ilícito¹⁸⁶.

85. Para finalizar con el análisis de este instrumento, ha de destacarse que la Comisión declaró en el artículo 58 que los artículos sobre la responsabilidad del Estado «se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado». De esta manera, la Comisión acepta la existencia de dos formas distintas de responsabilidad que pueden derivarse de un mismo acto, a saber: la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo. Se volverá más adelante sobre este tema en el presente informe¹⁸⁷.

86. Aunque el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales no se refiere de modo directo a los «actos realizados a título oficial» por un «funcionario del Estado», no es menos cierto que en el marco de los trabajos de la Comisión sobre este tema se han suscitado cuestiones que tienen interés para el presente informe. En este sentido, cabe destacar los conceptos de «control efectivo», «acto de servicio»

o «cumplimiento de funciones oficiales». La cuestión del «control efectivo» se ha suscitado, en especial, en el marco de las operaciones de mantenimiento de la paz, y a tal respecto la Comisión ha afirmado que:

La atribución de un comportamiento al Estado que aporta contingentes está claramente vinculada con el ejercicio de ciertos poderes por ese Estado sobre su contingente nacional y, por ende, depende del control que ese Estado posee al respecto. [...] [C]uando se pone un órgano o un agente a disposición de una organización internacional, la cuestión decisiva en relación con la atribución de un comportamiento determinado es, al parecer, quién ejerce efectivamente el control sobre el comportamiento¹⁸⁸.

87. En relación con la segunda de las cuestiones, la Comisión se refiere al órgano o agente que actúa «en el ejercicio de las funciones que les han sido conferidas», ya que en este ámbito la referencia al «ejercicio de atribuciones del poder público» carece de significado¹⁸⁹. Por ello, la Comisión se refiere en sus comentarios a «comportamiento relacionado con funciones oficiales» o «en situación de servicio», afirmando lo siguiente en sus comentarios al artículo 8 en relación con la atribución de un acto *ultra vires* a la organización:

La práctica de las organizaciones internacionales confirma que el comportamiento *ultra vires* de un órgano o un agente es atribuible a la organización cuando ese comportamiento está relacionado con las funciones oficiales del órgano o del agente. [...] Aunque los actos realizados «fuera de servicio» por un miembro de un contingente nacional no serían atribuibles a la organización, sí podría atribuírsele un acto que ese miembro hubiera realizado mientras se hallaba «en situación de servicio». En tal caso habría que examinar si el comportamiento *ultra vires* de que se trate guardaba relación con las funciones conferidas a esa persona¹⁹⁰.

88. Por último, ha de recordarse que el proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales recoge en su artículo 66 la misma cláusula «sin perjuicio» referida a la responsabilidad individual, reconociéndose por tanto la posibilidad de que un mismo acto pueda dar lugar a dos responsabilidades distintas¹⁹¹.

89. En los Principios de Núremberg¹⁹², la Comisión no se pronunció ni sobre el carácter oficial de los delitos enumerados en los mismos ni sobre su atribución al Estado. Por el contrario, se concentró en la definición de los delitos de derecho internacional y en la declaración de la responsabilidad internacional de los individuos que hubiesen cometido dichos crímenes. Ello no significa, sin embargo, que la Comisión no tuviese en cuenta en dicho momento el componente estatal que subyacía en los crímenes tipificados. Por el contrario, del análisis de los trabajos llevados a cabo por la Comisión, cabe concluir que los citados Principios deben interpretarse a la luz de los hechos de los que traen causa y, en especial, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el Procesamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra de las Potencias Europeas del Eje, y

¹⁸² *Ibíd.*, párr. 6; pág. 80, párr. 5 y pág. 100, párr. 6.

¹⁸³ *Ibíd.*, pág. 78, párr. 2.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 45, párr. 6 del comentario al artículo 5. La Comisión afirmó asimismo que «lo que se considera como «poder público» dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones».

¹⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 42, párr. 6 del comentario al artículo 4.

¹⁸⁷ Véanse los párrafos 98 a 101 *infra*.

¹⁸⁸ Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 88, comentario al artículo 7, párrs. 7 y 8.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 4 del comentario al artículo 7.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 9 del comentario al artículo 8.

¹⁹¹ El artículo 66 está redactado en términos idénticos a los del artículo 58 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con el único añadido de la expresión «de una organización internacional».

¹⁹² Véase la nota 169 *supra*.

de las sentencias dictadas por dicho Tribunal. Desde dicha perspectiva, han de ser destacados los siguientes elementos que aparecen recogidos en el instrumento elaborado por la Comisión y posteriormente aprobado por la Asamblea General:

a) los delitos enumerados en el principio VI (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad) se definen de tal forma que resulta obvia la conexión de los actos constitutivos de los mismos con la actividad del Estado¹⁹³;

b) la Comisión incluye entre los posibles autores de dichos crímenes a las personas que «haya[n] actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado», y por tanto en calidad de funcionarios del Estado en el sentido del presente tema¹⁹⁴;

c) la Comisión toma igualmente en consideración la posibilidad de que «una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico», lo que permitiría igualmente atribuir el delito al Estado conforme a las reglas de atribución establecidas en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estados¹⁹⁵.

En consecuencia, parece posible concluir que los delitos enunciados en los Principios de Núremberg pueden ser considerados como «actos realizados a título oficial», al menos en un cierto número de casos. Y ello con independencia de que los Principios proclamen la responsabilidad individual de los autores de dichos actos¹⁹⁶.

¹⁹³ *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 45, nota 39. El principio VI está redactado en los siguientes términos: «Los delitos enunciados a continuación son punibles, como delitos, en derecho internacional:

a) Delitos contra la paz:

- i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
- ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i);

b) Delitos de guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación, para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares;

c) Delitos contra la Humanidad:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.»

¹⁹⁴ Véase el principio III (*ibíd.*, pág. 12). Debe recordarse que la Comisión, en sus comentarios a este principio, puso el énfasis en que se estaba 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». Véase *Yearbook... 1950*, vol. II, en esp. párrs. 103 y 104.

¹⁹⁵ Véase el principio IV (*Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45).

¹⁹⁶ Téngase en cuenta que el Tribunal de Núremberg había rechazado el argumento formulado por la defensa en el sentido de concluir que los

90. Para terminar con el análisis de los trabajos de la Comisión es preciso abordar la forma en que la Comisión ha tratado la cuestión de los «actos realizados a título oficial» en el proyecto de código de *crímenes* contra la paz y la seguridad de la humanidad, tanto en el texto aprobado en 1954 como en el aprobado en 1996. En relación con dicho proyecto de código ha de advertirse, en primer lugar, que —como ya había sucedido con los Principios de Núremberg— la Comisión no se ha visto obligada a calificar si un determinado crimen ha de ser considerado como un «acto realizado a título oficial». No obstante, del propio proyecto de código y de los comentarios de la Comisión de algunos de sus artículos se pueden extraer importantes conclusiones sobre esta cuestión.

91. En la redacción de 1954 del proyecto de código, el artículo 2 contenía la enumeración de los delitos contra la paz y la seguridad¹⁹⁷. Los párrafos 1 a 9 del comentario se referían a comportamientos que exclusivamente podían ser realizados por «autoridades de un Estado», mientras que los párrafos 10 y 11 contemplaban la posibilidad de que las acciones fuesen realizadas «por las autoridades de un Estado o por particulares». Sin embargo, como afirmaría más tarde el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, en estas categorías de delitos (las de los párrafos 10 y 11),

la participación de particulares, teóricamente imaginable, parece imposible de hecho. El genocidio implica una empresa sistemática, y a gran escala, de destrucción de un grupo étnico, nacional o religioso. En el mundo contemporáneo, los particulares difícilmente podrán realizar por sí mismos una tal empresa. Lo mismo cabría decir del resto de los crímenes contra la humanidad, que exigen una movilización de medios de destrucción que solo el ejercicio del poder puede facilitar a sus autores. Algunos de estos crímenes, por ejemplo el *apartheid*, solo pueden ser cometidos por un Estado. En resumen, parece discutible que los particulares puedan erigirse en autores principales de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁹⁸.

92. Por su parte, el proyecto de 1996 declara la responsabilidad individual de quien comete los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad que se incluyen en la siguiente lista: agresión (art. 16), genocidio (art. 17), crímenes contra la humanidad (art. 18), crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (art. 19) y crímenes de guerra (art. 20). Y aunque en esta ocasión no se introducen elementos de «oficialidad» en la definición de los citados crímenes, el proyecto incorpora diversas disposiciones que son de interés a los efectos del presente informe:

a) en primer lugar, en los artículos 5, 6 y 7 incorpora el carácter oficial del acto al referirse, respectivamente, a las órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico, a la responsabilidad del superior jerárquico, y a la irrelevancia del carácter oficial del autor del acto a los efectos de definir su responsabilidad;

b) en segundo lugar, en virtud del artículo 2, párr. 2, combinado con el artículo 16, queda establecido que el

actos enjuiciados eran únicamente «actos de Estado» que permitían la exclusión automática de la responsabilidad individual. Comentario al principio IV, *Yearbook ... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 375, párrs. 105 y 106.

¹⁹⁷ El texto del proyecto de código adoptado por la Comisión en su sexto período de sesiones en 1954 se reproduce en *Yearbook ... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8.

¹⁹⁸ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/387, pág. 68, párr. 13.

crimen de 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 ese crimen¹⁹⁹. Por el contrario, los restantes comportamientos delictivos podrían ser cometidos, en principio, tanto por personas privadas como por agentes estatales, entendidos en sentido amplio; y

c) los crímenes de lesa humanidad se definen en torno al requisito de que sean cometidos de forma sistemática o en gran escala «e instigad[os] o dirigid[os] por un gobierno o por una organización política o grupo» (art. 18).

93. Además, ha de destacarse que tanto el Relator Especial como la propia Comisión llamaron la atención sobre la realidad de estos crímenes, que con independencia de que puedan ser cometidos por individuos considerados a título particular, requieren en la práctica la participación de personas que se ven investidas de un carácter oficial. Así, baste con señalar que la Comisión, en su comentario al artículo 5 afirmó que

[l]os crímenes de derecho internacional, por su misma naturaleza, suelen requerir la participación directa o indirecta de varios individuos algunos de los cuales por lo menos ocupan posiciones de autoridad pública o mando militar²⁰⁰.

Igualmente significativa es la posición del Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, quien —en su tercer informe— afirmó que los delitos que atentan contra la independencia, la salvaguardia o la integridad territorial de un Estado

implican el uso de medios de una magnitud tal que solo las entidades estatales podrían aplicarlos. Por otra parte, es difícil concebir que la agresión, la anexión de un territorio o la dominación colonial puedan ser perpetradas por particulares. Los autores de estos delitos no pueden sino ser individuos investidos de un poder de *mando*. Se trata de las *autoridades* de un Estado, de personas que, adscritas a uno de los altos niveles de la jerarquía política, administrativa o militar, dan o reciben órdenes, y hacen ejecutar, o ejecutan por sí mismas, las decisiones gubernamentales. Se trata de *individuos-órganos*, y los delitos que cometen se analizan a menudo como abuso de soberanía o desviación de poder. Por consiguiente, los simples particulares no pueden ser autores de estos delitos²⁰¹.

94. Por último, resulta de interés lo previsto en el artículo 4, que bajo la rúbrica [*r*]esponsabilidad de los Estados, establece que «[e]l hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional». De esta manera viene a reiterar el principio de doble responsabilidad derivada de un mismo acto al que se ha hecho referencia con anterioridad en otros párrafos de este informe. En efecto, como la Comisión señaló en el comentario al artículo, «es posible, y de hecho probable [...] que una persona cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como “agente del Estado”, “por cuenta del Estado”, “en nombre del Estado”, o incluso en virtud de una relación de hecho con el Estado, sin estar investido de ningún mandato legal»²⁰². Esta afirmación ha de leerse,

¹⁹⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 5 del comentario al artículo 2. Véase, además, el comentario al artículo 16 (ibíd., pág. 46).

²⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 26, párr. 1 del comentario al artículo 5.

²⁰¹ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/387, pág. 67, párr. 12.

²⁰² *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 1 del comentario al artículo 4.

además, en conexión con lo dicho por la Comisión en el comentario al artículo 2, en el que si bien reconoce que el ámbito de aplicación del código *ratione personae* queda limitado a las personas naturales, afirma categóricamente que «es verdad que el hecho del cual es responsable una persona natural podría atribuirse también a un Estado si aquella hubiera actuado como «agente del Estado», «por cuenta del Estado», «en nombre del Estado» o en calidad de agente de hecho, sin mandato legal»²⁰³.

4. LOS CARACTERES DEL «ACTO REALIZADO A TÍTULO OFICIAL»

95. Sobre la base del análisis realizado en las páginas anteriores, es posible concluir los siguientes caracteres del «acto realizado a título oficial»:

- a) es un acto de naturaleza penal;
- b) es un acto realizado por cuenta del Estado;
- c) es un acto que implica el ejercicio de soberanía y prerrogativas del poder público.

A continuación se analiza cada uno de estos caracteres.

a) *La naturaleza penal del acto*

96. La Comisión, al definir el ámbito de aplicación del presente tema, ya señaló que el mismo está referido a la inmunidad de jurisdicción penal. Además, en los proyectos de artículos 3 y 5, provisionalmente aprobados por la Comisión, se declara expresamente que los funcionarios del Estado «se benefician de la inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera»²⁰⁴. Los actos realizados a título oficial contemplados en el presente informe han de responder, por tanto, a una naturaleza penal. Ello les atribuye ciertas características que han de ser analizadas a fin de concluir si las mismas tienen alguna consecuencia a los efectos del presente informe.

97. La principal característica de un acto delictivo es su naturaleza personalísima y la existencia de un vínculo directo entre el acto y su autor. Por consiguiente, la responsabilidad que se deriva del mismo es, por definición, individual y se imputa al autor del acto, sin que sea posible extenderla a terceros que puedan sustituir al individuo en la titularidad de dicha responsabilidad. Y ello con independencia de que sobre la base del mismo acto se pueda imponer a un tercero una obligación jurídica distinta, bien sea a título autónomo o a título subsidiario. Dicha obligación se derivaría de la responsabilidad penal principal pero no puede, en ningún caso, confundirse con

²⁰³ *Ibíd.* Las relaciones entre la responsabilidad individual del autor directo del hecho y la posible responsabilidad del Estado había sido destacada ya años antes. De este modo, en el Documento analítico preparado de conformidad con la solicitud contenida en el párrafo 256 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones», de marzo de 1983 (documento A/CN.4/365, en esp. págs. 38 a 40, mimeografiado), se recoge la opinión de varios Estados que, si bien destacaron el principio de la responsabilidad individual, estimaron que no debía soslayarse la cuestión de la responsabilidad del Estado. Algunos Estados, incluso, plantearon que el futuro texto contuviera una disposición en la que expresamente se afirmara que la declaración de responsabilidad delictiva individual no afectaría a la responsabilidad internacional de los Estados.

²⁰⁴ Para el proyecto de artículo 3, véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 48; para el proyecto de artículo 5, véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 131.

la misma. Por consiguiente, la atribución al Estado del acto de naturaleza penal realizado por sus funcionarios tiene límites notables y no puede entenderse sino como una ficción jurídica anclada en el modelo tradicional de atribución de un acto al Estado a los efectos de la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos. Sin embargo, el acto delictivo que puede quedar cubierto por la inmunidad *ratione materiae* no es, en sentido estricto, un acto propio del Estado sino del individuo que realiza el acto.

98. La primera consecuencia de la naturaleza penal del acto se concreta, pues, en la posibilidad de que el mismo genere dos tipos de responsabilidad distintas. La primera, de naturaleza penal, se predicará del autor del acto. La segunda, de naturaleza civil, se puede predicar tanto del autor del acto como respecto de un tercero. En el ámbito del presente estudio ello se traducirá en la posibilidad de que un mismo acto realizado por un funcionario del Estado pueda dar lugar a una responsabilidad penal que será atribuible de forma personalísima al funcionario, y una responsabilidad civil derivada que puede ser atribuida tanto al funcionario como al Estado²⁰⁵. Este modelo de relación entre el acto y la responsabilidad derivada del mismo aparece en el derecho internacional en una época relativamente reciente, consolidándose a partir de la definición del principio de responsabilidad penal individual que surge tras la Segunda Guerra Mundial, y sobre todo a partir del proceso de institucionalización del derecho penal internacional que se produce en la última década del siglo pasado. Sin embargo, no se trata de un fenómeno extraño a los derechos internos. Por el contrario, la práctica judicial analizada en el presente informe pone de manifiesto cómo los mismos actos han dado lugar a distintas reclamaciones, dirigidas en ocasiones contra el Estado y en ocasiones contra el individuo, que además se han producido tanto ante la jurisdicción penal como ante la jurisdicción civil.

99. Este modelo que se puede denominar como «un acto, dos responsabilidades», ha sido expresamente reconocido por la Comisión en varios de sus trabajos, debiéndose mencionar en especial el artículo 4 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad²⁰⁶, el artículo 58 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado²⁰⁷, y el artículo 66 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales²⁰⁸. La forma en que opera este

²⁰⁵ En este sentido, véase Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, págs. 150 y 151; Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, págs. 103 y ss.; Yang, *State Immunity in International Law*, pág. 427.

²⁰⁶ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50. El artículo 4 (Responsabilidad de los Estados) establece: «El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional».

²⁰⁷ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 76. El artículo 58 (Responsabilidad individual) dispone: «Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado».

²⁰⁸ *Ibid.*, párr. 87. El artículo 66 (Responsabilidad individual) está redactado en términos idénticos a los del artículo 58 del proyecto sobre

modelo ha sido descrita por la Comisión en los comentarios que se reproducen a continuación:

La cláusula «que no prejuzga» contenida en el artículo 4 indica que el presente código no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de un Estado en virtud del derecho internacional por un crimen cometido por alguno de sus agentes. Como subrayó ya la Comisión en el comentario al artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el castigo de los individuos que son órganos del Estado «no pone fin ciertamente a la persecución de la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyan en tales casos». El Estado puede, pues, seguir siendo responsable sin que pueda eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo de los individuos autores del crimen²⁰⁹.

Cuando los delitos contra el derecho internacional hayan sido cometidos por funcionarios del Estado, ocurre muchas veces que el propio Estado es responsable de los hechos de que se trate por no haberlos prevenido o sancionado. En algunos casos, en particular la agresión, el Estado, por definición, se encuentra implicado. Aun en este caso, la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta a la cuestión de la responsabilidad del Estado. El enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado que cometieron el hecho ilícito no exime al Estado de su propia responsabilidad por el comportamiento internacionalmente ilícito. Tampoco pueden esos funcionarios escudarse en el Estado con respecto a su propia responsabilidad por un comportamiento contrario a las normas del derecho internacional que les sean aplicables. El primero de estos principios se refleja, por ejemplo, en el párrafo 4 del artículo 25 del Estatuto de Roma, en el cual se establece que: «Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional». El segundo principio se refleja, por ejemplo, en el principio bien establecido de que una posición oficial no excusa a una persona de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional²¹⁰.

[E]l que el comportamiento de un individuo se atribuya a una organización internacional o un Estado no exonera a ese individuo de la responsabilidad penal internacional en que puede incurrir en virtud de su comportamiento. En cambio, cuando una organización internacional o un Estado cometen un hecho internacionalmente ilícito, no se puede dar por supuesta la responsabilidad internacional de los individuos que han servido de instrumento para la comisión del hecho ilícito. No obstante, en determinados casos es posible que algunos individuos incurran en responsabilidad penal internacional, por ejemplo cuando hayan jugado un papel decisivo en la violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa en los supuestos previstos en el artículo 41²¹¹.

100. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido igualmente la doble responsabilidad que se puede derivar de un acto de genocidio en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro). En el mismo, la Corte concluye que un mismo comportamiento puede dar lugar a dos responsabilidades distintas, cada una de las cuales se deducirá a través de mecanismos jurídicos igualmente distintos²¹². Dicha dualidad de efectos se expresa en la declaración de la Corte conforme a la cual

la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con la única excepción de la mención expresa de las organizaciones internacionales: «Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de una organización internacional o de un Estado».

²⁰⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 2 del comentario.

²¹⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 152 y 153, párr. 3 del comentario al artículo 58. Véase también el párrafo 2.

²¹¹ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario.

²¹² Fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, párrs. 180 a 182.

para que la responsabilidad de un Estado se comprometa por la violación de la obligación que le incumbe de no cometer un genocidio, se ha de demostrar que un genocidio, tal como se define en la Convención, se ha cometido²¹³.

En todo caso, debe llamarse la atención sobre el hecho de que la Corte lleva este argumento hasta sus últimas consecuencias al concluir en el fallo que Serbia y Montenegro no es responsable de la comisión o planificación del genocidio en sí mismo considerado, pero sí del incumplimiento del deber de prevención y sanción del crimen de genocidio en el caso de la matanza de Srebrenica. Además, este reconocimiento de la doble responsabilidad está vinculado en la sentencia con las técnicas de atribución del acto al Estado, tema sobre el que se volverá más adelante en este informe.

101. Los criterios antes señalados ponen de manifiesto cómo la incorporación del elemento penal impide aplicar de modo automático el principio de que todo acto cometido por un funcionario es automáticamente un acto del Estado del que se derivará únicamente la responsabilidad de este. Por el contrario, la aplicación del modelo «un acto, dos responsabilidades» nos sitúa frente a una pluralidad de escenarios alternativos que pueden describirse de la siguiente manera:

- a) responsabilidad exclusiva del Estado en los casos en que no pueda atribuirse el acto a su autor;
- b) responsabilidad del Estado y del individuo cuando el acto pueda ser atribuidos a ambos;
- c) responsabilidad exclusiva del individuo cuando el acto únicamente pueda ser atribuido al individuo, aunque haya actuado como funcionario del Estado.

102. La naturaleza penal del acto y la duplicidad de responsabilidades que pueden derivarse del mismo tienen también consecuencias en el plano de la inmunidad, en especial por lo que se refiere a la definición del modelo de relación existente entre la inmunidad *ratione materiae* que se reconoce al funcionario del Estado y la inmunidad del Estado entendida en sentido estricto. A este respecto, es preciso señalar que la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado ha sido contemplada tradicionalmente como una forma de la inmunidad del Estado, confundándose con la misma. En este sentido es relativamente frecuente encontrar referencias en la práctica judicial a que los funcionarios del Estado se benefician de la misma inmunidad de la que se beneficia el Estado²¹⁴. Y de ello se ha deducido que la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado no es una inmunidad autónoma, debiendo reconducirse a la inmunidad del Estado, cuyo régimen jurídico se le aplica en su totalidad. Dicha conclusión es el resultado del recurso a distintos argumentos, entre los que cabe

²¹³ *Ibid.*, párr. 180. Este mismo planteamiento ha sido mantenido por la Corte en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croacia c. Serbia), fallo, fondo, C.I.J. Recueil 2015, párr. 128.

²¹⁴ Véanse, entre otros, Reino Unido, *Propend Finance Pty Ltd. c. Sing* (nota 89 *supra*); y *Jones c. Arabia Saudita* (nota 78 *supra*); y Estados Unidos, *Chuidian c. Philippine National Bank*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito 912 *Federal Reporter 2d* 1095; véase también ILR, vol. 92, pág. 480.

destacar fundamentalmente los siguientes: a) la inmunidad de jurisdicción reconocida a los funcionarios del Estado es una consecuencia del principio de igualdad soberana de los Estados, bajo la fórmula *par in parem non habet imperium*; b) la inmunidad se reconoce con la finalidad de proteger la soberanía del Estado y de garantizar que las relaciones internacionales se puedan desarrollar de forma pacífica y sostenible; c) la inmunidad de los funcionarios del Estado no es, en realidad, una inmunidad del funcionario sino del Estado, como lo demuestra el hecho de que puede decidir libremente sobre la misma incluso mediante el levantamiento o renuncia a la inmunidad; y d) demandar al funcionario del Estado ante los tribunales extranjeros constituye una forma indirecta de demandar al Estado cuando el mismo no puede ser perseguido ante los tribunales de un tercer Estado y, por consiguiente, la inmunidad de jurisdicción reconocida al funcionario es una forma de garantizar que la inmunidad del Estado no va a ser fraudulentamente atacada y, por ello, equivale a la inmunidad del Estado²¹⁵.

103. Los citados argumentos contienen, sin duda, elementos de valor que no pueden ser negados; en especial, la llamada de atención sobre el hecho de que la inmunidad de jurisdicción se reconoce al funcionario en interés del Estado y para proteger valores y principios que se predicen única y exclusivamente del Estado. Pero siendo ello cierto, dichos argumentos no toman en consideración otros elementos que son necesarios para concluir cuál sea la relación existente entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la inmunidad del Estado. O, si se prefiere, para responder a la pregunta que ha planteado muy plásticamente una autora «¿[q]ué fue antes, el huevo o la gallina? La inmunidad del Estado como una consecuencia de la inmunidad funcional más que la inmunidad funcional como corolario de la inmunidad del Estado»²¹⁶.

104. En efecto, para responder adecuadamente a la problemática que se acaba de señalar es preciso tomar en consideración de nuevo la naturaleza penal del acto, de la que se derivan dos importantes consecuencias, a saber: a) el destinatario directo de los actos de jurisdicción es el individuo; y b) las consecuencias que, en su caso, se van a deducir del proceso penal son individuales y personalísimas. Ello determina una conexión directa entre el individuo y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que ha sido tenida en cuenta por la Comisión al decidir incluir una definición expresa del concepto de funcionario del Estado en el proyecto de artículos e, incluso, al decidir emplear el término «individuo» en la definición de «funcionario del Estado», para indicar que la inmunidad se aplica a una persona física²¹⁷. En segundo lugar, ha de destacarse igualmente que el Estado nunca podría ser demandado ante los tribunales penales nacionales, ya que su responsabilidad eventual por los actos delictivos cometidos por sus funcionarios será siempre de naturaleza civil y deberá deducirse, en su caso, ante una jurisdicción civil a través de una reclamación de indemnización por

²¹⁵ Para un análisis de estos argumentos, véase, entre otros, Foakes, *The Position of Heads of State...*, págs. 137 a 139.

²¹⁶ Van Alebeek, *The Immunity of States...*, pág. 105.

²¹⁷ Véanse los párrafos 1 y 4 del comentario al proyecto de artículo 2, apdo. e, *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 132.

los daños derivados de dichos actos²¹⁸. De ello se deriva una distinción entre la inmunidad de jurisdicción civil y la inmunidad de jurisdicción penal que ha de ser debidamente tenida en cuenta.

105. Sobre la base de los dos elementos arriba mencionados es posible concluir, a juicio de la Relatora Especial, la autonomía de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae* y su distinción respecto de la inmunidad del Estado en sentido estricto. Y ello a pesar de que dicha distinción no se presente siempre con perfiles suficientemente nítidos en la jurisprudencia y en la práctica, como consecuencia en buena medida del énfasis puesto tradicionalmente en el Estado (y sus derechos e intereses) como el objetivo a proteger por la inmunidad. Sin embargo, aunque el lugar central que ocupa el Estado en esta institución no se puede negar, la protección de sus intereses y derechos no es razón suficiente para concluir la existencia de una identidad absoluta entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de sus funcionarios. De la misma manera que la identidad de la finalidad perseguida, por ejemplo, por la inmunidad del Estado y la inmunidad diplomática no se traduce tampoco en la identificación de ambas categorías de inmunidad²¹⁹. Por el contrario, para comprender adecuadamente la institución de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae* es preciso distinguir entre el beneficiario directo de la inmunidad (el funcionario del Estado) y su beneficiario indirecto o último (el Estado). La inmunidad *ratione materiae* se reconoce en interés del Estado, que es el titular de la soberanía, pero beneficia directamente al funcionario cuando actúa como expresión de la misma.

106. La distinción entre inmunidad del Estado e inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios no es, además, una mera construcción teórica, sino que se ha visto reflejada en varias decisiones judiciales adoptadas tanto por tribunales nacionales como internacionales. En el primero de los planos, baste con recordar el distinto tratamiento dado en el Reino Unido por la Cámara de los Lores a la inmunidad en los casos *Pinochet No. 3*), *Prince Nasser* y *Jones v. Saudi Arabia*, que se basa en la distinta naturaleza (penal y civil, respectivamente) de los procedimientos en que se ha suscitado la inmunidad y en las consecuencias que de ello se derivan en el plano de la inmunidad. Y, sobre todo, cabe mencionar el asunto *Samantar v. Yousuf*, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha declarado que un funcionario del Estado no puede considerarse incluido en el concepto de Estado contemplado en la Ley de inmunidad de soberanía extranjera, y que, por tanto, la inmunidad que se le reconoce está sometida a reglas distintas de las aplicables a la inmunidad del Estado ante los tribunales de dicho país²²⁰.

²¹⁸ En este sentido, véase Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, págs. 29 y 45; Foakes, *The Position of Heads of State...*, págs. 140 y 141; Fox y Webb, *The Law of State Immunity*, pág. 555; Van Alebeek, *The Immunity of States...*, págs. 103 y ss.; y Yang, *State Immunity in International Law*, pág. 427.

²¹⁹ En este sentido, véase, por ejemplo, Kohen, «The distinction between State immunity and diplomatic immunity», pág. 48.

²²⁰ Estados Unidos, *Samantar v. Yousuf*, 560 US 305; 130 S Corte Suprema de los Estados Unidos 2278 (2010). Este caso reviste una

107. Mayor interés revisten las decisiones de tribunales internacionales que han recogido de forma explícita o implícita la distinción entre inmunidad del Estado e inmunidad del funcionario del Estado. Así, debe recordarse que la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État* ha recogido esta distinción al afirmar que

La Corte desea subrayar que [en la sentencia] no se pronuncia más que sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado en sí mismo considerado ante los tribunales de otro Estado; la cuestión de saber si y, en su caso, en qué medida la inmunidad puede aplicarse en el caso de procedimientos penales iniciados contra un representante del Estado no se plantea en este caso²²¹.

La distinción entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de sus funcionarios ha sido igualmente aceptada por la Corte al referirse al tratamiento que diversos tribunales, nacionales e internacionales, han dado a la distinción entre jurisdicción civil y jurisdicción penal y sus consecuencias sobre la inmunidad²²², así como al referirse a su propia jurisprudencia²²³.

108. Por lo que se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el asunto *Jones and others v. United Kingdom* reviste un gran interés ya que, como señaló el Tribunal, la demanda presentada se refiere a un caso de inmunidad que, a diferencia del asunto *Al-Adsani*, se había planteado ante los tribunales británicos contra individuos y no contra un Estado extranjero. A pesar de ello, el Tribunal ha aplicado la doctrina clásica, conforme a la cual la inmunidad del Estado se aplica también a los individuos²²⁴. Sin embargo, esta conclusión debe ser objeto de una valoración matizada, ya que a lo largo de los fundamentos jurídicos de la sentencia queda claramente expresado que se refiere exclusivamente a la inmunidad desde la perspectiva de la jurisdicción civil, apuntando el Tribunal a la posibilidad de que la aproximación pudiese ser distinta en el caso de que la inmunidad se hubiese planteado ante una jurisdicción penal²²⁵.

109. Esta diferenciación entre inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado e inmunidad del Estado en sentido estricto, se ve además reforzada en el caso de la inmunidad *ratione personae* en la que es posible que un funcionario beneficiario de dicha inmunidad (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y

especial importancia, ya que los tribunales de los Estados Unidos habían venido manteniendo con anterioridad la aplicabilidad de la Ley de inmunidad de soberanía extranjera a los funcionarios del Estado extranjero, identificando por tanto ambas categorías de inmunidad. En relación con la posición mantenida anteriormente por dichos tribunales, véase el asunto *Chuidian* (nota 75 *supra*).

²²¹ Fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, párr. 91. Téngase en cuenta que dicha afirmación la realiza la Corte tras concluir que «en el estado actual del derecho internacional consuetudinario, un Estado no se ve privado de la inmunidad por el solo motivo de ser acusado de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional de los conflictos armados». Véase igualmente la opinión separada del magistrado Bennouna (párr. 35) y la opinión disidente del magistrado Yusuf (párr. 40).

²²² *Ibíd.*, párrs. 87 y ss.

²²³ *Ibíd.*, párr. 100.

²²⁴ Véase asunto *Jones and others v. United Kingdom* (nota 56 *supra*), párrs. 200 y 202 a 204.

²²⁵ *Ibíd.*, párrs. 207 y 212 a 214. El mismo planteamiento había sido mantenido por el Tribunal en el asunto *Al-Adsani* (nota 56 *supra*) (párr. 65).

Ministro de Relaciones Exteriores) lo sea incluso respecto de los actos que realizó a título privado y que, por tanto, no pueden ser atribuidos al Estado ni dar lugar a su responsabilidad. En este caso, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de uno de los miembros de la troika por un acto delictivo cometido a título privado no encuentra paralelismo alguno en la inmunidad del Estado. Y, sin embargo, también en este caso dichos actos quedan cubiertos por una forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se reconoce en interés del Estado y no del funcionario.

110. Sobre la base de las consideraciones que preceden es posible formular las siguientes conclusiones:

a) en el caso de que el acto solo se pueda atribuir al Estado y solo el Estado pueda ser responsable, nos encontramos ante el supuesto típico de la inmunidad del Estado;

b) en el caso de que el acto se pueda atribuir simultáneamente al Estado y al individuo y ambos puedan ser responsables, nacen dos supuestos de inmunidad diferenciados: la inmunidad del Estado, por un lado, y la inmunidad del funcionario, por otro;

c) la diferenciación entre inmunidad del Estado e inmunidad de los funcionarios del Estado tiene un efecto máximo en el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en atención a la distinta naturaleza de la responsabilidad que se pretende deducir respecto del Estado (civil) y su funcionario (penal), y a la distinta naturaleza de las jurisdicciones a las que se opone la inmunidad.

b) *La atribución del acto al Estado*

111. El ejercicio de la inmunidad *ratione materiae* solo se justifica por la existencia de un vínculo entre el Estado y el acto de su funcionario, que es calificado por ello como un acto realizado por cuenta del Estado. Por consiguiente, para concluir que dicho vínculo existe es necesario, en primer lugar, que el acto pueda ser atribuido al Estado. Y dado que la atribución debe producirse conforme a normas de derecho internacional, las reglas de atribución contenidas en los artículos 4 a 11 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, que han sido analizadas *supra*, adquieren un significado especial. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que los citados criterios de atribución fueron definidos por la Comisión a los efectos de la responsabilidad internacional, y con una finalidad evidente: evitar que mediante formas indirectas de actuación, recurriendo a personas que no son sus órganos ni tienen atribuido de forma expresa el ejercicio de prerrogativas del poder público, el Estado pueda liberarse fraudulentamente de una responsabilidad internacional que se deriva de actos realizados en su nombre, bajo sus instrucciones, control o dirección, o en circunstancias tales que deban ser considerados como actos del Estado por haber sido realizados en su beneficio o interés²²⁶. Por tanto, es preciso analizar si todos los criterios contenidos

²²⁶ Véase el comentario general sobre la primera parte, capítulo II del proyecto de artículos, en esp. párrs. 4 y 9 (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párrs. 76 y 77).

en el capítulo II del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado son relevantes para concluir que un acto atribuible al Estado es un «acto realizado a título oficial» a los fines de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

112. A tal fin ha de tenerse en cuenta la naturaleza penal de los actos a los que deben aplicarse los criterios de atribución, así como la naturaleza de la inmunidad, que constituye en sí misma una excepción a la regla general del ejercicio de su jurisdicción por el Estado del foro. Ambos elementos exigen, por tanto, proceder a una interpretación de los criterios de atribución que asegure que la institución de la inmunidad no llegará a convertirse en un mecanismo para eludir la responsabilidad, alterando así su propia naturaleza²²⁷. Teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar, es dudoso que todos los criterios de atribución contenidos en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado sean útiles a los efectos de la inmunidad. La falta de idoneidad se plantea, en particular, respecto de los criterios contenidos en los artículos 7 a 11, que se analizan a continuación.

113. El criterio contenido en el artículo 7 nos sitúa ante la problemática general de los actos *ultra vires* y de los actos realizados por el funcionario con una motivación concreta, que fueron declarados irrelevantes por la Comisión a los efectos de concluir la responsabilidad del Estado. Sin embargo, la motivación del funcionario y el carácter *ultra vires* de sus actos sí pueden tener importancia a los efectos de la inmunidad. Así, baste con destacar

²²⁷ Téngase en cuenta, además, que la propia Corte Internacional de Justicia, cuando ha aplicado estos criterios de atribución lo ha hecho siempre desde una perspectiva restrictiva. En este sentido, revisten un especial interés los casos *Application of the convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro) y *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croacia c. Serbia), puesto que en ambos la responsabilidad del Estado se pretende deducir en relación con comportamientos que tienen un inequívoco componente penal: el genocidio. En ambos casos, la Corte ha interpretado los criterios de atribución de forma estricta y restrictiva, distinguiendo entre el supuesto de la atribución al Estado de los actos de individuos que actúan sobre la base de la existencia de un vínculo formal que le une con el Estado y los actos realizados por personas que —sin tener dicho vínculo— pueden ser atribuidos a pesar de todo al Estado. Si en el primero de los casos la Corte concluye que la atribución del acto al Estado es automática y no precisa de prueba especial, en el segundo caso, considera que no es posible proceder a la atribución del acto al Estado más que si el mismo ejerció un «control directo» sobre los individuos en cuestión. Concepto que, además, interpreta igualmente en términos estrictos afirmando que esta forma de atribución constituye un supuesto extraordinario. Junto a ello, resulta interesante destacar que en el supuesto de las personas que actúan bajo instigación, órdenes o instrucciones del Estado, la Corte ha concluido que la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por dichos actos no equivale a una eventual calificación de los mismos como actos del Estado en sentido estricto. Por el contrario, en este caso la responsabilidad del Estado se deriva de sus propios actos, que identifica con las instrucciones u órdenes contrarias al Derecho internacional que han sido dictadas por sus propios órganos o por personas legalmente facultadas para ejercer prerrogativas de poder público; pudiendo derivarse también del hecho de no haber adoptado las medidas de prevención y sanción exigidas por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Por último, ha de destacarse igualmente que la existencia de un vínculo entre el Estado y los individuos y organizaciones que cometieron los hechos de genocidio es sometido por la Corte a un escrutinio especialmente riguroso y restrictivo. Véase, en especial, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), *C.I.J. Recueil 2007*, párrs. 385 a 389, 392 a 397, 406, 412, 438 y 449.

en este momento que la práctica judicial analizada *supra* pone de manifiesto que los tribunales nacionales en un cierto número de casos han tomado en consideración la motivación de los autores de los actos para calificarlos como actos a título privado no cubiertos por la inmunidad. De la misma manera, en varias ocasiones los tribunales se han referido al incumplimiento o extralimitación del mandato del funcionario para concluir que ha actuado en una forma que no le permite beneficiarse de la inmunidad. En todos estos casos, resulta evidente que el funcionario actuó en beneficio propio o incumpliendo o sobrepasando el mandato que el Estado le había otorgado, por lo que no se justifica la atribución de sus actos al Estado a los efectos de la inmunidad. No obstante, ha de advertirse que si bien la motivación del interés propio ha sido percibida en todos los casos como un motivo para no calificar al acto del funcionario como un acto realizado por cuenta del Estado, la jurisprudencia es menos coherente en relación con los actos *ultra vires*.

114. Los criterios de atribución contenidos en los artículos 8 y 9 nos sitúan de modo general frente al fenómeno de los denominados funcionarios *de facto*. En el primero de los supuestos, la propia Comisión ha afirmado que

[c]asi siempre se trata de situaciones en las que los órganos del Estado complementan su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como «auxiliares», pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado²²⁸.

Dicha caracterización dificulta la aplicación de este criterio en el proceso de atribución de un acto al Estado a los efectos de la inmunidad, ya que si bien el elemento de la funcionalidad de la acción se cumple, resulta más difícil demostrar el criterio de la oficialidad del acto, en especial si tenemos en cuenta la distinción realizada por la Corte Internacional de Justicia entre los individuos que actúan bajo el «control directo» del Estado y aquellos que simplemente actúan mediante la instigación e instrucciones del Estado. La conclusión a que llega la Corte en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina *c.* Serbia y Montenegro) en relación con la responsabilidad²²⁹ parece aplicable igualmente en relación con la inmunidad, de tal manera que solamente los actos realizados por un individuo que actúa bajo el control directo del Estado podrían ser considerados como actos atribuibles al Estado a los efectos de la inmunidad. De esta manera se perfila más correctamente el concepto de funcionario del Estado, excluyendo del mismo a los individuos que habitualmente son considerados como funcionarios *de facto*. Solo esta conclusión resulta coherente con la naturaleza de la inmunidad, ya que no parece razonable que el Estado pueda pretender la inmunidad para individuos a los que voluntariamente no había atribuido el carácter de órgano o de persona facultada para el ejercicio de prerrogativas del poder público o con los que no había establecido un especial vínculo de dependencia y control efectivo en el momento en que cometieron los actos que constituyen el elemento material para la inmunidad.

115. Por lo que se refiere al criterio previsto en el artículo 9, la evaluación de su aplicabilidad a los efectos de la inmunidad merece un tratamiento más matizado. En este caso, el proyecto de artículos contempla una situación de hecho en la que las autoridades oficiales han desaparecido o se están restableciendo gradualmente. Como afirma la Comisión, estaríamos en un supuesto de «representación por necesidad»²³⁰. Las condiciones cumulativas que exige la Comisión para aplicar este supuesto (el comportamiento debe estar relacionado efectivamente con el ejercicio de atribuciones del poder público, el comportamiento debe haber sido observado en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y las circunstancias deben ser tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones) nos colocaría ante una situación que se asemeja mucho al desempeño de funciones públicas. Como dijo la Comisión, el verbo «requerir» nos sitúa en la lógica de la necesidad: las circunstancias hacían indispensable «cierto ejercicio de funciones públicas», a lo que se añade un elemento normativo en la forma de representación que implica el artículo 9, que distingue estas situaciones de la regla general conforme a la cual el comportamiento de entidades privadas, incluidas las fuerzas insurrectas, no es atribuible al Estado²³¹. En consecuencia, con carácter excepcional cabría valorar la posible calificación de este tipo de actos como realizados a título oficial a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* que se analiza en el presente informe. Sin embargo, las especialísimas circunstancias en que tales actos se producen hacen muy difícil que dichos actos vayan a dar lugar a una alegación de inmunidad. Y, de hecho, en la práctica analizada *supra* no se encuentra ningún caso que pueda encajar en este supuesto.

116. En tercer lugar, en el caso de la atribución retroactiva al Estado de los actos realizados por movimientos insurreccionales que alcanzan el poder (art. 10), ha de señalarse que las personas que realizaron dichos actos no disfrutaban de la condición de funcionario del Estado en el momento en que llevaron a cabo dichas actividades. En consecuencia, resulta difícil concluir que un acto que en su origen no pudo ser considerado en ningún caso como un «acto realizado a título oficial» pueda adquirirlo con efectos retroactivos, y que ello pueda generar el nacimiento *a posteriori* de una inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* de la que no se beneficiaban en el momento en que los hechos se produjeron, máxime cuando los actos en cuestión se realizaron en el marco de enfrentamientos, incluso armados, con las autoridades que en aquel momento actuaban, sin duda alguna, por cuenta del Estado. Tampoco en este caso se encuentran en la práctica ejemplos en los que se haya alegado la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* en relación con los comportamientos realizados por movimientos insurreccionales. En consecuencia, cabe concluir que los actos que se puedan producir en el marco de las actividades contempladas en el artículo 10 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado tampoco pueden considerarse como «actos realizados a título oficial» en el marco de nuestro tema.

²²⁸ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 49, párr. 2 del comentario al artículo 8.

²²⁹ Véase la nota 212 *supra*.

²³⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 51, párr. 2 del comentario al artículo 9.

²³¹ *Ibíd.*, pág. 51.

117. Por último, el artículo 11 recoge la atribución de un acto al Estado mediante la aceptación libérrima por el mismo de un acto como propio, sin que a tal fin sea necesaria la concurrencia de ningún tipo de vínculo previo de dicho acto con el Estado. Este criterio de atribución se justifica plenamente a los efectos de la determinación de la responsabilidad del Estado, pero resulta incompatible con la naturaleza de la inmunidad *ratione materiae* que exige que los actos que queden cubiertos por la misma hayan sido realizados a título oficial en el momento en que se producen. Admitir la aplicabilidad de este criterio de atribución a los fines de la inmunidad equivaldría a otorgar al Estado el derecho a declarar, unilateralmente y sin ningún límite, que cualquier acto, realizado por cualquier persona y con independencia del momento en que se realice, puede beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo que es, sin duda alguna, incompatible con la propia naturaleza de la inmunidad y con el fundamento y finalidad perseguidos por esta institución. Por tanto, ha de concluirse que tampoco este criterio de atribución es relevante a los efectos de calificar un acto como realizado a título oficial a los efectos del presente tema.

c) *Soberanía y ejercicio de prerrogativas del poder público*

118. Como se acaba de señalar, la atribución de un acto al Estado constituye el requisito necesario para que el mismo pueda ser considerado como un «acto realizado a título oficial» a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*. Sin embargo, el cumplimiento de dicho requisito, incluso conforme a la interpretación restrictiva propugnada *supra*, no es suficiente para proceder a dicha calificación. Por el contrario, calificar a un acto que ha sido atribuido al Estado como «acto realizado a título oficial» precisa de la aplicación de un criterio adicional de naturaleza teleológica. Así, dado que la inmunidad *ratione materiae* tiene como finalidad garantizar el respeto del principio de igualdad soberana del Estado bajo la forma de *par in parem non habet imperium*, los actos que queden cubiertos por dicha inmunidad han de presentar también una conexión con la soberanía que, en última instancia, se pretende salvaguardar. Dicha conexión, que no puede ser meramente formal, se refleja en la exigencia de que el acto realizado a título oficial no solo sea un acto atribuible al Estado y realizado por cuenta del Estado sino que, además, pueda concluirse que el mismo es una manifestación de la soberanía, constituyendo una forma de ejercicio de atribuciones del poder público. Dicho requisito refleja, además, la distinta naturaleza a que responden la responsabilidad del Estado y la inmunidad, que impide que todos los criterios y categorías jurídicas definidas a los efectos de la primera se apliquen mecánicamente a la segunda²³².

²³² En contra de este argumento, véase O'Keefe, *International Criminal Law*, en esp. párr. 10.60. La Relatora Especial desea agradecer al autor el envío de la versión provisional del capítulo 10 de dicho trabajo, que ha utilizado con ocasión de la preparación del presente informe. El autor sigue el planteamiento mantenido por el antiguo Relator Especial, Sr. Kolodkin (véase *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párr. 24).

119. Es cierto, sin embargo, que el concepto de soberanía resulta difícil de definir y que describir qué se entiende por «ejercicio de atribuciones del poder público» no es tampoco tarea fácil, como lo pone de manifiesto el hecho de que ni la Comisión, ni la jurisprudencia, ni la doctrina han ofrecido una definición de dicha expresión. Sin embargo, siendo ello cierto, no lo es menos que del análisis de la práctica que se ha llevado a cabo *supra*, es posible deducir un conjunto de elementos que nos permiten aproximarnos a dicho concepto. Así, apoyándonos tanto en los trabajos previos de la Comisión²³³ como en las decisiones judiciales adoptadas por un cierto número de tribunales nacionales²³⁴, es posible concluir que la identificación de qué se entiende por «ejercicio de atribuciones del poder público» debe realizarse sobre la base de dos elementos concurrentes, a saber: a) determinadas actividades que, por su naturaleza, son consideradas como expresiones o contenidos inherentes de la soberanía (policía, administración de justicia, actividades de las fuerzas armadas, relaciones exteriores); y b) determinadas actividades que se producen en aplicación de políticas y decisiones estatales que implican un ejercicio de la soberanía y que, por tanto, se conectan con ella en términos funcionales. Ambos criterios positivos se completan con uno negativo no menos importante, a saber: los tribunales nacionales han excluido expresamente de la cobertura de la inmunidad a aquellos actos en los que el interés y la motivación privada prima sobre el interés y la motivación del Estado, aun cuando los actos en cuestión se hayan realizado con una apariencia de oficialidad por parte del funcionario que los llevó a cabo²³⁵. Dichos criterios deberán aplicarse, lógicamente, caso por caso, a fin de permitir la toma en consideración de todos los elementos que concurren en el entorno de la producción de un determinado acto y que deberán ser valorados para concluir si por su naturaleza o su función constituye un acto en ejercicio de las atribuciones del poder público y constituye una expresión de la soberanía. Dicha aproximación casuística y contextual ha sido seguida también por los tribunales cuyas decisiones han sido analizadas en el presente informe.

120. Los criterios que se acaban de referir, basados en la práctica, ofrecen orientación a los tribunales encargados de pronunciarse sobre la inmunidad. Por otro lado, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que los tribunales nacionales se han referido en un cierto número de casos a la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* para apoyar sus razonamientos²³⁶. A este respecto, debe recordarse que las dos categorías antes mencionadas se han construido en el marco de la inmunidad del Estado, a los fines de ofrecer elementos de análisis en relación con la teoría restrictiva de dicha inmunidad. Por tanto, el énfasis puesto en la dimensión pública y privada o comercial que caracteriza a cada una de estas categorías hace muy difícil que dicha distinción pueda ser empleada automáticamente con la finalidad de calificar los «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Sin embargo, no es menos cierto que la construcción jurídica que se ha venido produciendo en torno a los caracteres

²³³ Véase el párrafo 83 *supra*.

²³⁴ Véase el párrafo 54 *supra*.

²³⁵ Véase el párrafo 58 *supra*.

²³⁶ Véase el párrafo 54 *supra*.

básicos de los actos *iure imperii* pueden ofrecer elementos de utilidad para ser considerados por el operador jurídico en el proceso de calificación del acto a los efectos del presente informe.

121. La aplicación de estos criterios plantea una problemática especial en el caso de los crímenes internacionales. Como se ha puesto de manifiesto con ocasión del análisis de la práctica judicial, la posición adoptada por los tribunales no es uniforme respecto de su calificación como «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad²³⁷. Así, en un primer grupo de decisiones se ha sostenido que los crímenes internacionales no pueden ser considerados en ningún caso como «actos realizados a título oficial» ni beneficiarse de la inmunidad. Frente a ello, se ha mantenido que los crímenes internacionales son actos realizados a título oficial que, por tanto, quedan cubiertos por la inmunidad. En una posición intermedia, los crímenes internacionales han sido considerados como actos realizados a título oficial pero sin que, por su naturaleza, puedan considerarse cubiertos por la inmunidad. Y, por último, en algunos casos se ha afirmado que los crímenes internacionales no pueden beneficiarse de la inmunidad sin que se produzca ningún pronunciamiento sobre si son o no actos realizados a título oficial. Y la misma divergencia de interpretación se encuentra en la doctrina²³⁸. Por tanto, a lo largo de los trabajos de la Comisión será necesario abordar la cuestión de la relación entre inmunidad y crímenes internacionales. En este momento, dicha relación se analizará exclusivamente desde la perspectiva de la definición de los actos realizados a título oficial.

122. Conforme a la primera de las posiciones antes mencionadas, los crímenes internacionales no pueden considerarse como una manifestación de la soberanía ni como una forma de ejercicio de atribuciones del poder público y, por tanto, quedarían excluidos del concepto de «acto realizado a título oficial» a los efectos de la inmunidad. Los argumentos formulados a favor de esta interpretación son muy variados, pero pueden resumirse en dos líneas básicas, que en ocasiones se formulan conjuntamente, a saber: a) la comisión de crímenes internacionales no constituye una función propia del Estado; y b) los crímenes internacionales son comportamientos prohibidos por el derecho internacional, que atentan contra los valores y principios esenciales de dicho ordenamiento. En ambos casos, los crímenes internacionales son contemplados desde la perspectiva de los límites a la inmunidad: se trata de comportamientos que no pueden ser considerados como realizados a título oficial y, por tanto, la inmunidad no es aplicable a los mismos porque no responden a los caracteres que definen el elemento material de la inmunidad *ratione materiae*. Dicha posición viene acompañada con una cierta frecuencia por la reflexión sobre la necesidad de consolidar y reforzar la lucha contra la impunidad como uno de los signos distintivos del derecho internacional de principios del siglo XXI.

123. Estos argumentos son, sin duda, sugerentes y tienen la *vis atractiva* propia de la defensa de los valores y

principios sobre los que se sustenta la sociedad y el derecho internacional en nuestros días. Sin embargo, la configuración de los crímenes internacionales como límite a la inmunidad *ratione materiae* se enfrenta a dos importantes problemas. El primero de ellos está relacionado con el propio concepto de acto realizado a título oficial a los efectos de la inmunidad. El segundo tiene mayor alcance y se refiere a las consecuencias que dicha aproximación puede tener sobre la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de crímenes internacionales.

124. En efecto, la conclusión de que un crimen internacional no puede ser considerado como un acto realizado a título oficial es la consecuencia de entender que dichos crímenes no pueden ser cometidos en ejercicio de atribuciones del poder público ni como expresión de la soberanía y las políticas estatales. Sin embargo, afirmar que la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la limpieza étnica, el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra carecen de toda dimensión de oficialidad y funcionalidad estatal no es compatible con la realidad de los hechos. Por el contrario, como ha sido puesto de manifiesto en múltiples ocasiones, incluso en el marco de la propia Comisión, dichos crímenes se cometen desde el aparato del Estado, con su cobertura y para el logro de objetivos políticos que, al margen de su moralidad, son propios del Estado. Y los mismos son cometidos, en múltiples ocasiones, por funcionarios del Estado en el sentido que a dicho término se ha dado en el presente tema. A lo que ha de añadirse, por último, que algunos de los comportamientos calificados en el derecho internacional contemporáneo como crímenes internacionales, incorporan la participación de funcionarios del Estado como un elemento irrenunciable del tipo penal. Junto a ello, alegar que el crimen internacional es contrario al derecho internacional tampoco añade un elemento de interés para calificar a un acto como realizado a título oficial, ya que como se ha señalado anteriormente, la naturaleza penal del acto y, por tanto, su ilicitud, constituye uno de los caracteres de todo acto realizado a título oficial en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, con independencia de que la ilicitud se defina en virtud de normas estatales o de normas internacionales.

125. El segundo de los problemas antes mencionado no reviste menor importancia. Para una correcta comprensión del mismo, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la calificación de un acto como realizado a título oficial a los efectos de la inmunidad parte necesariamente de la atribución del acto al Estado. Por consiguiente, afirmar que un crimen internacional no puede ser considerado como acto realizado a título oficial podría producir el efecto perverso y, sin duda no deseado, de entender que los crímenes internacionales no son actos atribuibles al Estado, sino exclusivamente a su autor. Las importantes consecuencias que esta calificación puede tener en el plano de la responsabilidad no precisan mayor explicación: no tratándose de un acto atribuible al Estado, este se vería liberado de toda responsabilidad internacional en virtud de dicho acto, siendo sustituida por la responsabilidad penal imputable al individuo. Dicho resultado es incompatible con la propia naturaleza de la inmunidad y con la más moderna evolución del derecho internacional en materia de responsabilidad, que ha incorporado el

²³⁷ Véanse los párrafos 56 y 57 *supra*.

²³⁸ Sobre los crímenes internacionales, véase Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*.

modelo de doble responsabilidad (estatal e individual) como uno de sus signos distintivos²³⁹. Por consiguiente, tampoco desde esta perspectiva puede concluirse que los crímenes internacionales no son actos realizados a título oficial a los efectos de la inmunidad.

126. La calificación de los crímenes internacionales como «acto realizado a título oficial» no significa, sin embargo, que el funcionario del Estado haya de beneficiarse automáticamente de la inmunidad *ratione materiae* por la comisión de dichos crímenes. Por el contrario, la naturaleza de los citados crímenes y la especial gravedad que les atribuye el derecho internacional contemporáneo obliga a tomarlos en consideración a los efectos de definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Pero el análisis de los efectos de los crímenes internacionales respecto de la inmunidad se puede abordar de forma más adecuada desde la perspectiva de las excepciones a la inmunidad. Dicho enfoque es el que la Relatora Especial se propone seguir en su quinto informe.

5. CONCLUSIÓN: LA DEFINICIÓN DE «ACTO REALIZADO A TÍTULO OFICIAL»

127. Sobre la base del análisis contenido en las páginas precedentes, se propone el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

f) se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de prerrogativas del poder público que, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal.»

C. El elemento temporal

128. El elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* no es objeto de controversias ni en la práctica ni en la doctrina, existiendo un amplio consenso en torno al carácter indefinido de dicha categoría de inmunidad. Por carácter indefinido se entiende el hecho de que la inmunidad *ratione materiae* es aplicable en cualquier momento tras la comisión del acto, tanto si el funcionario en cuestión se encuentra todavía en el ejercicio de su mandato como si ya ha dejado de estarlo.

129. Para definir el significado real del elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* es preciso diferenciar dos momentos temporales distintos, a saber: el momento en que se produce el acto que puede generar la inmunidad y el momento en que se alega la inmunidad. Mientras que el primero tiene que estar comprendido dentro del período de mandato del funcionario del Estado, el segundo se producirá en conexión con el ejercicio de un acto de jurisdicción penal contra el autor del acto, siendo irrelevante que la alegación de la inmunidad se produzca dentro del período de mandato del funcionario o con posterioridad a la terminación del mismo. Por tanto, el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* responde más a la

naturaleza de condición que a la de límite: cumplida la condición en un momento determinado, no existe límite temporal alguno para que la inmunidad pueda surtir efectos. Ello se justifica por la propia naturaleza de este tipo de inmunidad y por la preeminencia que en la misma tiene el concepto de «acto realizado a título oficial», cuya naturaleza no desaparece ni cambia por el hecho de que el funcionario haya dejado su puesto.

130. Esta configuración del elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* se diferencia, por tanto, de la configuración del elemento temporal de la inmunidad *ratione personae*, que responde a la naturaleza de límite. Así, como ya se puso de manifiesto en el proyecto de artículo 4, párrafo 1, aprobado provisionalmente por la Comisión, y en el comentario al mismo, la inmunidad *ratione personae* se extingue en el momento en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores finalizan su mandato y no podrá ser alegada con posterioridad, ya que encontrarse en ejercicio del mandato constituye la condición para beneficiarse de dicha categoría de inmunidad.

131. Sin embargo, esta diferente configuración del elemento temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* no convierte a ambas categorías de inmunidad en compartimentos estancos. Por el contrario, la inmunidad *ratione materiae* se puede aplicar respecto de cualquier funcionario del Estado y, por tanto, los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, tras el fin de su mandato, dejarán de beneficiarse de la inmunidad *ratione personae* pero podrán beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*. En este segundo supuesto, los antiguos Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores se verán sometidos al régimen general aplicable a la inmunidad *ratione materiae* y, por tanto, el elemento temporal operará también como condición en el caso de estos antiguos mandatarios, siendo necesario demostrar, por consiguiente, que el acto realizado por los mismos, respecto del que se alega la inmunidad, responde a la categoría de acto realizado a título oficial y que el mismo se produjo durante el período en que ocupaban dichas posiciones relevantes en la estructura del Estado. Sin embargo, el hecho de que la posición que ocuparon en su día fuese la de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores no introduce modificación alguna en el régimen sustantivo de la inmunidad *ratione materiae*. Así parece confirmarlo la práctica tanto convencional como judicial, en la que no es posible encontrar ejemplos en los que un antiguo Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores se vea reconocer un régimen más ventajoso que el que corresponde a cualquier otro funcionario por aplicación de la inmunidad *ratione materiae*. Esta misma conclusión se deduce de las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional sobre la inmunidad, en especial las adoptadas en 2001 y 2009²⁴⁰.

²⁴⁰ Resoluciones del Instituto de Derecho Internacional, «Immunities from jurisdiction and execution of Heads of State and of Government in international law» adoptada el 26 de Agosto de 2001, *Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), sesión de Vancouver (2001), pág. 743; e «Immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes» sesión de Nápoles (2009) (disponible en www.idi-iil.org, «Resolutions»).

²³⁹ Véanse los párrafos 96 a 110 *supra*.

D. Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

132. Los dos elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* analizados en las páginas precedentes tienen autonomía conceptual y jurídica, lo que justifica su tratamiento separado en el presente informe. Sin embargo, ambos elementos están relacionados entre sí y contribuyen a definir el alcance (material y sustantivo) de esta categoría de inmunidad. Por otro lado, la Comisión, al aprobar provisionalmente el proyecto de artículo 4 (Alcance de la inmunidad *ratione personae*), expresó la preferencia por que ambos elementos fuesen tratados conjuntamente en un único proyecto de artículo. En consecuencia, sobre la base del análisis que se ha realizado en este informe respecto de los elementos material y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, se presenta el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 6. Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae*, tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione materiae* se extiende únicamente a los actos realizados a título oficial por el funcionario del Estado durante el período en que se encuentra en ejercicio del cargo.

3. La inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, en las condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 de este proyecto de artículo.»

133. El proyecto de artículo 6 sigue el mismo modelo del proyecto de artículo sobre el alcance de la inmunidad *ratione personae* (proyecto de artículo 4) aprobado por la Comisión en 2014. El proyecto de artículo propuesto debe ser leído conjuntamente con el resto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión, así como sus comentarios, y de manera muy especial en combinación con el proyecto de artículo 5. Por último, se ha de advertir que el proyecto de artículo 6 no tiene consecuencia alguna ni implica un pronunciamiento sobre el tema de los límites y las excepciones a la inmunidad.

CAPÍTULO II

Plan de trabajo futuro

134. En su quinto informe, que someterá a la Comisión en 2016, la Relatora Especial se propone analizar la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

135. El tema de los límites y excepciones a la inmunidad ha estado presente de modo constante en los trabajos de la Comisión desde que comenzó el tratamiento del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, siendo objeto de tratamiento en el memorando de la Secretaría²⁴¹ y en el segundo informe del antiguo Relator Especial, Sr. Kolodkin²⁴². Se trata, sin duda, uno de los temas centrales a los que la Comisión debe dar respuesta y puede afirmarse sin temor a error que se trata del tema de mayor sensibilidad política de los que se integran en este proyecto de artículos. No es de extrañar, por tanto, que la cuestión de los límites y excepciones haya sido objeto de debate continuado en la Comisión y que algunos de sus miembros consideren que, en realidad, dicha cuestión constituye el objeto mismo, incluso el único objeto, del presente tema. La importancia atribuida a dicha cuestión se refleja igualmente en las declaraciones de los Estados ante la Sexta Comisión, que han insistido de modo reiterado en la necesidad de abordar el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado de tal forma que no genere perjuicio ni entre en contradicción con las actividades desarrolladas de modo continuo por la comunidad internacional a fin de luchar contra la impunidad, si bien es cierto que para otro grupo de Estados el tema de los límites y excepciones a la inmunidad debe ser abordado con cautela y prudencia.

136. Como ya se señaló desde el informe preliminar²⁴³, la cuestión relativa a los límites y las excepciones a la inmunidad debe ser abordada una vez finalizado el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*. Y ello por una razón evidente: solo tras el examen de los elementos básicos que definen el régimen general aplicable en abstracto a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera será posible abordar la compleja cuestión de si dicho régimen general es susceptible de ser sometido a límites y excepciones. Además, la cuestión relativa a los límites y excepciones de la inmunidad ha de analizarse de modo global, y en paralelo, respecto de las dos categorías de inmunidad antes referidas.

137. La problemática de los límites y excepciones a la inmunidad ha sido considerada fundamentalmente desde la perspectiva de los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad. Y, por tanto, se ha puesto el énfasis en la relación entre inmunidad de jurisdicción penal extranjera, crímenes internacionales, violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, lucha contra la impunidad e *ius cogens*. La importante producción doctrinal que ha tenido lugar en los últimos años sobre la inmunidad del Estado y de sus funcionarios pone de manifiesto cómo la relación antes mencionada constituye una de las principales preocupaciones de la comunidad jurídica. Sin embargo, dicha preocupación no es exclusivamente teórica o doctrinal. Por el contrario, el debate generado en torno a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos en los casos *Al-Adsani* y *Jones v. United Kingdom*²⁴⁴, pone de

²⁴¹ Véase la nota 3 *supra*.

²⁴² Véase *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

²⁴³ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654.

²⁴⁴ Véase la nota 56 *supra*.

manifiesto cómo la problemática de los límites y excepciones a las inmunidades soberanas presenta una importantísima vertiente práctica. Por último, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*, ha venido a situar en el primer plano del debate la estrecha relación existente entre la inmunidad y algunas categorías centrales del derecho internacional contemporáneo. Junto a ello, la reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana relativa a la aplicación en Italia del fallo de la Corte en el caso que se acaba de citar²⁴⁵, ha venido a añadir más complejidad al tema. Por consiguiente, todo trabajo de la Comisión sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado quedaría incompleto sin un tratamiento adecuado de los límites y excepciones aplicables a la misma.

138. Dicho análisis no puede, sin embargo, limitarse únicamente al tema de la relación entre crímenes internacionales e inmunidad de jurisdicción penal extranjera, con

²⁴⁵ Italia, sentencia núm. 238 (2014), Corte Constitucional, 22 de octubre de 2014, *Gazetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1ª Serie Especial, Corte Constitucional, núm. 45 (2014).

independencia de que dicha cuestión constituya, sin duda alguna, el aspecto central y más controvertido de esta problemática. Por el contrario, el análisis debe partir, en primer lugar, de la distinción entre límite y excepción y de las distintas funciones que cada una de dichas categorías puede jugar en el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Dicho análisis ha de realizarse, además, de forma sistémica, tomando debidamente en consideración que el derecho internacional es un ordenamiento jurídico completo cuyas normas están relacionadas e interactúan entre sí.

139. Con la presentación y debate del informe sobre los límites y las excepciones a la inmunidad, la Comisión podría terminar durante el presente quinquenio el estudio de las cuestiones de naturaleza sustantiva que definen el régimen jurídico de dicha institución. Las cuestiones de naturaleza procesal deberían ser abordadas en un sexto informe que se sometería a la Comisión durante el primer período de sesiones del próximo quinquenio. La presentación del citado informe y los trabajos futuros estarán sometidos, en todo caso, a las decisiones que sean adoptadas por la nueva Comisión que deberá ser elegida por la Asamblea General en 2016.

ANEXO

Proyectos de artículos propuestos*Proyecto de artículo 2. Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

f) se entiende por «acto realizado a título oficial» un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de prerrogativas del poder público que, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal.

*Proyecto de artículo 6. Alcance de la inmunidad
ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae*,

tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione materiae* se extiende únicamente a los actos realizados a título oficial por el funcionario del Estado durante el período en que se encuentra en ejercicio del cargo.

3. La inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, en las condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 de este proyecto de artículo.

LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/683

Tercer 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]
[7 de abril de 2015]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	40
Obras citadas en el presente informe	40
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-10 42
<i>Capítulo</i>	
I. ALCANCE DEL PRESENTE INFORME	11-18 44
II. ACUERDOS ULTERIORES Y PRÁCTICA ULTERIOR EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS CONSTITUTIVOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	19-85 45
A. El artículo 5 de la Convención de Viena de 1969.....	20-23 45
B. Aplicación de las normas de la Convención de Viena de 1969 sobre la interpretación de los tratados a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales	24-29 46
C. La práctica ulterior como medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales.....	30-56 47
1. La práctica ulterior de las partes en los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales con arreglo a los artículos 31, párr. 3, apdo. b, y 32 de la Convención de Viena de 1969.....	33-42 47
2. La práctica de los órganos de una organización internacional	43-51 49
3. Combinación de la práctica de los órganos de la organización y de la práctica ulterior de las partes	52-56 50
D. Los acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. a, como medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales	57-67 51
1. Acuerdos ulteriores autónomos entre las partes	59-62 52
2. Decisiones de órganos plenarios como acuerdos ulteriores entre las partes	63-67 52
E. Modos de concebir los diversos usos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con las normas de interpretación de la Convención de Viena	68-74 54
F. Carácter y peso de la práctica de los órganos y las organizaciones.....	75-82 55
G. El artículo 5 como reflejo del derecho consuetudinario	83-85 57
III. PROYECTO DE CONCLUSIÓN 11	86 58

* El Relator Especial agradece la asistencia proporcionada por Alejandro Rodiles Bretón en la preparación del presente informe, así como la ayuda a la investigación prestada por Janina Barkholdt y la asistencia técnica facilitada por Enis Arkat (todos ellos de la Universidad Humboldt de Berlín).

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 15, núm. 102, pág. 295
Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Nueva York, 22 de julio de 1946)	OMS, <i>Documentos básicos</i> , suplemento de la 45ª edición, octubre de 2006.
Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (con anexo) (Washington D.C., 2 de diciembre de 1946)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 161, núm. 2124, pág. 72.
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.
Convenio por el que se establece la Organización Europea de Investigación Nuclear (París, 1 de julio de 1953)	Ibíd., vol. 200, núm. 2701, pág. 149.
Convenio y Estatutos relativos al Desarrollo de la Cuenca del Chad (Fort Lamy, 22 de mayo de 1964)	<i>Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation: Africa</i> , Natural Resources/Water Series No. 13 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.84 II.A.7), pág. 8.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
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. 3.
Acuerdo sobre 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.
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.
Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (con acta final, anexos y protocolo) (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Ibíd., vols. 1867 a 1869, núm. 31874, pág. 3.
Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio)	Ibíd., pág. 276.
Acuerdo Multilateral sobre la Liberalización del Transporte Aéreo Internacional (Washington, 1 de mayo de 2001)	Ibíd., vol. 2215, núm. 39375, pág. 33.
Protocolo del Acuerdo Multilateral sobre la Liberalización del Transporte Aéreo Internacional (Washington, 1 de mayo de 2001)	Ibíd., pág. 402.

Obras citadas en el presente informe

<p>AHLBORN, Christiane «The rules of international organizations and the law of international responsibility», <i>International Organizations Law Review</i>, vol. 8 (2011), págs. 397 a 482.</p> <p>AMERASINGHE, C.F. <i>Principles of the Institutional Law of International Organizations</i>, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.</p> <p>ALTER, Karen J. y Laurence R. HELFER «Legal integration in the Andes: law-making by the Andean Tribunal of Justice», <i>European Law Journal</i>, vol. 17 (2011), págs. 701 a 715.</p>	<p>ALVAREZ, Jose E. «Constitutional interpretation in international organizations», en Jean-Marc Coicaud y Veijo Heiskanen (eds.), <i>The Legitimacy of International Organizations</i>, Tokio, United Nations University Press, 2001, págs. 104 a 154.</p> <p><i>International Organizations as Law-Makers</i>, Oxford, Oxford University Press, 2005.</p> <p>ANDERSON, David Heywood «Article 5 of the 1969 Vienna Convention» en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), <i>The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary</i>, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011.</p>
--	---

- ARATO, Julian
«Treaty interpretation and constitutional transformation: informal change in international organizations», *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), págs. 289 a 357.
- AUST, Helmut Philipp, Alejandro RODILES y Peter STAUBACH
«Unity or uniformity: domestic courts and treaty interpretation», *Leiden Journal of International Law*, vol. 27 (2014), pág. 75.
- AUST, Anthony
Modern Treaty Law and Practice, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BENVENISTI, Eyal y George W. DOWNS
«The empire's new clothes: political economy and the fragmentation of international law», *Stanford Law Review*, vol. 60 (2007), págs. 595 a 631.
- BLOKKER, Niels
«Beyond "Dili": on the powers and practice of international organizations», en Gerard Kreijen (ed.), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 299 a 322.
- BONZON, Yves
Public Participation and Legitimacy in the WTO, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- BOYLE, Alan E. y Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BOWEN, Harry A.
«The Chicago International Civil Aviation Conference», *The George Washington Law Review*, vol. 13 (1944-1945), págs. 308 a 327.
- BRÖLMANN, Catherine
«Specialized rules of treaty interpretation: international organizations», en Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 507 a 524.
- BUERGENTHAL, Thomas
Law-Making in the International Civil Aviation Organization, Siracusa, Syracuse University Press, 1969.
- BÜHLER, Konrad G.
State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus Political Pragmatism, La Haya, Kluwer Law International, 2001.
- COGEN, Marc
«Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT», *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), págs. 145 a 179.
- CRAWFORD, James
Brownlie's Principles of Public International Law, 8ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- DIVAC ÖBERG, Marko
«The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ», *European Journal of International Law*, vol. 16 (2006), págs. 879 a 906.
- DÖRR, Oliver
«Article 31. General rule of interpretation», en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Berlín y Heidelberg, Springer, 2012, págs. 521 a 571.
- ENGEL, Salo
«"Living" international constitutions and the World Court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), págs. 865 a 910.
- FELDMAN, Alexander M.
«Evolving treaty obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41 (2009), págs. 655 a 706.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANI, Carlos
Sovereignty and Interpretation of International Norms, Berlín y Heidelberg, Springer, 2007.
- GARDINER, Richard
Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GILLESPIE, Alexander
Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law, Cheltenham, Edward Elgar, 2005.
- HAANAPPEL, Peter P.C.
«Bilateral air transport agreements — 1913-1980», *The International Trade Law Journal*, vol. 5 (1980), págs. 241 a 267.
The Law and Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach, La Haya, Kluwer Law International, 2003.
- HAFNER, Gerhard
«Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 105 a 122.
- HAVEL, Brian F.
Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.
- HIGGINS, Rosalyn
«The development of international law by the political organs of the United Nations», *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-ninth Annual Meeting* (1965), pág. 116.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo
«International law in the past third of a century», en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1978-I*, vol. 159 (1979), págs. 2 a 343.
- JOMINI, Patrick y otros
«The changing landscape of Air Service Agreements», 30 de junio de 2009, documento de trabajo, disponible en https://www.researchgate.net/profile/Patrick_Jomini/publication/237806682_The_changing_landscape_of_Air_Service_Agreements/links/540816d50cf2bba34c248fe6.pdf.
- KADELBACH, Stefan
«The interpretation of the Charter», en B. Simma y otros (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 71 a 99.
- KAPTEYN, P.C.G. y P. VERLOREN VAN THEMAAT
Introduction to the Law of the European Communities: From Maastricht to Amsterdam, 3ª ed., Londres y La Haya, Kluwer Law International, 1998.
- KLABBERS, Jan
«Checks and balances in the law of international organizations», *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 1: *Autonomy in the Law* (2007), págs. 141 a 163.
An Introduction to International Institutional Law, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

KUIJPER, Pieter Jan

«The European Courts and the law of treaties: the continuing story», en Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 256 a 278.

KUNIG, Philip

«United Nations Charter, interpretation of», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 272 a 278, disponible en <http://opil.ouplaw.com/home/epil>.

LAUTERPACHT, E.

«The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals», en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 152 (1976), págs. 377 a 465.

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.

PETERS, Christopher

«Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), págs. 617 a 642.

ROSENNE, Shabtai

Developments in the Law of Treaties 1945-1986, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

SAND, Peter H.

«Development of international water law in the Lake Chad Basin», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974).

SCHACHTER, Oscar

«International law in theory and practice: general course in public international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1982-V*, vol. 178 (1985), págs. 9 a 396.

SCHIELE, Simone

Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

SCHMALENBACH, Kirsten

«Article 5. Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization» en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Berlín y Heidelberg, Springer, 2012, págs. 89 a 104.

SCHERMERS, Henry G. y Niels M. BLOKKER

International Institutional Law, 5ª ed. rev., Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

SOHN, Louis B.

«The UN system as authoritative interpreter of its law», en Oscar Schachter y Christopher C. Joyner (eds.), *United Nations Legal Order*, vol. 1, Cambridge y Nueva York, American Society of International Law y Cambridge University Press, 1995, págs. 169 a 229.

THIRLWAY, Hugh

«The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 1990—part two», BYBIL, vol. 61 (1990).

«The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 1996—part eight», BYBIL, vol. 67 (1996).

TOMAS, Lisa

«Air transport agreements, regulation of liability», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 242 a 245.

ULFSTEIN, Geir

«Reflections in institutional design — especially treaty bodies», en Jan Klabbers y Åsa Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, págs. 431 a 447.

WOOD, Michael

«The interpretation of Security Council resolutions», en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), págs. 73 a 95.

VILLIGER, Mark E.

Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

WHITE, Nigel D.

The United Nations System: Toward International Justice, Londres, Lynne Rienner, 2002.

Introducción

1. En 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados» en su actual programa de trabajo¹. Este tema tuvo su origen en la labor anterior del Grupo de Estudio de la Comisión sobre los tratados en el tiempo².

2. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y

la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados³ y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusiones con comentarios⁴. Los proyectos versaban sobre:

a) regla general y medios de interpretación de los tratados (proyecto de conclusión 1);

b) los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación (proyecto de conclusión 2);

¹ *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), cap. X; véase también la resolución 67/92 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2012, párrs. 2 y 3.

² *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I; *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), cap. XII; *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), cap. X; y *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), cap. XI.

³ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/660.

⁴ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), cap. IV.

c) interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo (proyecto de conclusión 3);

d) definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior (proyecto de conclusión 4);

e) atribución de la práctica ulterior (proyecto de conclusión 5).

3. Durante los debates en la Sexta Comisión acerca del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, los Estados reaccionaron por lo general favorablemente a la labor realizada por la CDI sobre el tema⁵.

4. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe sobre el tema⁶ y aprobó provisionalmente otros cinco proyectos de conclusiones con comentarios⁷. Los proyectos abordaban las cuestiones siguientes:

a) identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior (proyecto de conclusión 6);

b) posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación (proyecto de conclusión 7);

c) peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación (proyecto de conclusión 8);

d) acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado (proyecto de conclusión 9);

e) decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes (proyecto de conclusión 10).

5. Durante el debate de la Sexta Comisión en 2014, las delegaciones en general valoraron positivamente la aprobación de estos cinco proyectos de conclusión, que se consideraron equilibrados y en consonancia con el objetivo general de la labor sobre el tema⁸.

6. En su 66º período de sesiones, en 2014, la Comisión pidió que, «antes del 31 de enero de 2015», los Estados y las organizaciones internacionales:

a) le proporcionen ejemplos en los que la práctica de una organización internacional haya contribuido a la interpretación de un tratado; y

b) le proporcionen ejemplos en los que se haya considerado que pronunciamientos u otras actuaciones de

⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18) y 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19).*

⁶ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/671.

⁷ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 75 y 76.

⁸ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones (A/CN.4/678), mimeografiado, párr. 20.

un órgano creado en virtud de un tratado, integrado por expertos independientes, hayan dado lugar a acuerdos ulteriores o a una práctica ulterior relevante para la interpretación de un tratado⁹.

7. Hasta el momento de presentar este informe, se habían recibido cuatro contribuciones¹⁰. Pueden enviarse nuevas aportaciones en cualquier momento.

8. En los dos primeros informes se examinaron aspectos generales del tema. En el presente informe se aborda la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de un determinado tipo de tratados: los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Aunque el artículo 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969), estipula que la Convención es aplicable a dichos tratados, también reconoce que ello puede suscitar cuestiones concretas en lo que respecta a su interpretación. Una organización internacional, por definición, posee personalidad jurídica internacional independiente y ejerce sus atribuciones (competencias) y funciones a través de sus órganos¹¹. Estas características plantean algunas cuestiones, particularmente en cuanto a la relación entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en los propios instrumentos constitutivos, y la conducta posterior de los órganos de las organizaciones internacionales, en lo que respecta a la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales.

9. A la hora de abordar estas cuestiones, deben tenerse en cuenta las importantes diferencias que existen entre los Estados y las organizaciones internacionales. La Comisión se ha referido a esas diferencias en su comentario general al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales:

Las organizaciones internacionales son muy distintas de los Estados, y también se diferencian mucho entre ellas. A diferencia de los Estados, no gozan de competencias generales y se crearon para ejercer funciones específicas («principio de especialidad»). Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas¹².

10. Esta declaración no solo describe las principales diferencias entre los Estados y las organizaciones internacionales, sino también las características de los tratados que son instrumentos constitutivos de esas organizaciones y pueden ser pertinentes para su interpretación.

⁹ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 26.

¹⁰ Alemania, Austria, Finlandia y la UE.

¹¹ Véase el artículo 2, apdos. a y c, del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales: «a) Se entiende por “organización internacional” una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. [...]; c) Se entiende por “órgano de una organización internacional” toda persona o entidad que posea esta condición de conformidad con las reglas de la organización» (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88).

¹² *Ibíd.*, párr. 7 del comentario general.

CAPÍTULO I

Alcance del presente informe

11. El presente informe no se ocupa de todos los aspectos de la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados relativos a las organizaciones internacionales.

12. El informe se limita a la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales (artículo 5 de la Convención de Viena de 1969). Por tanto, no se refiere a la interpretación de los tratados aprobados en el marco de una organización internacional ni a los celebrados por organizaciones internacionales. Esta última categoría se aborda en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Organizaciones Internacionales y entre Estados y Organizaciones Internacionales (en adelante, la Convención de Viena de 1986). Aunque la interpretación de esos tratados, en principio, queda comprendida en el alcance del tema¹³, el Relator Especial se inclina a coincidir con Gardiner, que ha expresado la siguiente opinión:

Parece razonable prever que las normas sobre interpretación que se reproducen en la Convención de 1986 desplegarán su poder de atracción y llegarán a considerarse como expresión del derecho internacional consuetudinario del mismo modo que las de la Convención de 1969, pero no hay suficiente práctica para formular esta afirmación con carácter definitivo¹⁴.

13. El informe tampoco se ocupa de las cuestiones relativas a la interpretación de las decisiones de los órganos de organizaciones internacionales como tales. Como ha sostenido la Corte Internacional de Justicia con respecto a la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad:

Si bien las reglas sobre interpretación de los tratados consagradas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden proporcionar orientación, las diferencias entre los tratados y las resoluciones del Consejo de Seguridad significan que la interpretación de las resoluciones de este último exige que también se tengan en cuenta otros factores. Las resoluciones del Consejo de Seguridad las aprueba el único órgano colectivo y se redactan mediante un proceso muy diferente del que se utiliza para concertar un tratado. Las resoluciones del Consejo de Seguridad son fruto de un proceso de votación conforme a lo dispuesto en el Artículo 27 de la Carta, y el texto definitivo de esas resoluciones representa la opinión del Consejo de Seguridad como órgano. Además, las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden ser vinculantes para todos los Estados Miembros (*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. 54, párr. 116), con independencia de que hayan desempeñado alguna función en su formulación. La interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad puede requerir que la Corte analice las declaraciones formuladas por los representantes de los miembros del Consejo de Seguridad formuladas en el momento de su aprobación, otras resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la misma cuestión, así como la práctica posterior de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y de los Estados afectados por esas resoluciones¹⁵.

¹³ Esto se aclaró al comienzo de la labor, véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 173, párr. 12, y se refleja en el título del tema, que es general.

¹⁴ *Treaty Interpretation*, pág. 111.

¹⁵ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 442, párr. 94; véase también Thirlway, «The Law and

14. Estas consideraciones no solo se aplican a las decisiones del Consejo de Seguridad, sino también a otras muchas decisiones de órganos de organizaciones internacionales. También se aplican consideraciones especiales a las decisiones de los tribunales internacionales, tal como ha confirmado la Corte Internacional de Justicia en relación con sus propias sentencias:

Un fallo de la Corte no puede equipararse a un tratado, instrumento que deriva su fuerza vinculante y su contenido del consentimiento de los Estados contratantes y cuya interpretación puede verse afectada por la conducta posterior de esos Estados, de conformidad con el principio enunciado en el artículo 31, párrafo 3, apartado b, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. Un fallo de la Corte deriva su fuerza vinculante del Estatuto de la Corte, y la interpretación de un fallo consiste en desentrañar lo que la Corte decidió, no lo que las partes consideran posteriormente que fue el contenido de su decisión. Por consiguiente, el significado y alcance de un fallo de la Corte no puede verse afectado por el modo en que las partes se hayan comportado después de dictarse el fallo¹⁶.

15. No obstante, el presente informe sí considera los posibles efectos de las decisiones y el comportamiento de los órganos de las organizaciones internacionales para la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional.

16. En el informe no se aborda la cuestión de si el comportamiento de diferentes órganos de organizaciones internacionales pueden tener diferente peso en relación con la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales, en particular la cuestión de los posibles efectos, a los efectos de la interpretación, de los pronunciamientos o de otras medidas de un órgano de supervisión de un tratado integrado por expertos independientes¹⁷; estas cuestiones se examinarán en el próximo informe.

17. En el informe no se analizan las decisiones de una corte o un tribunal que estén facultados por el instrumento constitutivo de una organización internacional para resolver cuestiones relativas a la interpretación de un tratado de esa índole como posible forma de «práctica ulterior» a efectos de la interpretación de los tratados¹⁸. Aunque técnicamente emanan de un órgano de la organización internacional en cuestión y pueden equivaler en ciertas circunstancias a una «jurisprudencia clara y constante»¹⁹,

Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Eight», pág. 29; Wood, «The Interpretation of Security Council Resolutions», pág. 85; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 113.

¹⁶ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Camboya v. Tailandia), fallo, *I.C.J. Reports 2013*, pág. 307, párr. 75.

¹⁷ Véase *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea v. República Democrática del Congo), fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 663 y 664, párr. 66; Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, págs. 88 y 89; Klabbers, «Checks and Balances in the Law of International Organizations», págs. 151 y 152; Ulfstein, «Reflections in Institutional Design – Especially Treaty Bodies», pág. 439.

¹⁸ No obstante, véase Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 111; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», pág. 531, párr. 19.

¹⁹ Se trata de una expresión propia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Reino Unido, Cámara de los Lores, *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*

por lo que poseen un peso considerable a efectos de interpretación, esas decisiones de cortes o tribunales constituyen un medio especial para la interpretación del tratado en casos posteriores, como se indica, en particular, en el artículo 38, párrafo 1, apartado *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

18. Por último, el presente informe no se ocupa de las decisiones de las conferencias de Estados partes. En su proyecto de conclusión 10, aprobado provisionalmente en

ex parte Alconbury (Developments Limited and others) [2001] UKHL 231; *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah; Do (FC) v. Immigration Appeal Tribunal* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham); *Regina (On The Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State For Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

2014, la Comisión se refirió a los posibles efectos en la interpretación de los tratados de las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes. En este contexto, la Comisión ha observado que las conferencias de Estados partes «en líneas generales [...] pueden dividirse en dos categorías básicas», a saber, las conferencias y asambleas de las partes en un tratado que «son en realidad un órgano de una organización internacional en el que los Estados partes actúan en calidad de miembros de ese órgano [...] [y otras conferencias de Estados partes que] se convocan en cumplimiento de lo dispuesto en tratados que no establecen una organización internacional»²⁰.

²⁰ *Anuario...* 2014, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario al proyecto de conclusión 10.

CAPÍTULO II

Acuerdos ulteriores y práctica ulterior en la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

19. La interpretación de los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 (secc. A), aunque en principio se rige por las normas consagradas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969 (secc. B), puede depender de modos específicos de práctica ulterior (secc. C), así como de acuerdos ulteriores (secc. D), lo que plantea la cuestión de cómo encajarlos en las normas de interpretación de las reglas de Viena (secc. E) y el modo de determinar el carácter y el peso de ese tipo de conducta (secc. F). Por último, se examina la cuestión del carácter consuetudinario del artículo 5 (secc. G).

A. El artículo 5 de la Convención de Viena de 1969

20. El artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 dispone:

La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización²¹.

21. Esta disposición se ajusta al enfoque general de la Convención, según la cual su régimen se aplica «salvo que el tratado disponga otra cosa»²². Cuando la Comisión elaboró el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados algunos miembros expresaron dudas acerca de si una disposición como la del artículo 5 era necesaria, ya que un instrumento constitutivo de una organización internacional es, sin lugar a dudas, un tratado y la Convención de Viena se basa en el entendimiento de que las partes en un tratado pueden, salvo en lo que respecta a las normas de *ius cogens*, acordar normas específicas que pueden apartarse de lo previsto en la Convención. Durante un tiempo, la Comisión consideró que, en lugar de una

disposición general (como el artículo 5), podía formular diversas disposiciones específicas que habrían constituido «reservas» respecto de las normas pertinentes de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales en ámbitos en los que era probable que esos tratados recibieran un trato diferente por sus respectivas partes (por ejemplo, las disposiciones sobre la terminación). Sin embargo, en última instancia:

la Comisión decidió trasladar ese artículo al lugar que ocupa actualmente en la introducción y volver a formularlo como reserva general aplicable a todo el proyecto de artículos. Estimó que esto le permitiría simplificar la redacción de los artículos en los que figuran reservas concretas. Estimó asimismo que una reserva general de ese tipo era conveniente para el caso de que por inadvertencia se hubiesen olvidado los posibles efectos de las normas de organizaciones internacionales en cualquier contexto especial del derecho de los tratados²³.

22. Por lo tanto, el artículo 5 no tiene por objeto añadir los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales a los tratados a los que normalmente se aplicaría la Convención, sino más bien recalcar que la norma general según la cual todos los tratados entre Estados están sujetos a las normas de la Convención «salvo que el tratado disponga otra cosa» se aplica también a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales²⁴. Aun cuando esos instrumentos constitutivos pueden mostrar ciertas características especiales, puedan tenerse en cuenta en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, disposición que, por sí misma, no constituye una norma especial.

23. Un tratado que es el instrumento constitutivo de una organización internacional puede contener ciertas disposiciones que no estén relacionadas con las atribuciones (competencias) y las funciones de la organización. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es el tratado constitutivo de la Autoridad

²¹ Véase la disposición paralela del artículo 5 de la Convención de Viena de 1986.

²² Véanse, por ejemplo, los artículos 16; 19, apdos. *a* y *b*; 20, párrs. 1 y 3 a 5; 22; 24, párr. 3; 25, párr. 2; 44, párr. 1; 55; 58, párr. 2; 70, párr. 1; 72, párr. 1; y 77, párr. 1.

²³ *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 210, párr. 1 del comentario al artículo 4.

²⁴ Schmalenbach, «Article 5. Treaties Constituting International Organizations and Treaties Adopted within an International Organization», pág. 89, párr. 1.

Internacional de los Fondos Marinos, una «organización [internacional] por conducto de la cual los Estados Partes organizarán y controlarán las actividades en la Zona de conformidad con esta Parte» (art. 157, párr. 1). Esto indica que las normas de la Convención que no están relacionadas con las responsabilidades de la Autoridad no forman parte, desde un punto de vista funcional, de las normas constitutivas de esta organización internacional en particular, aunque formalmente pertenecen a un único instrumento. Por otra parte, también hay instrumentos que pueden estar hasta cierto punto separados entre sí, pero que funcionalmente mantienen vínculos estrechos. Un ejemplo de ello es el Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, que sirve como marco general para otros tratados diversos que figuran como anexos formales del primero y cuya aplicación es supervisada y facilitada por la organización. No es necesario, a los fines del presente informe, determinar si la expresión «instrumento constitutivo de una organización internacional» que figura en el artículo 5 debería definirse en términos puramente formales o también con carácter funcional. Aun cuando se definiera atendiendo a consideraciones funcionales, la expresión «instrumento constitutivo de una organización internacional» abarcaría todas las disposiciones de un tratado, o de diferentes tratados conectados formalmente, para cuya aplicación o supervisión se atribuyeran ciertas responsabilidades a la organización.

B. Aplicación de las normas de la Convención de Viena de 1969 sobre la interpretación de los tratados a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

24. El artículo 5 confirma la aplicabilidad, como regla general, de las normas de la Convención de Viena de 1969, en particular los artículos 31 a 33 relativos a la interpretación de los tratados, a los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales²⁵. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado este extremo en su opinión consultiva *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* al afirmar que:

Desde el punto de vista formal, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son tratados multilaterales, a los que se aplican las normas de interpretación de los tratados, que gozan de profundo arraigo²⁶.

25. En el mismo sentido, la Corte Internacional de Justicia ha señalado con respecto a la Carta de las Naciones Unidas que:

En ocasiones anteriores en que la Corte ha tenido que interpretar la Carta de las Naciones Unidas, ha seguido los principios y las normas aplicables en general a la interpretación de los tratados, pues ha reconocido que la Carta es un tratado multilateral, aunque un tratado que reviste ciertas características especiales²⁷.

26. Al mismo tiempo, el artículo 5 sugiere, y la jurisprudencia confirma, que los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales también son tratados de

un determinado tipo que tal vez sea necesario interpretar de forma específica. En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia ha manifestado:

No obstante, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son también tratados de un determinado tipo; su objeto es crear nuevos sujetos de derecho dotados de cierta autonomía, a los que las partes encomiendan la tarea de lograr objetivos comunes. Esos tratados pueden plantear problemas específicos de interpretación debido, entre otras cosas, a su carácter convencional y, al mismo tiempo, institucional; elementos como la propia naturaleza de la organización creada, los objetivos que le han asignado sus fundadores y los imperativos relacionados con el cumplimiento efectivo de sus funciones, así como su propia práctica, merecen todos ellos atención especial a la hora de interpretar esos tratados constitutivos²⁸.

27. En virtud de lo dispuesto en el artículo 5, las «normas pertinentes» de interpretación más específicas que figuren en el instrumento constitutivo de una organización internacional prevalecen sobre las normas generales de interpretación previstas en la Convención de Viena de 1969²⁹. Sin embargo, muy pocos de esos instrumentos constitutivos contienen reglas explícitas para su interpretación³⁰. En cualquier caso, no es necesario que las «normas pertinentes» específicas se formulen expresamente en el instrumento constitutivo de una organización internacional, sino que también pueden ser implícitas, o formar parte de la «práctica establecida de la organización»³¹.

28. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado su propia práctica de interpretación de los tratados constitutivos de la UE, haciendo hincapié en su objeto y fin y su aplicación efectiva³². El Tribunal ha explicado que este enfoque es consecuencia de su interpretación de los tratados constitutivos de la UE como creadores de un «nuevo ordenamiento jurídico» más que de una mera organización internacional ordinaria³³. El

²⁵ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 75, párr. 19.

²⁶ Véase, por ejemplo, Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, pág. 88; Schmalenbach, «Article 5. Treaties Constituting International Organizations and Treaties Adopted within an International Organization», pág. 89, párr. 1, y pág. 96, párr. 15; Brölmann, «Specialized rules of treaty interpretation: international organizations» pág. 522; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», pág. 538, párr. 32.

²⁷ La mayoría de las denominadas cláusulas de interpretación determinan qué órgano es la autoridad competente para interpretar el tratado, o algunas de sus disposiciones, pero no formulan normas «sobre» la propia interpretación, véase Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, págs. 26 y 27; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», pág. 537, párr. 32.

²⁸ Véase la Convención de Viena de 1986, art. 2, apdo. j; y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, art. 2, apdo. b; Peters, «Subsequent practice and established practice of international organizations», págs. 617 a 642.

²⁹ Este enfoque se remonta a las decisiones históricas *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL* sobre el carácter especial del ordenamiento jurídico de la UE, véase el asunto C-26/62 *Van Gend en Loos*, *European Courts Reports 1963*, pág. 1, y el asunto C-6/64 *Costa c. ENEL*, *European Court Reports 1964*, pág. 585. Véase también Kuijper, «The European Courts and the law of treaties: the continuing story», págs. 258 y ss. Cabe señalar, sin embargo, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en ocasiones, ha hecho referencia a las reglas de Viena sobre interpretación de los tratados, en particular al objeto y el fin del tratado y sus disposiciones, al interpretar los tratados fundacionales de la UE, véase el asunto C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany y otros c. Staatssecretaris van Justitie*, *Recopilación de Jurisprudencia 2001*, pág. I-08615, en esp. párr. 35 (donde se mencionan otras decisiones anteriores).

³⁰ Dictamen 2/13 (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, sobre la compatibilidad con el derecho de la UE del proyecto de acuerdo para

²⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 247.

²⁶ *I.C.J. Reports 1996*, pág. 74, párr. 19.

²⁷ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 157.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha adoptado un enfoque similar³⁴. Como consecuencia de su enfoque general, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene en cuenta la práctica ulterior de las partes o los órganos de la Unión en la medida en que es competente para interpretar los tratados constitutivos de la UE³⁵. Al señalar que «una simple práctica del Consejo no puede ir contra las normas del tratado y que, por consiguiente, dicha práctica no puede crear un precedente que vincule a las instituciones de la Comunidad en cuanto al fundamento jurídico correcto»³⁶, el Tribunal no solo se refiere a ir contra las normas en el sentido de modificarlas, sino también a la toma en consideración de la práctica ulterior como elemento decisivo en la interpretación de las normas del derecho primario de la UE.

29. Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no niega que la aplicación de las normas consuetudinarias de interpretación que se expresan en la Convención de Viena de 1969 sea vinculante para las instituciones de la UE, como tampoco el hecho de que formen parte del ordenamiento jurídico de la Unión³⁷. Por consiguiente, el Tribunal sí tiene en cuenta la práctica ulterior cuando se trata de interpretar los tratados celebrados por la UE con Estados no miembros u otras organizaciones internacionales³⁸. Según el Tribunal, esos

la adhesión de la UE al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (donde se declara que «los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales» (párr. 157)); esto ha sido confirmado por la UE en su respuesta a la solicitud de la Comisión de que se le proporcionaran ejemplos de casos en que la práctica de una organización internacional hubiera contribuido a la interpretación de un tratado, «que el derecho de la Unión representa un ordenamiento jurídico autónomo y que los tratados constitutivos de la Unión no son tratados internacionales ordinarios, ha sido reconocido de forma reiterada y durante largo tiempo por la jurisprudencia, reconocimiento cuyo origen se remonta a sentencias dictadas ya en los primeros años de existencia de las Comunidades Europeas»; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 113 y 114.

³⁴ Alter y Helfer, «Legal integration in the Andes: lawmaking by the Andean Tribunal of Justice», pág. 715 (El Tribunal Andino de Justicia «invocó la jurisprudencia [del Tribunal Europeo de Justicia] para establecer el derecho comunitario andino como ordenamiento distinto del derecho internacional tradicional»).

³⁵ Asunto C-43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, *European Courts Reports 1976*, pág. 455, párrs. 14, 33 y 57; Nolte, «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over time», págs. 297 a 300; véase también la contribución de la UE («la práctica ulterior de las instituciones de la UE en la aplicación de los tratados constitutivos no es susceptible de crear un precedente vinculante para las instituciones de la Unión con respecto a la debida interpretación y aplicación de las disposiciones pertinentes de los tratados»).

³⁶ Asunto C-68/86, *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Consejo de las Comunidades Europeas*, *Recopilación de Jurisprudencia 1988*, pág. 00855, párr. 24; véase también el asunto C-327/91, *República Francesa c. Comisión de las Comunidades Europeas*, párrs. 31 y 36, *Recopilación de Jurisprudencia 1994*, pág. I-03641.

³⁷ Asunto C-410/11, *España Sánchez y otros c. Iberia Líneas Aéreas de España S.A.* [2012], párr. 21; asunto C-613/12, *Helm Döngemittel GmbH c. Hauptzollamt Krefeld* [2014], párr. 37; asunto C-386/08, *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, párr. 42, *European Court Reports 2010*, pág. I-1289.

³⁸ Asunto C-52/77, *Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, *European Court Reports 1977*, pág. 2277; asunto C 432/92, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd* y otros, párrs. 43, 50 y 51 (*Recopilación de Jurisprudencia 1994*, pág. I-03087); Nolte, «Second Report for the ILC Study

instrumentos internacionales están «regulado[s] por el derecho internacional, más concretamente, desde la perspectiva de su interpretación, por el derecho internacional de los tratados»³⁹.

C. La práctica ulterior como medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

30. Dado que las normas de la Convención de Viena de 1969 sobre la interpretación de los tratados (arts. 31 a 33) se aplican, en principio, a los tratados que son instrumentos constitutivos de una organización internacional, «sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización», y teniendo en cuenta que su «propia práctica» «puede merecer especial atención a la hora de interpretar» esos tratados⁴⁰, se plantea la cuestión de determinar qué formas de conducta pueden constituir una práctica ulterior pertinente a los efectos de la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional.

31. Hay tres formas de conducta que pueden resultar pertinentes:

a) la práctica ulterior de las partes en los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales con arreglo a los artículos 31, párr. 3, apdo. b, y 32 de la Convención de Viena de 1969;

b) la práctica de los órganos de una organización internacional;

c) una combinación de la práctica de los órganos de la organización internacional y de la práctica ulterior de las partes.

32. La Corte Internacional de Justicia, al igual que otros órganos judiciales o cuasijudiciales y los Estados, ha reconocido que las tres formas de conducta pueden ser pertinentes para la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales.

1. LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LAS PARTES EN LOS INSTRUMENTOS CONSTITUTIVOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CON ARREGLO A LOS ARTÍCULOS 31, PÁRR. 3, APDO. b, Y 32 DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1969

33. En primer lugar, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el artículo 31, párr. 3, apdo. b), es aplicable a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. En su opinión consultiva *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, tras describir los instrumentos constitutivos de organizaciones

Group on Treaties over time», págs. 300 a 302; Finlandia, en su contribución, ha señalado la posibilidad de que la normativa de la UE (especialmente las directivas) pueda interpretarse como práctica que afecta a la interpretación de los acuerdos internacionales.

³⁹ *Firma Brita GmbH* (nota 37 *supra*), párr. 39. Sobre este enfoque diferenciado respecto de la interpretación de los tratados constitutivos y los tratados celebrados por la UE y otros Estados u organizaciones internacionales, véase Kuijper, «The European Courts and the law of treaties: the continuing story», págs. 258 a 260; y Aust, Rodiles y Staubach, «Unity or Uniformity: Domestic Courts and Treaty Interpretation», págs. 101 a 104.

⁴⁰ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 75, párr. 19.

internacionales como un tipo particular de tratados, la Corte introdujo su interpretación de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud diciendo:

Según la norma consuetudinaria de interpretación enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, los términos de un tratado deben interpretarse «en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin» y «juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

[...]

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado⁴¹.

34. En relación con diversos precedentes de su propia jurisprudencia en los que, entre otras cosas, utilizó la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párr. 3, apdo. b, como medio de interpretación, la Corte anunció que:

También la aplicará en el presente caso con el objeto de determinar si, con arreglo a la Constitución de la OMS, la cuestión que se le ha pedido que responda surge «en el ámbito de [las] actividades» de esa Organización⁴².

35. En cuanto al elemento de su interpretación de este término relativo a la práctica ulterior, la Corte señaló lo siguiente:

La propia resolución WHA46.40, aprobada, no sin oposición, tan pronto como la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares se planteó en la OMS, no podía interpretarse en el sentido de expresar o equivaler por sí misma a una práctica por la que conste la existencia de un acuerdo entre los miembros de la Organización para interpretar su Constitución como instrumento que la facultara para abordar la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares⁴³.

36. Por lo tanto, al considerar si una resolución concreta de un órgano expresaba o equivalía a «una práctica por la que conste la existencia de un acuerdo entre los miembros de la Organización», la Corte destacó, citando el artículo 31, párr. 3, apdo. b, la pertinencia del acuerdo de las propias partes en el tratado respectivo, y no la práctica del órgano como tal⁴⁴.

37. El fallo *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* es otro pronunciamiento en el que, en un asunto relacionado con la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional⁴⁵, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié de forma decisiva en la práctica ulterior de las propias partes. Partiendo de la observación de que «los Estados Miembros también han encomendado a la Comisión ciertas tareas que estaban inicialmente previstas en los textos de los tratados»⁴⁶, la Corte llegó a la conclusión de que:

De los textos de los tratados y de la práctica [de las partes] 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, por lo que no queda comprendida en el Capítulo VIII de la Carta⁴⁷.

38. Aparte de la práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las partes en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. b, hay otros casos de práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación del instrumento constitutivo de una organización internacional que también pueden ser pertinentes para la interpretación de ese tratado. Por ejemplo, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, al igual que otros tratados multilaterales, a veces se aplican mediante prácticas o acuerdos bilaterales o regionales posteriores⁴⁸. Esos tratados bilaterales no son, por lo tanto, acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. a, aunque solo sea porque se celebran únicamente entre un número limitado de partes en el instrumento constitutivo multilateral. Sin embargo, pueden dar lugar a afirmaciones sobre la interpretación correcta del propio instrumento constitutivo y, considerados conjuntamente, resultar pertinentes para la interpretación de un tratado de esa índole.

39. El Convenio sobre Aviación Civil Internacional, que establece la OACI, constituye un ejemplo de esa forma de práctica ulterior a través de acuerdos bilaterales en el marco de un tratado constitutivo multilateral. El Convenio de Chicago deja varios aspectos a las partes para que los resuelvan sobre una base bilateral, plurilateral o regional. A fin de lograr la mayor uniformidad posible entre las partes en el Convenio, se acordó un Formulario de Acuerdo Estándar, que figura como anexo del Acta Final de la Conferencia de 1944⁴⁹. Este acuerdo modelo ofrece orientación general para la posterior adopción de acuerdos bilaterales relativos a la prestación de servicios aéreos comerciales internacionales (acuerdos de servicios aéreos o acuerdos de transporte aéreo)⁵⁰. Los dos acuerdos de transporte aéreo entre los Estados Unidos y el Reino Unido de 1946 y 1977 (los llamados acuerdos «Bermudas» y «Bermudas II») ⁵¹ han servido de referencia para otros Estados, muchos de los cuales han elaborado sus propios acuerdos modelo basados en ellos. Una tercera generación de acuerdos bilaterales concertados después de 1990⁵² toma como modelo una serie de tratados entre los Estados Unidos y otros Estados que contemplan una mayor liberalización y

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, pág. 81, párr. 27.

⁴⁴ La Corte Permanente de Justicia Internacional había adoptado este enfoque en su causa *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*, opinión consultiva, 1926, P.C.I.J., Series B, No. 13, págs. 19 y 20; véase Engel, «“Living” international constitutions and the World Court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)», pág. 871.

⁴⁵ Véase el artículo 17 del Convenio y Estatutos relativos al Desarrollo de la Cuenca del Chad; en general, véase Sand, «Development of International Water Law in the Lake Chad Basin», págs. 52 a 76.

⁴⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, excepciones preliminares, fallo, I.C.J. Reports 1998, pág. 305, párr. 65.

⁴⁷ *Ibid.*, págs. 306 y 307, párr. 67.

⁴⁸ Benvenisti y Downs, «The empire's new clothes: political economy and the fragmentation of international law», págs. 610 y 611.

⁴⁹ *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 39 (1945), págs. 111 a 142.

⁵⁰ Véase Bowen, «The Chicago International Civil Aviation Conference», págs. 309 y ss.

⁵¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 3, núm. 36, pág. 253, e *ibid.*, vol. 1079, núm. 16509, pág. 21, respectivamente. Sustituidos por el Acuerdo de Transporte Aéreo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 134/1, 25 de mayo de 2007), en su forma enmendada por el Protocolo de 2010 (Luxemburgo, 24 de junio de 2010) (*ibid.*, L 223, 25 de agosto de 2010). Sobre los acuerdos de las Bermudas y su influencia en otros acuerdos bilaterales, véase Haanappel, «Bilateral air transport agreements, 1913-1980».

⁵² Véase Jomini y otros, «The changing landscape of Air Service Agreements».

mayores derechos y libertades que los acuerdos anteriores a los que sustituían («Acuerdos de Cielos Abiertos»). Algunos tratados multilaterales y regionales desempeñan la misma función⁵³.

40. Desde la entrada en vigor del Convenio sobre Aviación Civil Internacional se han concertado entre 3.000 y 4.000 acuerdos de servicios aéreos o acuerdos de transporte aéreo, en su mayoría bilaterales, la mayor parte de los cuales están registrados en la OACI. Este sistema bilateral que se deriva del Convenio de Chicago ha sido descrito como una «compleja red de acuerdos de servicios aéreos interconectados»⁵⁴ que «evolucionó a través de la práctica ulteriormente seguida por los Estados»⁵⁵.

41. Un caso conocido de práctica ulterior de las partes en un instrumento constitutivo por medio de una acumulación de acuerdos bilaterales es el relativo al artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Con arreglo a esta disposición, los vuelos no regulares (en su mayoría de aerolíneas chárter) «tendrán derecho a penetrar sobre su territorio [de cada Estado contratante] o sobrevolarlo sin escalas, y a hacer escalas en él con fines no comerciales, sin necesidad de obtener permiso previo, y a reserva del derecho del Estado sobrevolado de exigir aterrizaje», siempre que no embarquen o desembarquen pasajeros, carga o correo. Sin embargo, en la práctica, los Estados partes a lo largo del tiempo han exigido que las «aerolíneas chárter pidan permiso para aterrizar en todos los casos, y el artículo se interpreta actualmente de ese modo»⁵⁶. La práctica de exigir la autorización es en parte unilateral, pero también se expresa en varios acuerdos de servicios aéreos bilaterales⁵⁷. La combinación de esas exigencias unilaterales de algunos Estados partes en el Convenio de Chicago, una serie de acuerdos bilaterales correspondientes concertados entre otro grupo de partes y la falta de oposición por otros Estados partes puede haber generado un acuerdo entre las partes en dicho Convenio sobre la interpretación de su artículo 5. Pero incluso si no puede demostrarse la existencia de dicho acuerdo, la práctica ulterior que ha surgido de la serie de acuerdos bilaterales y la conducta unilateral puede tenerse en cuenta en la interpretación del artículo 5 del Convenio de Chicago⁵⁸, de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.

42. Otro ejemplo de la pertinencia, a los efectos de la interpretación del instrumento constitutivo de una

organización internacional, de un acuerdo posteriormente alcanzado entre un número inferior al total de partes en ese instrumento es el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982⁵⁹.

2. LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

43. En otros casos, la Corte Internacional de Justicia se ha referido en su razonamiento interpretativo a la práctica de los órganos de una organización internacional aparentemente sin hacer referencia a la práctica o la aceptación de los miembros de la organización. En particular, la Corte ha afirmado que la «propia práctica» de la organización internacional «puede merecer especial atención» en el proceso de interpretación⁶⁰. Por ejemplo, en su opinión consultiva *Competence of the Assembly regarding Admission to the United Nations*, la Corte señaló que:

Los órganos a los que el artículo 4 encomienda la decisión de la Organización en materia de admisión han interpretado reiteradamente el texto en el sentido de que la Asamblea General solo puede decidir la admisión sobre la base de la recomendación del Consejo de Seguridad⁶¹.

44. Del mismo modo, en el caso *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, la Corte se refirió a los actos de los órganos de la organización al hacer alusión a la práctica de las Naciones Unidas:

En la práctica, según la información proporcionada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de confiar misiones cada vez más variadas a personas que no tienen la condición de funcionarios de la Organización. [...] En todos esos casos, se desprende de la práctica de las Naciones Unidas que las personas así designadas, y en particular los miembros de esos comités o comisiones, han sido considerados peritos en misión en el sentido de la sección 22⁶².

45. Asimismo, en su opinión consultiva *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a «la práctica seguida por la propia Organización en el cumplimiento de la Convención» como medio de interpretación⁶³.

46. En su opinión consultiva *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, la Corte dio importancia a la consideración de que:

Es una práctica sistemática de la Asamblea General incluir en las resoluciones anuales sobre el presupuesto créditos para los gastos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Desde 1947, anualmente la Asamblea General ha consignado créditos por anticipado para «gastos imprevistos y extraordinarios» surgidos en relación con el «mantenimiento de la paz y la seguridad»⁶⁴. La Corte considera que, de un año a otro, los gastos de la FENU [Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas] han sido tratados por la Asamblea General como gastos de la Organización en el sentido del Artículo 17, párrafo 2, de la Carta⁶⁵.

⁵⁹ Véase Anderson, «Article 5 of the 1969 Vienna Convention» pág. 96, párr. 26.

⁶⁰ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 74 y 75, párr. 19.

⁶¹ *I.C.J. Reports 1950*, pág. 9.

⁶² Opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 194, párr. 48.

⁶³ *I.C.J. Reports 1960*, pág. 169.

⁶⁴ *I.C.J. Reports 1962*, pág. 160.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 175.

⁵³ Como el Acuerdo Multilateral sobre la Liberalización del Transporte Aéreo Internacional, entre Brunei Darussalam, Chile, los Estados Unidos, Nueva Zelandia y Singapur, y el Protocolo a este Acuerdo, entre Brunei Darussalam, Nueva Zelandia y Singapur (para más información sobre estos acuerdos multilaterales, véase www.maliat.govt.nz; y Tomas, «Air Transport Agreements, Regulation of Liability»).

⁵⁴ Australia, Departamento de Infraestructura y Transporte de Australia, *The Bilateral System – how international air services work*, disponible en http://www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx.

⁵⁵ Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation*, pág. 10.

⁵⁶ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 215; véase también Feldman, «Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analyzing Subsequent Practice derived from WTO Dispute Settlement», pág. 664.

⁵⁷ Haanappel, *The Law and Policy of Air Space and Outer Space, A Comparative Approach*, págs. 110 y 111, en referencia a la práctica de los Estados Unidos que se refleja en los acuerdos de cielos abiertos.

⁵⁸ *Ibid.*

47. En esa opinión consultiva, la Corte también explicó por qué la práctica de los órganos, como tal, puede ser pertinente para la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional:

No se aceptaron las propuestas que se hicieron durante la redacción de la Carta de atribuir la máxima autoridad para su interpretación a la Corte Internacional de Justicia; la opinión que la Corte está emitiendo es una opinión *consultiva*. Por consiguiente, conforme a lo previsto en 1945, cada órgano debe, en primer lugar cuando menos, determinar su propia competencia. Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad aprueba una resolución supuestamente para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y si, de conformidad con el mandato o la autorización previstos en esa resolución, el Secretario General incurre en obligaciones financieras, debe entenderse que estas cantidades constituyen «gastos de la Organización»⁶⁶.

48. Dado que muchas organizaciones internacionales comparten la misma característica de no tener una «autoridad última de interpretación» de su instrumento constitutivo, este razonamiento de la Corte se ha aceptado generalmente como reflejo de un principio general del derecho de las organizaciones internacionales⁶⁷.

49. La identificación de una presunción, en la opinión consultiva *Certain Expenses of the United Nations*, que se deriva de la práctica del órgano de una organización internacional, es una manera de reconocer dicha práctica de los órganos como medio de interpretación. Por consiguiente, la práctica de los órganos en la aplicación de un instrumento constitutivo puede, como mínimo, concebirse como «otra práctica ulterior» en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969⁶⁸. No obstante, los efectos que la Corte ha atribuido a la práctica de los órganos parecen ir más allá de las condiciones y los efectos previstos en el artículo 32. Puesto que la presunción reconocida en la opinión consultiva *Certain Expenses of the United Nations* ya dimana de uno o más actos del órgano de una organización internacional, esa práctica no es necesariamente idéntica a la «práctica establecida» según lo dispuesto en el artículo 2, párr. 1, apdo. j, de la Convención de Viena de 1986, que incluso puede constituir una «regla de la organización»⁶⁹. Esto demuestra que la práctica de los órganos de organizaciones internacionales puede, en sí misma, constituir un medio de interpretación del instrumento constitutivo de la organización, y que el efecto de presunción conforme a la opinión consultiva *Certain Expenses of the United Nations* no es más que un ejemplo de esa función en el proceso de interpretación⁷⁰. Al referirse también a los actos de las organizaciones internacionales que se aprobaron con la oposición de ciertos Estados

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 168.

⁶⁷ Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, pág. 90; Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, pág. 25; Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, pág. 80; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, págs. 224 y 225.

⁶⁸ Véanse los proyectos de conclusiones 1, párr. 4, y 4, párr. 3, *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 38.

⁶⁹ Cabe señalar que la Comisión señaló que la referencia que se hacía en el artículo 2, apdo. j, a la «práctica establecida» «no significa en absoluto que esta tenga en todas las organizaciones la misma importancia», *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 25 del comentario al artículo 2.

⁷⁰ Lauterpacht, «The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals», pág. 460; Blokker, «Beyond “Dili”: On the Powers and Practice of International Organizations», págs. 312 a 318.

miembros⁷¹, la Corte ha reconocido que esos actos pueden constituir práctica ulterior a los efectos de la interpretación, pero no una práctica (de mayor peso) que establezca un acuerdo entre las partes sobre la interpretación.

50. También debe observarse que la práctica del órgano de una organización internacional puede contribuir a la interpretación del instrumento constitutivo de otra organización internacional. Por ejemplo, la secretaría de la OMI ha reafirmado recientemente su posición de larga data con arreglo a la cual:

El incumplimiento de esas disposiciones de la OMI supondría la existencia de buques que no se ajustaran a los estándares e infringiría las obligaciones básicas establecidas en la [Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar] sobre la seguridad de la navegación y la prevención de la contaminación producida por los buques⁷².

51. Estos ejemplos demuestran que la práctica de órganos, como tales y con independencia de la aceptación por todas las partes en el instrumento constitutivo de la organización internacional de que se trate, ha sido reconocida como medio de interpretación, aunque no como medida que sea necesariamente determinante para el resultado del proceso interpretativo. Los analistas coinciden en que la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales mediante la práctica de sus órganos a menudo constituye un medio de interpretación pertinente⁷³. Por tanto, la eficacia interpretativa de la práctica de los órganos puede equipararse al efecto previsto en el artículo 32 y probablemente ir más allá, dependiendo de las normas del instrumento constitutivo de que se trate.

3. COMBINACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DE LA ORGANIZACIÓN Y DE LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LAS PARTES

52. Una tercera forma de tener en cuenta la práctica en la aplicación del instrumento constitutivo de una organización internacional es considerar la posibilidad de combinar la práctica de los órganos de la organización y la práctica ulteriormente seguida por los Estados partes

⁷¹ Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 149 (donde se hace referencia a las resoluciones 1600 (XV) de 15 de abril de 1961, de la Asamblea General, (aprobada por 60 votos a favor, 16 votos en contra, con inclusión de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y otros Estados del «Bloque oriental», y 23 abstenciones); y 1913 (XVIII), de 13 de diciembre de 1963 (aprobada por 91 votos a favor, 2 votos en contra, de España y Portugal, y 11 abstenciones)).

⁷² OMI, *Consecuencias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para la Organización Marítima Internacional*, LEG/MISC. 8, 30 de enero de 2014, pág. 12; datos facilitados por Alemania en respuesta a la petición de información formulada por la Comisión; sin embargo, la Corte Internacional de Justicia ha declarado con respecto a un tratado que no era el instrumento constitutivo de una organización internacional: «Cabe señalar, en primer lugar, que la existencia de una práctica administrativa no es en sí misma un factor decisivo para determinar la opinión que los Estados Contratantes de la Convención sobre el Genocidio pueden haber tenido sobre los derechos y deberes que de ella se derivan», *Reservations to the Conventions on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 25.

⁷³ Brölmann, «Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations», págs. 520 y 521; Kadelbach, «The Interpretation of the Charter», pág. 80; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 113 y 246 (donde también señala que, aunque las organizaciones internacionales han acumulado mucha experiencia en la interpretación de sus propios instrumentos constitutivos, gran parte del material pertinente o bien no es muy accesible o no «ofrece indicaciones claras sobre la aplicación de las reglas de interpretación de los tratados»).

de esa organización, en particular su aceptación de la práctica de los órganos⁷⁴. En consonancia con ello, 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)*, la Corte Internacional de Justicia interpretó el término «votos afirmativos» del Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas en el sentido de que incluía las abstenciones, para lo cual partió fundamentalmente de la práctica del órgano en cuestión, unida a la circunstancia de que en ese momento era «generalmente aceptada» por los Estados miembros:

los procedimientos seguidos por el Consejo de Seguridad desde hace largo tiempo ofrecen pruebas abundantes de que las decisiones del Presidente y las posturas adoptadas por los miembros del Consejo, en particular los miembros permanentes, indican una interpretación continua y uniforme de que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente no constituye un obstáculo para la aprobación de resoluciones. Este procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad, que se ha mantenido sin cambios desde la enmienda del Artículo 27 de la Carta en 1965, ha sido generalmente aceptado por los Miembros de las Naciones Unidas y pone de relieve una práctica general de esa Organización⁷⁵.

53. En este caso, la Corte también puso de relieve la práctica de uno o más órganos de la organización internacional y la «aceptación general» por los Estados miembros, y señaló que la combinación de esos dos elementos constituía una «práctica general de la organización»⁷⁶. La Corte siguió este enfoque en su opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory* al afirmar que: «La Corte considera que la práctica *aceptada** de la Asamblea General, tal como ha evolucionado, es compatible con lo dispuesto en el Artículo 12, párrafo 1, de la Carta [de las Naciones Unidas]»⁷⁷.

54. Del mismo modo, en el caso *Whaling in the Antarctic*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a las recomendaciones (no vinculantes) de la Comisión Ballenera Internacional (que es el nombre de una organización internacional establecida por la Convención para la Reglamentación de la Caza de la Ballena⁷⁸ y uno de sus órganos), donde se aclara que cuando dichas recomendaciones son «aprobadas por consenso o por unanimidad, pueden ser pertinentes para la interpretación de la Convención o su anexo»⁷⁹. En este contexto, la Corte opinó que:

⁷⁴ Higgins, «The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations», pág. 119.

⁷⁵ *I.C.J. Reports 1971*, pág. 22.

⁷⁶ Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two», págs. 76 y 77 (donde se señala que la referencia de la Corte a que se trataba de una práctica “de” la Organización tenía presumiblemente la intención de aludir, no a una práctica seguida por la Organización como entidad en sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional, sino a una práctica seguida, aprobada o respetada en toda la Organización. Desde esta perspectiva, la práctica no es tanto un conjunto de actos de abstención de los miembros permanentes, con la intención, por una parte, de no bloquear el proyecto de resolución y, por otra, de que no conste que la apoyan, sino más bien un reconocimiento de los demás miembros del Consejo de Seguridad en el momento pertinente, y en realidad de todos los Estados miembros mediante la aceptación tácita, de la validez de esas resoluciones).

⁷⁷ *I.C.J. Reports 2004*, págs. 149 y ss.

⁷⁸ Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change*, págs. 37 y 38; Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, pág. 311, nota 121.

⁷⁹ *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japón: Nueva Zelanda interviniente), *I.C.J. Reports 2014*, fallo, pág. 248, párr. 46.

Australia y Nueva Zelanda exageran la importancia jurídica de las resoluciones y directrices con carácter recomendatorio que invocan. En primer lugar, muchas resoluciones de la Comisión Ballenera Internacional fueron aprobadas sin el apoyo de todos los Estados partes en la Convención y, en particular, sin la anuencia del Japón. Por lo tanto, esos instrumentos no pueden considerarse un acuerdo ulterior para la interpretación del artículo VIII, ni una práctica ulterior que establezca el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado en el sentido de los apartados *a* y *b*, respectivamente, del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁰.

55. Otro ejemplo se refiere a la admisión de la República Árabe Unida (Egipto y República Árabe Siria) como miembro de la OACI. En este caso, el Consejo de la OACI decidió aceptar a la República Árabe Unida, pero añadió que su decisión se entendía sin perjuicio del «derecho de la Asamblea a determinar por sí misma las cuestiones relativas a la República Árabe Unida en relación con la Organización». La subsiguiente decisión del Consejo «no fue objeto de impugnación y fue aceptada por los Estados miembros por consentimiento tácito»⁸¹. Una práctica similar se siguió en los casos de sucesión en la condición de miembros del Fondo Monetario Internacional de los integrantes de la ex República Federal Checa y Eslovaca y la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia⁸².

56. Algunos autores consideran necesario «establecer una distinción entre el comportamiento colectivo de la organización y la conducta de las partes»⁸³, aunque ello no excluye la posibilidad de evaluar de forma conjunta ambas formas de práctica ulterior⁸⁴.

D. Los acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, como medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

57. La interpretación de los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales también puede verse afectada por acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*. No obstante, cabe señalar que la posible importancia de los acuerdos entre las partes debe evaluarse, en primer lugar, con arreglo a las disposiciones del propio instrumento constitutivo y de otras normas de la organización. Si, por ejemplo, el instrumento constitutivo contiene una cláusula según la cual su interpretación está sujeta a un procedimiento especial, cabe presumir que las partes, al llegar a un acuerdo con posterioridad a la celebración del tratado, no desean eludir ese procedimiento. Además, las reglas de la organización y su práctica establecida pueden excluir la posibilidad de que se tengan en cuenta los acuerdos entre las partes respecto de la interpretación de sus instrumentos constitutivos, como ocurre en la UE en los ámbitos en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ejerce su jurisdicción⁸⁵.

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 257, párr. 83.

⁸¹ Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations*, pág. 295 (donde se cita a Thomas Buergenthal, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, pág. 32).

⁸² *Ibid.*, págs. 297 y 298.

⁸³ Lauterpacht, «The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals», pág. 457.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”*, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia, núm. IT-94-1-AR72 (2 de octubre de 1995), *Judicial Reports 1994-1995*, párr. 30.

⁸⁵ Véase la nota 35 *supra*.

58. Existen dos formas básicas de acuerdos ulteriores en lo que respecta a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales: acuerdos autónomos entre las partes y acuerdos entre las partes en forma de decisión del órgano plenario de una organización internacional.

1. ACUERDOS ULTERIORES AUTÓNOMOS ENTRE LAS PARTES

59. Los acuerdos autónomos entre las partes relativos a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son poco comunes. Cuando se plantean cuestiones de interpretación con respecto a un instrumento de ese tipo, las partes actúan en su mayoría como miembros en el marco del órgano plenario. Si existe la necesidad de modificar, enmendar o complementar el tratado, las partes bien utilizan el procedimiento de enmienda previsto en el tratado, bien concluyen un nuevo tratado, normalmente en forma de protocolo (artículos 39 a 41 de la Convención de Viena de 1969). Sin embargo, también es posible que las partes actúen *como tales* en el marco de un órgano plenario de la organización correspondiente. En la UE, por ejemplo, el Consejo Europeo (órgano que está integrado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, junto con el presidente del propio Consejo y el presidente de la Comisión) «decidió» en 1995 que:

el nombre de la moneda europea será euro. [...] El nombre específico euro se utilizará en lugar del término genérico «ecu» utilizado por el Tratado para referirse a la unidad monetaria europea.

Los Gobiernos de los quince Estados miembros han acordado que esta decisión constituye la interpretación convenida y definitiva de las disposiciones del tratado⁸⁶.

60. A veces es difícil determinar si los «Estados miembros reunidos en el marco» del órgano plenario de una organización internacional tienen la intención de actuar en su calidad de miembros de ese órgano, como suelen hacer, o si se proponen actuar en su calidad de Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización⁸⁷. Al abordar este tema, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recurrido, en primer lugar, a la redacción del acto en cuestión:

Del tenor literal de dicha disposición se desprende claramente que los actos adoptados por los representantes de los Estados miembros, cuando no actúan en calidad de miembros del Consejo, sino en calidad de representantes de su gobierno, ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros, no están sometidos al control de legalidad ejercido por el Tribunal de Justicia. A este respecto, como indicó el Abogado General en el punto 18 de sus conclusiones, es indiferente que tal acto se denomine «acto de los Estados miembros reunidos en seno del Consejo» o «acto de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo»⁸⁸.

61. Sin embargo, en última instancia el Tribunal concedió una importancia decisiva al «contenido y [el] conjunto

⁸⁶ Véanse las conclusiones la presidencia del Consejo Europeo de Madrid de 1995 (*Bulletin of the European Union*, núm. 12 (1995), pág. 10); para una descripción de esta decisión como acuerdo ulterior, véase Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 213; Hafner, «Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification and Formal Amendment», págs. 109 y 110.

⁸⁷ Kapteyn y VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, págs. 340 a 343.

⁸⁸ Asuntos acumulados C-181/91 y C-248/91, *Parlamento c. Consejo y Comisión*, párr. 12, *Recopilación de Jurisprudencia 1993*.

de las circunstancias en las que se adoptó [la decisión]» a fin de determinar si se trataba de una decisión del órgano o de los propios Estados partes:

En consecuencia, no basta con que un acto se califique de «decisión de los Estados miembros» para sustraerlo al control establecido en el artículo 173 del Tratado. Para ello es preciso además comprobar que dicho acto, habida cuenta de su contenido y del conjunto de las circunstancias en las que se adoptó, no constituye en realidad una decisión del Consejo⁸⁹.

62. Esas consideraciones también parecen ser pertinentes a la hora de determinar si un acto particular se refiere a la interpretación del instrumento constitutivo de la organización de que se trate.

2. DECISIONES DE ÓRGANOS PLENARIOS COMO ACUERDOS ULTERIORES ENTRE LAS PARTES

63. Las decisiones y recomendaciones de los órganos plenarios de las organizaciones internacionales referentes a la interpretación o aplicación de la disposición de un tratado también pueden, en determinadas circunstancias, reflejar un acuerdo ulterior concertado entre las partes en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. a, siempre que tales actos representen un acuerdo de las propias partes en el instrumento constitutivo. En este sentido, el Órgano de Apelación de la OMC ha declarado en términos generales:

Basándonos en el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, consideramos que una decisión adoptada por los Miembros puede ser considerada un «acuerdo ulterior entre las partes» acerca de la interpretación de un acuerdo abarcado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente; y ii) los términos y el contenido de la decisión expresan un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación o aplicación* de una disposición de las normas de la OMC⁹⁰.

64. Con respecto a las condiciones específicas en las que la decisión de un órgano plenario puede considerarse un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. a, el Órgano de Apelación de la OMC señaló:

263. En cuanto al primer elemento, señalamos que la Decisión Ministerial de Doha fue adoptada por consenso el 14 de noviembre de 2001 con motivo de la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC. [...] Por lo que respecta al segundo elemento, la pregunta clave a la que hay que responder es si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación o aplicación* de la expresión «plazo prudencial» que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

264. Recordamos que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha dispone lo siguiente:

«A reserva de las condiciones especificadas en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se entenderá que la expresión «plazo prudencial» significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos».

265. Al examinar la cuestión de si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de la expresión «plazo prudencial» que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, encontramos orientaciones útiles en los informes del Órgano de Apelación en *CE – Banano III*

⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 14.

⁹⁰ *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, informe del Órgano de Apelación AB-2012-1, WT/DS406/AB/R (4 de abril de 2012), párr. 262.

(párrafo 5 del artículo 21 – Ecuador II)/CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos). El Órgano de Apelación observó que la Comisión de Derecho Internacional (la «CDI») describe un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* como «otro elemento auténtico de interpretación que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto». Según el Órgano de Apelación, «la CDI, al referirse a la “interpretación auténtica”, entiende que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 alude a acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado». Por consiguiente, examinaremos si el párrafo 5.2 concretamente guarda relación con la interpretación del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

266. El párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha alude explícitamente a la expresión «plazo prudencial» que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y define este plazo como «normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos» por un reglamento técnico. Teniendo en cuenta los términos y el contenido del párrafo 5.2, no podemos discernir que tenga una función que no sea interpretar la expresión «plazo prudencial» en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Consideramos por tanto que el párrafo 5.2 concretamente guarda relación con la interpretación de la expresión «plazo prudencial» en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Pasamos a examinar si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha refleja un «acuerdo» entre los Miembros —en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*— acerca de la interpretación de la expresión «plazo prudencial» en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

267. Observamos que el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* no establece ningún requisito en cuanto a la forma que debe adoptar un «acuerdo ulterior entre las partes». Consideramos, por lo tanto, que el término «acuerdo» que figura en el párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* se refiere fundamentalmente al fondo y no a la forma. Así pues, a nuestro juicio se puede considerar que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es un «acuerdo ulterior» en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* siempre y cuando exprese con claridad un entendimiento común entre los Miembros con respecto al sentido de la expresión «plazo prudencial» en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y la aceptación de ese entendimiento. Al determinar si ello es así, consideramos que los términos y el contenido de dicho párrafo son decisivos. A este respecto, señalamos que el entendimiento entre los Miembros acerca del sentido de la expresión «plazo prudencial» en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* lo expresan los términos «se entenderá que [...] significa», que no se puede considerar que sean meramente exhortatorios.

268. Por las razones anteriormente expuestas, confirmamos la constatación del Grupo Especial [...] de que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, acerca de la interpretación de la expresión «plazo prudencial» en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*⁹¹.

65. Aunque la Decisión Ministerial de Doha no se refiere a una disposición del propio Acuerdo de la OMC, se refiere a un anexo de ese Acuerdo (el Acuerdo OTC) y, por lo tanto, a una disposición del instrumento constitutivo de una organización internacional. En cualquier caso, el Órgano de Apelación habla de «normas de la OMC» en general, lo que incluye, en primer lugar y ante todo, el propio Acuerdo de la OMC.

66. El razonamiento del Órgano de Apelación es importante, ya que, para que la decisión de un órgano plenario constituya un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. a, exige que «concretamente guard[e] relación con la interpretación» del tratado, y que lo haga claramente («no podemos discernir que [el párrafo 5.2] tenga una función que no sea interpretar la expresión “plazo prudencial”») con el fin de excluir la posibilidad de que las partes simplemente tuvieran la intención de que la decisión proporcionara una o más opciones prácticas no

exclusivas para aplicar el tratado, o una recomendación normativa («meramente exhortatori[a]»). Estas condiciones bastante estrictas indican que, en general, el Órgano de Apelación considera que la decisión de la Conferencia Ministerial de la OMC en calidad de órgano plenario, además de su efecto ordinario en el marco del instrumento constitutivo, solo revestiría en circunstancias excepcionales el carácter de acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. a.

67. Este punto de vista se ajusta a la opinión de que los actos de órganos plenarios de otras organizaciones internacionales también pueden, en determinadas circunstancias, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. a. Aunque los autores se han referido expresamente a este extremo, en relación tanto con la Asamblea General de las Naciones Unidas⁹² como con otros órganos plenarios de organizaciones internacionales⁹³, la Corte Internacional de Justicia ha tenido

⁹² Véase Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 213 (donde se menciona que la resolución 51/210 de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional puede considerarse un acuerdo ulterior sobre la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas); Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of a Century», pág. 32 (donde se afirma en relación con la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas que «esta resolución no pretende enmendar la Carta, sino aclarar los principios jurídicos básicos que figuran en el Artículo 2. Aprobada en estos términos y sin ningún voto discrepante, constituye una expresión autorizada de las opiniones de la totalidad de las partes en la Carta en cuanto a esos principios básicos y ciertos corolarios que se derivan de ellos. A la luz de estas circunstancias, parece difícil desconocer el peso jurídico y la autoridad de la Declaración no solo como resolución que reconoce lo que, en opinión de los propios miembros, constituyen normas existentes de derecho consuetudinario, sino también como interpretación de la Carta por el acuerdo ulterior y la práctica ulterior de todos sus miembros»); Schachter, «General Course in Public International Law», pág. 113 («Las resoluciones declarativas de normas jurídicas que interpretan y “concretan” los principios de la Carta —ya sea como normas generales o en relación con casos particulares— pueden considerarse una interpretación auténtica por las partes de sus obligaciones convencionales vigentes. En la medida en que constituyen una interpretación, que ha sido aceptada por todos los Estados Miembros, encajan cómodamente en una de las fuentes establecidas de derecho. Un destacado ejemplo citado por gobiernos y juristas es la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad, aprobada por consenso (es decir, sin objeción) en 1970»); White, *The United Nations System: Toward International Justice*, pág. 38 (donde se observa que las resoluciones de la Asamblea General aprobadas por consenso pueden considerarse acuerdos ulteriores); véase también Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, págs. 216 y 217 (donde se señala en relación con el artículo 31, párr. 3, apdo. a, de la Convención de Viena de 1969 que «existen ejemplos bien conocidos de resoluciones de la Asamblea General que interpretan y aplican la Carta de las Naciones Unidas, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y otras relativas a la descolonización, el terrorismo o el uso de la fuerza»); Kunig, «United Nations Charter, Interpretation of», pág. 275 (donde se afirma que, «si se aprueban por consenso, [las resoluciones de la Asamblea General] pueden desempeñar una importante función en la formación y el cambio de los valores jurídicos y, de ese modo, en la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas», y se fundamenta esta afirmación invocando el fallo de la Corte Internacional de Justicia *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, fondo, fallo, I.C.J. Reports 1986, pág. 14.

⁹³ Schermers y Blokker, *International Institutional Law*, pág. 854 (donde se hace referencia a la interpretación por la Asamblea del Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, con respecto a los instrumentos constitutivos del

⁹¹ *Ibid.*, párrs. 263 a 268.

(Continuación en la página siguiente.)

en cuenta las resoluciones de la Asamblea General a la hora de interpretar las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. Aunque la Corte no haya mencionado el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, ha señalado claramente que la mera aprobación de una resolución no sería suficiente. En particular, esto fue lo que sucedió cuando la Corte se basó en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁹⁴ para interpretar el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta, poniendo de relieve la «actitud de las partes y la actitud de los Estados hacia ciertas resoluciones de la Asamblea General» y su consentimiento al respecto⁹⁵. En efecto, como ha indicado el Órgano de Apelación de la OMC, la caracterización de una decisión colectiva como un «elemento auténtico de interpretación» conforme al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, solo se justifica si es evidente que las partes en el instrumento constitutivo de una organización internacional actuaron como tales, y no, como suelen hacer, de manera institucional como miembros del órgano plenario respectivo⁹⁶.

(Continuación de la nota 93.)

Fondo); Cogen, «Membership, Associate Membership and Pre-Accession Arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT», págs. 157 y 158 (donde se alude a una decisión aprobada por unanimidad por el Consejo del CERN el 17 de junio de 2010 por la que se interpretan los criterios de admisión establecidos en la Convención del CERN como un posible caso de acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*).

⁹⁴ Véase la nota 92 *supra*.

⁹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986*, págs. 99 y 100, párr. 188: «El efecto de dar el consentimiento en lo que respecta al texto de esas resoluciones no puede interpretarse como una mera “reiteración o aclaración” de los compromisos convencionales contraídos en virtud de la Carta. Por el contrario, puede entenderse como una aceptación de la validez en sí de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución». Esta declaración, cuyo principal propósito es explicar el posible papel de las resoluciones de la Asamblea General en la formación del derecho consuetudinario, reconoce también el aspecto (secundario) relacionado con los tratados de que esas resoluciones pueden servir para expresar el acuerdo, o las posiciones, de las partes en cuanto a una determinada interpretación de la Carta de las Naciones Unidas como tratado («aclaración»); de modo similar, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 437, párr. 80 (donde la Corte concluyó partiendo, entre otras cosas, de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas que: «Así pues, el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe a la esfera de las relaciones entre Estados»); en este sentido, por ejemplo, Sohn, «The UN System as Authoritative Interpreter of its Law», págs. 176 y 177 (donde se observa en relación con la causa Nicaragua que «la Corte aceptó la Declaración sobre las Relaciones de Amistad como interpretación auténtica de la Carta»); Divac Öberg, «The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ», pág. 897 (donde se indica que según el fallo en la causa relativa a Nicaragua el papel de las resoluciones de la Asamblea General, como la Declaración sobre las relaciones de amistad, no «se limita a una reformulación o interpretación (“reiteración o aclaración”)»).

⁹⁶ Véase OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, informe del Órgano de Apelación (nota 90 *supra*), y Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*, págs. 114 y 115 (donde se argumenta que «en las decisiones adoptadas por órganos de la OMC, debe hacerse una distinción entre las denominadas “decisiones institucionales” y las decisiones “no institucionales”. Las primeras —que se conocen como “creadoras subsidiarias de normas”— se basan en los poderes atribuidos específicamente a un órgano determinado y se adoptan con arreglo a los procedimientos establecidos por las reglas de la organización. En cambio, las decisiones “no institucionales” se alcanzan en el marco de la OMC, pero por los

E. Modos de concebir los diversos usos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con las normas de interpretación de la Convención de Viena

68. Se han expresado distintas opiniones en cuanto a si los diversos usos por las cortes y los tribunales internacionales de la práctica en la aplicación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales como medio de interpretación simplemente representan diferentes manifestaciones de los artículos 31 y 32 como normas básicas sobre la interpretación de los tratados, o si tales usos también reflejan una regla de interpretación especial o adicional que se aplica a esos instrumentos constitutivos.

69. Según Gardiner, dado que la Corte Internacional de Justicia utilizó la referencia a la «propia práctica» de la organización internacional en la opinión consultiva *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* «destacando la disposición de la Convención de Viena de 1969 sobre la práctica ulterior y reproduciéndola íntegramente en su breve referencia a algunos elementos de la norma general, parece equiparar la propia práctica de la organización con la práctica ulterior mencionada en las reglas de Viena»⁹⁷. Por otra parte, Schermers y Blokker reconocieron que, en esa opinión consultiva, la Corte intentó «más que en anteriores ocasiones establecer un fundamento jurídico para referirse a la práctica de la organización», aunque consideraron que se trataba de «una desventaja del enfoque adoptado por la Corte de que la «práctica ulterior» como canon de interpretación establecido en la Convención de Viena de 1969 se refiere a la práctica de los Estados que son partes en un tratado determinado, y no a la práctica de la propia organización». En este sentido, según estos autores, «el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena parece ser incorrecto como uno de los fundamentos en los que puede basarse la “práctica de la organización”»⁹⁸.

70. Las opiniones de Gardiner y de Schermers y Blokker no parecen diferir en el fondo, sino más bien en cuanto a si consideran la «propia práctica» de una organización internacional como pertinente con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *b* (y 32) o como un fundamento independiente. Otros han tratado de salvar esa diferencia de interpretación. Por ejemplo, en el caso *Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, el tribunal arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje sostuvo que:

[El artículo 31 3) b)] adquiere un significado especial cuando se aplica, de conformidad con el artículo 5 de la Convención de Viena, a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. En el caso *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que «los derechos y deberes de una entidad como la Organización [de las Naciones Unidas] deben depender de los fines y funciones que se especifican o están implícitos en sus documentos constitutivos y que se han desarrollado en la práctica». El hecho de que el banco, en varias ocasiones, modificara

Estados, a título individual, como partes en un tratado multilateral sobre la base del derecho internacional general, a saber, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados»).

⁹⁷ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 247.

⁹⁸ Schermers y Blokker, *International Institutional Law*, pág. 844; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 187.

sus estatutos mediante la introducción de un nuevo artículo parece acreditar la interpretación autorizada de los estatutos en este sentido⁹⁹.

71. Por otra parte, Klabbbers, refiriéndose a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*¹⁰⁰, cuestiona la existencia de «una regla especial sobre la interpretación de los tratados constitucionales, lo que no significa que, a menudo, no se utilicen criterios más teleológicos cuando se trata de interpretar instrumentos constitutivos»¹⁰¹.

72. Aunque persiste una cierta diferencia entre el enfoque del tribunal arbitral y el de Klabbbers, ambos parecen coincidir en que la «propia práctica» de una organización internacional suele desempeñar un papel específico en la interpretación de sus instrumentos constitutivos conforme a las normas pertinentes de la Convención de Viena, en particular mediante su contribución a la especificación del objeto y el fin del tratado, o las funciones de la organización¹⁰². Como indicó el Relator Especial en su primer informe, «los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, por un lado, y el objeto y fin de un tratado, por el otro, pueden estar estrechamente interrelacionados» en el sentido de que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior «se utiliza[n] a veces para concretar el objeto y fin del tratado en primer lugar»¹⁰³. La Comisión confirmó posteriormente que «determinados casos de acuerdos ulteriores y prácticas ulteriores seguidas han contribuido, o no, a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin»¹⁰⁴.

73. Las diferentes explicaciones de la posible pertinencia de la «propia práctica» de una organización internacional permanecen en última instancia en el marco de las normas de interpretación que figuran en la Convención de Viena de 1969. Esas reglas permiten tener en cuenta no solo la práctica de una organización que las partes mismas confirman por su propia práctica (en el marco de una interpretación restrictiva del artículo 31, párr. 3, apdo. b, sino también examinar esa práctica de los órganos como pertinente para la correcta determinación del objeto y el fin del tratado (incluida la función de la organización internacional de que se trate), o como ejemplo de «otra práctica» en la aplicación del tratado de conformidad con

⁹⁹ *Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, 22 de noviembre de 2002, UNRIAA, vol. XXIII (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.04.V.15), pág. 224, párr. 145.

¹⁰⁰ *I.C.J. Reports 1960*, pág. 150.

¹⁰¹ Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law*, págs. 89 y 90.

¹⁰² La Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión «propósitos y funciones especificados o implícitos en sus documentos constitutivos y desarrollados en la práctica», *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 180.

¹⁰³ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/660, párr. 51, donde figuran referencias adicionales.

¹⁰⁴ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 15 del comentario al proyecto de conclusión 1, nota 58; véase, en particular, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 306 y 307, párr. 67.

el artículo 32. Por consiguiente, dependiendo del instrumento constitutivo concreto de que se trate, puede considerarse que la «propia práctica» de la organización es pertinente como tal, o juntamente con la práctica de las partes, o como indicación del objeto y el fin del tratado, o de ningún modo (como, por ejemplo, en el caso de la UE). En este sentido, la jurisprudencia moderna refleja el enfoque que el magistrado Lauterpacht describió en 1955 en los siguientes términos:

La interpretación adecuada de un instrumento constitucional debe tener en cuenta no solo la letra oficial del instrumento original, sino también su funcionamiento efectivo en la práctica y a la luz de las tendencias reveladas en la vida de la Organización¹⁰⁵.

74. En artículo 5 permite la aplicación de las normas de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de modo que tenga en cuenta el papel que las distintas formas de práctica ulterior y acuerdos ulteriores pueden desempeñar para la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional, así como para tomar en consideración, como un aspecto del objeto y el fin del tratado, el carácter institucional específico de la organización internacional o el acto de que se trate¹⁰⁶. En su combinación específica en cada caso, esos elementos contribuyen a determinar si, y, en caso afirmativo, de qué manera, la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional es susceptible de evolucionar con el tiempo¹⁰⁷. A veces, la toma en consideración de estos elementos ha dado lugar a interpretaciones comparativamente dinámicas de dichos instrumentos¹⁰⁸.

F. Carácter y peso de la práctica de los órganos y las organizaciones

75. La labor anterior de la Comisión está en consonancia con este enfoque amplio previsto en las normas sobre interpretación de la Convención de Viena. La Comisión se ocupó de un aspecto de la función que desempeña la práctica seguida por quienes no son partes en el tratado, a efectos de interpretación, al aprobar provisionalmente el proyecto de conclusión 5 sobre la atribución de la práctica ulterior, cuyo tenor es el siguiente:

Proyecto de conclusión 5. Atribución de la práctica ulterior

1. La práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional.

¹⁰⁵ *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South-West Africa*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 106, opinión separada del magistrado Lauterpacht.

¹⁰⁶ Los comentaristas debaten actualmente si el carácter institucional específico de ciertas organizaciones internacionales, junto con los principios y valores consagrados en sus instrumentos constitutivos, podrían también generar una interpretación «constitucional» de tales instrumentos que encuentre inspiración en el derecho constitucional nacional, véase, por ejemplo, Alvarez, «Constitutional Interpretation in International Organizations»; aunque ese enfoque se reconoce, en particular, en los tratados constitutivos de la UE, no ha sido generalmente aceptado por la mayoría de las organizaciones internacionales.

¹⁰⁷ Véase el proyecto de conclusión 3 y su comentario, *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 38 y 39.

¹⁰⁸ Dörr, «Article 31», pág. 537, párr. 31; Schmalenbach, «Article 5», pág. 92, párr. 7.

2. Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no 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.

76. El proyecto de conclusión 5 no implica que la práctica de los órganos de organizaciones internacionales, como tales, no pueda ser práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32. La Comisión ha explicado que:

Las decisiones, resoluciones y otras manifestaciones de la práctica de las organizaciones internacionales pueden ser pertinentes por naturaleza para la interpretación de los tratados. Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 2.j) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986), que menciona la «práctica establecida» de la organización como una de las formas de las «reglas de la organización». El proyecto de conclusión 5 solo se refiere a la cuestión de si la práctica de las organizaciones internacionales puede ser indicativa de una práctica pertinente de los Estados partes en un tratado¹⁰⁹.

77. No obstante, debe señalarse que la práctica de las partes en un tratado y la de los órganos de una organización internacional pueden tener un peso diferente a los efectos de la interpretación de un tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional. Por una parte, como observó la Comisión en su comentario del artículo 2, párr. 1, apdo. j, de la Convención de Viena de 1986, el peso de una práctica específica de los órganos puede depender de las reglas y características particulares de la organización correspondiente, conforme a lo expresado en su instrumento constitutivo;

La mayoría de las organizaciones internacionales, en efecto, crean al cabo de unos años una práctica que forma parte integrante de las reglas de la organización. Pero el hecho de que se mencione la práctica no significa en absoluto que esta tenga en todas las organizaciones la misma importancia, sino que, por el contrario, cada organización presenta a este respecto sus caracteres propios¹¹⁰.

78. Por otra parte, en muchas ocasiones las cortes y los tribunales internacionales han entendido —adecuadamente— que la práctica de los órganos de la organización y la de los Estados miembros están interrelacionadas y constituyen un todo («práctica general de la organización»)¹¹¹ a los efectos de la interpretación. Desde esa perspectiva, es razonable considerar que «la práctica pertinente suele ser la de aquellos en quienes recae la obligación de desempeño»¹¹², lo que significa que

cuando, mediante un tratado, los Estados encomiendan la ejecución de actividades a una organización, la forma en que se llevan a cabo esas actividades puede constituir práctica en virtud del tratado; no obstante, la determinación de si dicho acuerdo representa el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado puede exigir que se tengan en cuenta otros factores¹¹³.

¹⁰⁹ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 14 del comentario al proyecto de conclusión 5.

¹¹⁰ Párrafo 25 del comentario, *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), párr. 63.

¹¹¹ *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.

¹¹² Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 246.

¹¹³ *Ibid.*

79. En consecuencia, al referirse a actos de organizaciones internacionales que se aprobaron con la oposición de algunos Estados miembros¹¹⁴, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que esos actos pueden constituir práctica ulterior a los efectos de la interpretación en general, pero no en el sentido de una práctica que establezca un acuerdo entre las partes y, por lo tanto, tenga la consideración de medio auténtico de interpretación¹¹⁵. En cambio, para la Corte, una «práctica general de la organización» parece tener más peso como medio de interpretación que una «práctica establecida» de un órgano de la misma. Esto se debe a que la práctica establecida de un órgano que sea aceptada por todos los miembros equivale a una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. b. Lo anterior refleja la necesaria interacción entre los órganos de la organización y la conducta de sus Estados miembros para que surja una práctica general de la organización.

80. La «aceptación general» exige «como mínimo» aquiescencia¹¹⁶. En la opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, la Corte Internacional de Justicia se basó en la práctica de la organización («la práctica de las Naciones Unidas») para determinar que la interpretación del Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas ha evolucionado a lo largo del tiempo mediante la conducta ulterior de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad¹¹⁷. Al referirse, en este contexto, a la «práctica aceptada de la Asamblea General»¹¹⁸, la Corte afirmó implícitamente que la aquiescencia en nombre de los Estados miembros acerca de la práctica seguida por la organización en la aplicación del tratado es un requisito suficiente para establecer el acuerdo sobre la interpretación de la correspondiente disposición del tratado.

81. Del mismo modo, la «práctica establecida de la organización» es un medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. El artículo 2, párr. 1, apdo. j, de la Convención de Viena de 1986 y el artículo 2, apdo. b, del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales incluso incluyen la «práctica establecida de la organización» como una «regla de la organización». No obstante, esta designación no excluye que esa práctica también sirva de medio de interpretación del instrumento constitutivo. En su comentario al proyecto de artículo 2, párr. 1, apdo. j, de lo que pasaría a ser la Convención de Viena de 1986, la Comisión señaló que:

el hecho de que se mencione la práctica no significa en absoluto que esta tenga en todas las organizaciones la misma importancia sino que, por el contrario, cada organización presenta a este respecto sus caracteres propios. De igual modo, al exigir que la práctica sea «establecida» se quiere solamente prescindir de toda práctica vacilante o discutida,

¹¹⁴ La Corte citó la resolución 1600 (XV) de la Asamblea General, de 15 de abril de 1961 y la resolución 1913 (XVIII) de 13 de diciembre de 1963, *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 149.

¹¹⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 247.

¹¹⁶ Véase Arato, «Treaty Interpretation and Constitutional Transformation», pág. 322.

¹¹⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 149.

¹¹⁸ *Ibid.*, pág. 150.

pero no se pretende inmovilizar la práctica en un momento determinado de la historia de la organización¹¹⁹.

82. Por consiguiente, la Comisión reconoció la «práctica establecida de la organización» al menos como un elemento complementario del derecho de una organización internacional. Suscita cierta controversia la determinación de los efectos específicos que una práctica de esa índole puede producir en diferentes organizaciones y si tales efectos deberían explicarse en mayor medida atendiendo a las fuentes tradicionales del derecho internacional (tratado o costumbre) o al derecho institucional¹²⁰. No obstante, aunque sea difícil formular declaraciones generales, es evidente que la «práctica establecida de la organización» abarca una forma cualificada de la práctica de los órganos¹²¹, que por lo general ha sido aceptada por los miembros de la organización, aunque a veces de forma tácita¹²². Esa práctica difícilmente puede distinguirse de la «práctica general de la organización», una forma de acción que la Corte Internacional de Justicia ha aplicado como medio de interpretación¹²³. Esa práctica es, por tanto, un medio de interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional¹²⁴ que habrá de tenerse en cuenta, ya que se basa en el acuerdo de los miembros o se desprende del carácter institucional de la organización. Es posible que la «práctica establecida de la organización» produzca efectos jurídicos adicionales, pero esos efectos son inciertos y no forman parte del presente tema.

¹¹⁹ *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 25 del comentario al artículo 2; esto no excluye la posibilidad de que exista en una organización práctica que no esté «establecida», pero que sin embargo sea importante para el funcionamiento de la organización.

¹²⁰ Higgins, «The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations», pág. 121 («los aspectos de la interpretación de los tratados y la práctica consuetudinaria en esta esfera están estrechamente vinculados»); Peters, «Subsequent practice and established practice of international organizations», pág. 631 («debería considerarse una especie de derecho internacional consuetudinario de la organización»); no es convincente limitar la «práctica establecida de la organización» a las llamadas normas internas ya que, según la Comisión, «[h]abría sido difícil referirse al “derecho interno” de una organización, porque ese derecho, si bien tiene un aspecto interno, desde otros puntos de vista tiene un aspecto internacional», *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 25 del comentario al artículo 2; Schermers y Blokker, *International Institutional Law*, pág. 766; no obstante, véase Ahlborn, «The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility», págs. 424 a 428.

¹²¹ Blokker, «Beyond “Dili”: On the Powers and Practice of International Organizations», pág. 312.

¹²² Lauterpacht, «The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals», pág. 464 («consentimiento del conjunto de los miembros»); Higgins, «The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations», pág. 121 («tal vez el grado de duración y de aquiescencia en este supuesto pueda ser menos marcado que en otros casos, porque no cabe duda de que los órganos de las Naciones Unidas tienen autoridad inicial para adoptar esas decisiones [con respecto a su propia jurisdicción y competencia]»); Peters, «Subsequent practice and established practice of international organizations», págs. 633 a 641.

¹²³ Arato, «Treaty Interpretation and Constitutional Transformation», pág. 322.

¹²⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16ª sesión (A/C.6/64/SR.16), declaración del Reino Unido, párr. 21; Schermers y Blokker, *International Institutional Law*, párr. 1347; S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (1989), pág. 241; Engel, «“Living” International Constitutions and the World Court», pág. 894; Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations*, pág. 292; Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, pág. 90; Ahlborn, «The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility», pág. 425.

G. El artículo 5 como reflejo del derecho consuetudinario

83. Los analistas han sostenido que el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 refleja el derecho consuetudinario¹²⁵. Esta evaluación se basa en ciertas declaraciones sobre el proyecto de artículo 4 (actualmente artículo 5) formuladas por delegados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados que tuvo lugar en Viena (1968-1969). En particular, se hace referencia a la declaración del delegado de la Argentina, Sr. Ruda, que expresó la opinión de que:

el debate ha demostrado que la norma contenida en el artículo 4 es una norma de *lex lata*, por la que se codifican las normas ya existentes en el derecho consuetudinario. El derecho establecido consuetudinariamente entre los Estados, además de la práctica establecida desde antiguo, han creado normas que difieren de las del derecho internacional general existente en materia de tratados. En opinión de su delegación, el artículo 4 solo refleja la situación jurídica existente y no introduce ninguna innovación¹²⁶.

84. Sin embargo, los apoyos claros a esta propuesta han sido escasos¹²⁷. Por otra parte, los debates sobre el proyecto de artículo 4 en la Conferencia de Viena reflejaron que en ese momento la regla era objeto de controversia, y algunas delegaciones sugirieron que el texto suponía «el riesgo de crear confusión y oscuridad en una materia especialmente difícil»¹²⁸, mientras que otras pidieron que se suprimiera, aunque por motivos distintos¹²⁹. Hasta el momento, la Corte Internacional de Justicia no ha abordado la cuestión de si el artículo 5 de la Convención refleja el derecho internacional consuetudinario.

85. No obstante, a los efectos del presente tema no es necesario determinar con precisión el carácter consuetudinario del artículo 5. Basta decir que, por lo general, se reconoce que las normas de la Convención de Viena relativas a la interpretación de los tratados son aplicables a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales, aunque siempre «sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización». La norma que se formula en el artículo 5 es suficientemente flexible para dar cabida a todos los casos imaginables, incluso aquellos en que los órganos de una organización internacional declaran, como ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la organización en cuestión no considera que la «práctica» de los Estados partes o los órganos sea pertinente para la interpretación de los tratados constitutivos. Si se entiende en este sentido amplio y flexible, es evidente que el artículo 5 refleja el derecho internacional consuetudinario.

¹²⁵ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 120.

¹²⁶ *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), novena sesión, pág. 58, párr. 73 (Argentina).

¹²⁷ Véanse las declaraciones del Brasil (ibíd., décima sesión, pág. 62, párr. 30) y del Consejo de Europa (observador) (ibíd., novena sesión, pág. 52, párr. 13).

¹²⁸ Ibíd., octava sesión, pág. 49, párr. 25 (España).

¹²⁹ Véase ibíd., pág. 48, párrs. 15, 18 y 21 (Estados Unidos), y pág. 50, párrs. 33 y 36 (Suecia).

CAPÍTULO III

Proyecto de conclusión 11

86. En razón de las consideraciones expuestas, se propone el siguiente proyecto de conclusión:

«*Proyecto de conclusión 11. Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales*

1. Los artículos 31 y 32 se aplican a un tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización. Por consiguiente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, apartados *a* y *b*, son medios de interpretación de esos tratados, y cualquier otra práctica ulterior en virtud del artículo 32 también puede serlo.

2. El comportamiento del órgano de una organización internacional en la aplicación del instrumento constitutivo de la organización puede generar o articular un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, apartados *a* y *b*, u otra práctica ulterior en virtud del artículo 32.

3. El comportamiento del órgano de una organización internacional en la aplicación del instrumento constitutivo de la organización puede constituir en sí una práctica pertinente a los efectos de la interpretación de un tratado de esa índole.

4. La práctica establecida de una organización internacional se tendrá en cuenta en la interpretación del instrumento constitutivo de dicha organización.»

APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/687

Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo, Relator Especial*

[Original: español/inglés]
[5 de junio de 2015]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	60
Obras citadas en el presente informe.....	62
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-14 62
<i>Capítulo</i>	
I. CONTINUACIÓN DEL ANÁLISIS DE LAS OPINIONES EXPRESADAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS.....	15-26 63
II. RELACIÓN DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL CON OTRAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969.....	27-70 65
A. Artículo 11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado.....	32-44 65
B. Artículo 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor.....	45-52 66
C. Artículo 24. Entrada en vigor.....	53-55 67
D. Artículo 26. <i>Pacta sunt servanda</i>	56-59 68
E. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados.....	60-70 68
III. APLICACIÓN PROVISIONAL EN RELACIÓN CON ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	71-129 69
A. Antecedentes.....	71-75 69
B. Memorando elaborado por la Secretaría relativo al desarrollo legislativo del artículo 25 de la Convención de Viena de 1986.....	76-85 70
C. Aplicación provisional de tratados en virtud de los cuales se crean organizaciones internacionales o regímenes internacionales.....	86-102 71
D. Aplicación provisional de tratados negociados en el seno de organizaciones internacionales o en conferencias diplomáticas convocadas bajo los auspicios de organizaciones internacionales.....	103-121 72
E. Aplicación provisional de tratados en los que organizaciones internacionales son parte.....	122-129 74
IV. PROPUESTAS PRELIMINARES DE DIRECTRICES SOBRE LA APLICACIÓN PROVISIONAL.....	130-131 76
V. CONCLUSIÓN.....	132-138 76
ANEXO. Aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales.....	78

* El Relator Especial quiere dejar constancia de su profundo agradecimiento a Pablo Arrocha Olabuenaga y a Karla Jones por su invaluable apoyo en la elaboración de este informe.

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convención del Metro (París, 20 de mayo de 1875)	www.bipm.org/en/metre-convention.
Convenio Reglamentando el Ejercicio del Derecho de Protección en Marruecos (Madrid, 3 de julio de 1880)	<i>Colección de los Tratados, Convenios y Documentos Internacionales, 1880-85</i> , t. II, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1892, pág. 81.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, Parte XIII, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (Versalles, 28 de junio de 1919)	Enrique Díaz Retg, <i>Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, Parte XIII, Trabajo</i> , Barcelona, ALSA, 1919, pág. 307. Véase también <i>Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo</i> , Ginebra, OIT, 2003.
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 15, núm. 102, pág. 295.
Acuerdo sobre el Establecimiento de la Organización Central de Transportes Continentales Europeos (Londres, 27 de septiembre de 1945)	Ibíd., vol. 5, núm. 35, pág. 327.
Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Nueva York, 22 de junio de 1946)	Ibíd., vol. 14, núm. 221, pág. 185.
Constitución de la Organización Internacional de Refugiados (Nueva York, 15 de diciembre de 1946)	Ibíd., vol. 18, núm. 283, pág. 88.
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Ibíd., vol. 55, núm. 814, pág. 187.
Acuerdo relativo al Comercio Internacional de los Textiles (LXXV) (Ginebra, 20 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 930, núm. 814, pág. 166.
Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (Ginebra, 6 de marzo de 1948)	Ibíd., vol. 289, núm. 4214, pág. 3.
Estatuto del Organismo Internacional de Energía Atómica (Nueva York, 26 de octubre de 1956)	Ibíd., vol. 276, núm. 3988, pág. 3.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, núm. 18232, pág. 443.
Convenio Europeo de Pesca (Londres, 9 de marzo de 1964)	Ibíd., vol. 581, núm. 8432, pág. 57. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 86, 11 de abril de 1967, pág. 4814.
Convenio Internacional del Azúcar de 1968 (Ginebra, 24 de octubre de 1968)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 654, núm. 9369, pág. 3.
Convenio Constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por Satélite (INMARSAT) (Londres, 3 de septiembre de 1976)	Ibíd., vol. 1143, núm. 17948, pág. 105.
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.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1457, núm. 24643, pág. 187.
Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1439, núm. 24404, pág. 275.
Tratado de Cielos Abiertos (Helsinki, 2 de marzo de 1992)	España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 230, 24 de septiembre de 1992, pág. 32526.
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.
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>Treaty Series</i> , vol. 1975, núm. 33757, pág. 3.
Tratado sobre la Carta de la Energía (Lisboa, 17 de diciembre de 1994)	Ibíd., vol. 2080, núm. 36116, pág. 95.
Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (Nueva York, 10 de septiembre de 1996)	A/50/1027, anexo.
Protocolo al Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares	Ibíd.

Fuente

Convenio Internacional del Cacao de 1972 (Ginebra, 21 de octubre de 1972)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 882, núm. 12652, pág. 67.
Convenio Internacional del Cacao, 1975 (Ginebra, 20 de octubre de 1975)	Ibíd., vol. 1023, núm. 15033, pág. 253.
Convenio Internacional del Cacao, 1986 (Ginebra, 25 de julio de 1986)	Ibíd., vol. 1446, núm. 24604, pág. 103.
Convenio Internacional del Cacao, 1993 (Ginebra, 16 de julio de 1993)	Ibíd., vol. 1766, núm. 30692, pág. 3.
Convenio Internacional del Cacao, 2001 (Ginebra, 2 de marzo de 2001)	Ibíd., vol. 2229, núm. 39640, pág. 2.
Convenio Internacional del Cacao, 2010 (Ginebra, 25 de junio de 2010)	Ibíd., vol. 2871, núm. 50115.
Convenio Internacional del Aceite de Oliva y las Aceitunas de Mesa, 1986 (Ginebra, 1 de julio de 1986)	Ibíd., vol. 1445, núm. 24591, pág. 13.
Protocolo de 1993 por el que se reconduce el Convenio Internacional de Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa, 1986, con Enmiendas al Convenio (Ginebra, 10 de marzo de 1993)	Ibíd., vol. 1763, núm. 24591, pág. 319.
Convenio Internacional de Cereales, 1995:	Ibíd., vol. 1882, núm. 32022, pág. 195.
a) Convenio sobre el Comercio de Cereales, 1995 (Londres, 7 de diciembre de 1994)	
b) Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1995 (Londres, 5 de diciembre de 1994)	
Acuerdo Internacional sobre el Trigo	Ibíd., vol. 1429, núm. 24237, pág. 71.
a) Convenio sobre el Comercio del Trigo, 1986 (Londres, 14 de marzo de 1986)	
b) Convenio sobre la Ayuda Alimentaria, 1986 (Londres, 13 de marzo de 1986)	
Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1999 (Londres, 13 de abril de 1999)	Ibíd., vol. 2073, núm. 32022, pág. 135.
Sexto Convenio Internacional del Estaño (Ginebra, 26 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1282, núm. 21139, pág. 205
Convenio Internacional del Café de 1968 (Abierto a la firma en Nueva York, del 18 al 31 de marzo de 1968)	Ibíd., vol. 647, núm. 9262, pág. 3.
Protocolo para mantener en vigor el Convenio Internacional del Café de 1968 prorrogado (Londres, 26 de septiembre de 1974)	Ibíd., vol. 982, núm. 9262, pág. 332.
Convenio Internacional del Café de 1976 (Londres, 3 de diciembre de 1975)	Ibíd., vol. 1024, núm. 15034, pág. 3.
Convenio Internacional del Café, 1983 (Adoptado por el Consejo Internacional del Café el 16 de septiembre de 1982)	Ibíd., vol. 1651, núm. 22376, pág. 572.
Convenio Internacional del Café, 1994, prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2001, con las modificaciones introducidas por la resolución núm. 384 aprobada por el Consejo Internacional del Café en Londres el 21 de julio de 1999 (Londres, 30 de marzo de 1994)	Ibíd., vol. 2086, núm. 31252, pág. 147.
Convenio Internacional del Café de 2001 (Londres, 28 de septiembre de 2000)	Ibíd., vol. 2161, núm. 37769, pág. 308.
Convenio Internacional del Azúcar, 1973 (Ginebra, 13 de octubre de 1973)	Ibíd., vol. 906, núm. 12951, pág. 69.
Prórroga del Convenio Internacional del Azúcar de 1973 (30 de septiembre de 1975)	Ibíd., vol. 993, núm. 12951, pág. 472.
Nueva Prórroga del Convenio Internacional del Azúcar de 1973 (18 de junio de 1976)	Ibíd., vol. 1031, núm. 12951, pág. 402.
Convenio Internacional del Azúcar, 1977 (Ginebra, 7 de octubre de 1977)	Ibíd., vol. 1064, núm. 16200, pág. 219.
Convenio Internacional del Azúcar, 1984 (Ginebra, 5 de julio de 1984)	Ibíd., vol. 1388, núm. 23225, pág. 3.
Convenio Internacional del Azúcar, 1987 (Londres, 11 de septiembre de 1987)	Ibíd., vol. 1499, núm. 25811, pág. 31.
Convenio Internacional del Azúcar, 1992 (Ginebra, 20 de marzo de 1992)	Ibíd., vol. 1703, núm. 29467, pág. 203.
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1979 (Ginebra, 6 de octubre de 1979)	Ibíd., vol. 1201, núm. 19184, pág. 255.
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1987 (Ginebra, 20 de marzo de 1987)	Ibíd., vol. 1521, núm. 26364, pág. 3.
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1994 (Ginebra, 17 de febrero de 1995)	Ibíd., vol. 1964, núm. 33546, pág. 3.
Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 1983 (Ginebra, 18 de noviembre de 1983)	Ibíd., vol. 1393, núm. 23317, pág. 67.
Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 1994 (Ginebra, 26 de enero de 1994)	Ibíd., vol. 1955, núm. 33484, pág. 81.
Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 2006 (Ginebra, 27 de enero de 2006)	Ibíd., núm. 49197.
Convenio Internacional del Yute y los Productos del Yute, 1982 (Ginebra, 1 de octubre de 1982)	Ibíd., vol. 1346, núm. 22672, pág. 59.
Convenio Internacional del Yute y los Productos del Yute, 1989 (Ginebra, 3 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1605, núm. 28026, pág. 211.
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.
Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008)	Ibíd., vol. 2688, núm. 47713, pág. 39.
Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997)	Ibíd., vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.
Mandato del Grupo Internacional de Estudio sobre el Cobre (adoptado el 24 de febrero de 1989)	Ibíd., vol. 1662, núm. 1662, pág. 229.
Convenio que Crea la Unión de Países Exportadores de Banano (UPEB) (Panamá, 17 de septiembre de 1974)	Ibíd., vol. 1292, núm. 21294, pág. 273.
Tratado sobre el Comercio de Armas (Nueva York, 28 de marzo de 2013)	A/CONF.217/2013/L.3.

Obras citadas en el presente informe

- AUST, Anthony
Modern Treaty Law and Practice, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- «Article 24», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 628 a 637.
- CRNIC-GROTIC, V.
 «Object and Purpose of Treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Asian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1997), págs. 141 a 174.
- JACOBSSON, Marie
 «Syria and the Issue of Chemical Weapons» en Jonas Ebbesson y otros (eds.), *International Law and Changing Perceptions of Security. Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, págs. 137 a 151.
- LEFEBER, René
 «The provisional application of treaties», 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. 81 a 95.
- MATHY, Denise
 «Article 25», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 639 a 654.
- MICHIE, Andrew
The Provisional Application of Treaties with Special Reference to Arms Control, Disarmament and Non-Proliferation Instruments, Universidad de Sudáfrica, 2004, tesis.
- «The provisional application of arms control treaties», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 10, núm. 3 (2005), págs. 345 a 377.
- «The role of provisionally applied treaties in international organisations», *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 39 (2006), págs. 39 a 56.
- OSMININ, B. I.
Prinjatje i realizacija gosudarstvami međunarodnyh dogovornych objazatel'stv (Adopción e implementación por los Estados de las obligaciones de los tratados internacionales), Moscú, Volters Kluver, 2006 [en ruso].
- QUAST MERTSCH, Anneliese
Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature, Leiden, Brill, 2012.
- SAGAR, David
 «Provisional Application in an International Organization», *Journal of Space Law*, vol. 27, núm. 2 (1999), págs. 99 a 116.
- SAROOSHI, Dan
International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers, Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- SCHAUS, Annemie
 «Article 27», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 688 a 701.
- VIGNES, Daniel
 «Une notion ambiguë: l'application provisoire des traités», *AFDI*, vol. XVIII (1972), págs. 181 a 199.
- VILLIGER, Mark E.
Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

Introducción

1. En el segundo informe sobre la aplicación provisional de los tratados¹ el Relator Especial se abocó a la cuestión relativa a los efectos jurídicos de la aplicación provisional, así como a los efectos jurídicos de la violación de un tratado aplicado provisionalmente. Asimismo, el informe hace un repaso de las opiniones expresadas por varios Estados Miembros respecto del primer informe y de los comentarios de algunos Estados respecto de su práctica en la materia.

2. El debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General ha resultado muy útil para orientar la continuación de esta investigación. Veintisiete Estados Miembros y la UE intervinieron sobre el particular.

3. En general, hubo coincidencia en cuanto a que la aplicación provisional de los tratados representa una forma de contribuir a una más pronta entrada en vigor del tratado y que, dada su flexibilidad, esta figura acelera la aceptación del derecho internacional. Por cuanto hace a sus efectos jurídicos, se respaldó la postura de la Comisión de Derecho Internacional en cuanto a que los derechos y obligaciones del Estado que ha recurrido a la aplicación provisional de

un tratado son idénticos a los que derivarían de su entrada en vigor. En tal sentido, se señaló que la violación de las obligaciones asumidas al amparo de la aplicación provisional constituye un acto internacionalmente ilícito que da lugar a la responsabilidad internacional del Estado².

4. Varias delegaciones aludieron a la aplicación provisional de un tratado que es asumida mediante un compromiso de carácter unilateral y subrayaron que no puede decirse que el régimen jurídico pertinente sea el que regula los actos unilaterales, toda vez que el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) supone la existencia de un acuerdo entre los Estados llamados a ser partes en el tratado y que de lo que se trata es del establecimiento de relaciones contractuales con base en el tratado en cuestión. De no haber quedado establecida la posibilidad de la aplicación provisional en el tratado, deberá comprobarse que se ha convenido a ello de alguna otra forma, como señala el artículo 25, párr. 1, apdo. b, de la Convención³.

² Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones (A/CN.4/678), párrs. 66 a 76.

³ *Ibíd.*, párr. 70.

¹ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675.

5. No obstante, esta conclusión no descarta la posibilidad de que un Estado pueda comprometerse a respetar las disposiciones de un tratado por medio de una declaración unilateral, sin haber obtenido el consentimiento de los Estados llamados a ser partes en el tratado. En este caso, la aplicación provisional solo generaría obligaciones a cargo del Estado que ha formulado tal compromiso unilateral⁴. Esta situación es la que quiso abordar el Relator Especial en su segundo informe, en particular cuando el tratado guarda silencio y no se ha podido establecer la voluntad de los Estados que intervinieron en la negociación del tratado. Sin duda alguna, la cuestión ha quedado aclarada y no se volverá sobre ella por el momento.

6. Otro aspecto de importancia en el debate en la Sexta Comisión, y por supuesto en la CDI, ha sido el de la orientación futura del mandato encomendado al Relator Especial y de la labor aún pendiente. Este aspecto será objeto de las conclusiones del presente informe. Sin perjuicio de lo anterior, el Relator Especial estima que cuenta ya con suficientes elementos de juicio como para proponer a la Comisión algunos proyectos de directrices para su consideración, los cuales no se apoyan exclusivamente en los aspectos que se tratan en este tercer informe. Los proyectos de directrices que figuran más adelante derivan conjuntamente de los tres informes que ha sometido el Relator Especial, los cuales han de ser leídos los unos a la luz de los otros.

7. En el presente informe, siguiendo la ruta planteada por el Relator Especial⁵ y teniendo en cuenta plenamente las muy valiosas sugerencias de los miembros de la Comisión y de los Estados Miembros⁶, se abordan cuatro cuestiones en particular.

8. Primero, se presenta un análisis de los comentarios sobre la práctica de los Estados que fueron presentados en fecha posterior a la presentación del segundo informe, en atención al pedido de la Comisión, y si bien el número de comentarios es todavía bajo, se intenta una mejor sistematización de la práctica de los Estados, a sabiendas de que ello es aún insuficiente.

9. Al respecto, vale la pena indicar que la cuestión de saber si se ha de proceder a realizar una investigación de derecho constitucional comparado, y acaso también administrativo, a fin de contribuir a la determinación de la práctica de los Estados es algo que no ha quedado del todo zanjado en los debates de la Sexta Comisión. Existe

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párrs. 97 y 98.

⁶ Resumen por temas... (nota 2 *supra*), párrs. 73 a 75.

una tendencia que estima que esa no es materia pertinente para este tema, mientras que otros creen que sería necesario incursionar en ello para una mejor comprensión del tema.

10. Sobre este punto, el Relator Especial sigue pensando que, por las razones que se han expuesto tanto en la Comisión como en la Asamblea General⁷, el resultado final del trabajo de la Comisión sobre este tema no debería estar condicionado por lo que disponga el derecho interno de los Estados en materia de aplicación provisional de los tratados, pues un número significativo de los tratados que se analizan en el presente informe disponen en la cláusula respectiva que se puede recurrir a la aplicación provisional en la medida en que así lo permitan las disposiciones de la legislación nacional de cada Estado. Por otra parte, el riesgo de incurrir en errores de apreciación del derecho interno de los Estados inhibe, naturalmente, al Relator Especial a embarcarse en tal aventura. Dicho lo anterior, el Relator Especial se mantiene atento a la orientación que la Comisión desee brindarle.

11. Segundo, se aborda la relación, en forma sinóptica, que guarda la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969. Esta es una tarea que había quedado pendiente y que podría requerir una investigación más detallada en función de lo que se suscite en la consideración del presente informe por parte de la Comisión.

12. Tercero, se hace un estudio de la aplicación provisional de los tratados en relación con las organizaciones internacionales, tanto de las que derivan de lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969, como a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (en adelante, Convención de Viena de 1986).

13. Finalmente, como ya se señaló, se plantean proyectos de directrices que pueden irse trazando como resultado del tratamiento del tema hasta esta fecha. Si así lo desea la Comisión, estos podrán ser remitidos al Comité de Redacción en el presente período de sesiones. Igualmente, el Relator Especial espera recibir los comentarios de la Comisión y los de los Estados Miembros de la Sexta Comisión para hacer los ajustes que se consideren pertinentes en el siguiente período de sesiones de la Comisión.

14. En las conclusiones del presente informe, se abordará la continuación del tratamiento del tema que propone seguir el Relator Especial.

⁷ *Ibíd.*, párr. 74.

CAPÍTULO I

Continuación del análisis de las opiniones expresadas por los Estados Miembros

15. Hasta la fecha de culminación de la elaboración del segundo informe, la Comisión había recibido comentarios sobre la práctica nacional de diez Estados: Alemania, Botswana, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, México, Micronesia (Estados Federados de),

Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa y Suiza⁸. Dichos informes

⁸ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párr. 20.

nacionales fueron objeto de una primera valoración en el segundo informe.

16. Por otro lado, la Comisión ha recibido nuevos comentarios provenientes de Austria, Cuba, España, Finlandia (en nombre de los países nórdicos) y la República de Corea, así como comentarios adicionales de la República Checa. Dichos informes sobre la práctica de estos Estados serán estudiados a continuación, junto con los que se indican en el párrafo anterior, en forma más sistematizada.

17. En primer lugar, cabe destacar que de los comentarios recibidos hasta la fecha de elaboración de este informe (mayo de 2015) por 15 Estados, ninguno señala que la aplicación provisional de los tratados esté prohibida por su derecho interno. Con excepción de Botswana, todos indicaron que han recurrido a la aplicación provisional. En ese contexto, se puede afirmar que la aplicación provisional está permitida por el derecho interno de los Estados que han enviado comentarios a la Comisión.

18. En cuanto a las condiciones para recurrir a la aplicación provisional de un tratado, Alemania, Austria, Botswana, España, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Micronesia (Estados Federados de), Noruega, la República Checa, la República de Corea y Suiza, indicaron expresamente que dicha práctica debe sujetarse a los requerimientos de su legislación interna, principalmente aquellos de carácter constitucional.

19. En los casos de Alemania, Austria, Botswana, Noruega, la República Checa, la República de Corea y Suiza se indica de manera explícita que para poder recurrir a la aplicación provisional se debe seguir el mismo procedimiento que para la adhesión del Estado a ese tratado. En el caso de los Estados Unidos, muchos de los precedentes en cuanto a la aceptación de la aplicación provisional indican que se llevó a cabo gracias a un «acuerdo ejecutivo», es decir, a un «acuerdo internacional distinto del tratado»⁹.

20. En los casos de Cuba y México se señala que la aplicación provisional de los tratados es posible, pero no se indica un proceso específico que deba seguirse para ello. Además de los ejemplos señalados por México y referidos en el segundo informe¹⁰, Cuba pone como ejemplos de su práctica nacional el Acuerdo sobre la Supresión de Visas entre Cuba y Cabo Verde, firmado el 3 de junio de 1982, y el Convenio de Cooperación Económica y Técnica entre Cuba y China, firmado el 22 de julio de 2014.

21. En el caso de la Federación de Rusia se indica que la aplicación provisional se encuentra regulada en la Ley Federal sobre Tratados¹¹, cuyo artículo 23, párr. 1, esencialmente reproduce el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

⁹ Estados Unidos, *Law of the Sea Treaty: Alternative Approaches to Provisional Application*, House Committee on Foreign Affairs (4 de marzo de 1974) (ILM, vol. 13 (1974), pág. 456). En el citado documento se analiza la práctica de los Estados Unidos respecto de diez tratados internacionales.

¹⁰ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párr. 47.

¹¹ ILM, vol. 34 (1995), pág. 1370.

22. En el caso de España se señala que la aplicación provisional se encuentra regulada en la Ley núm. 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, la cual entró en vigor el 18 de diciembre de 2014¹². Esta Ley sustituye al instrumento normativo que desde 1972 regulaba la materia. En virtud de la ley vigente, la decisión de aplicar provisionalmente un tratado la toma el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación (art. 15, párr. 1). Por otro lado, quedan excluidos de la aplicación provisional aquellos tratados por los que se atribuya a una organización internacional o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 15, párr. 2). La terminación de la aplicación provisional también puede ser decidida por el Consejo de Ministros; sin embargo, como se indica en los comentarios remitidos por España, dicho supuesto no se ha dado en la práctica. En cuanto a la práctica de España en la materia, en sus comentarios sobre práctica nacional se señala que no son excepción los años en los que no se autoricen al menos dos decenas de aplicaciones provisionales, y se ofrece un listado de las aplicaciones provisionales autorizadas por ese Estado anualmente desde 1992. Se destaca que solo en 2014 se aprobaron 11 aplicaciones provisionales, 7 bilaterales y 4 multilaterales.

23. Por último, resulta de especial relevancia que España, los Estados Unidos, Finlandia (en nombre de los países nórdicos), Noruega, la República de Corea y Suiza indicaron de manera expresa que la aplicación provisional de un tratado tiene los mismos efectos jurídicos que si estuviese en vigor.

24. Nuevamente el Relator Especial agradece cumplidamente la remisión de comentarios, así como el interés que han mostrado los Estados Miembros respecto del tema de la aplicación provisional de los tratados.

25. A reserva de continuar recopilando la información que pueda obtenerse, resulta interesante referir el siguiente intento de agrupar la práctica de los Estados:

a) Estados en los que existen disposiciones específicas de derecho interno o constitucional respecto de la aplicación provisional, como: Belarús, Federación de Rusia y Países Bajos;

b) Estados en los que la aplicación provisional representa una práctica no codificada, como: Albania, ex República Yugoslava de Macedonia, Hungría y Rumania;

c) Estados en los que la aplicación provisional está prohibida por su constitución o no aceptada en otras disposiciones de su derecho interno, como: Austria, Brasil, Chipre, Colombia, Costa Rica, Egipto, Italia, Luxemburgo, Portugal y México;

d) Estados en los que la aplicación provisional se permite en circunstancias excepcionales, como: Bélgica, Colombia, Francia, Grecia y Turquía;

¹² *Boletín Oficial del Estado*, núm. 288, 28 de noviembre de 2014, secc. I, pág. 96841.

e) Estados en los que la aplicación provisional es generalmente aceptada, como: Bosnia y Herzegovina, Eslovaquia, España y Finlandia; y por último,

f) Estados en los que la aplicación provisional está permitida pero sujeta a ciertas condiciones, como: Canadá, Dinamarca, Eslovenia, Israel, Lituania, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia¹³.

¹³ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, págs. 62 a 64.

26. Esta categorización coincide, en general, con lo señalado en los comentarios que han remitido, hasta ahora, los Estados a la Comisión. Sin embargo, en algunos casos señalados por Quast Mertsch no coinciden con la información proporcionada con base en los comentarios de los Estados. Los dos ejemplos más evidentes son el caso de Austria y México que han señalado que, en efecto, su derecho interno les permite recurrir a la aplicación provisional. La lista propuesta por Quast Mertsch representa sin duda un ejercicio doctrinal para sistematizar la información disponible en aquel momento.

CAPÍTULO II

Relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969

27. Antes de iniciar este análisis, el Relator Especial quiere advertir que no ha identificado en la doctrina comentarios que aborden esta cuestión más allá de la relación entre la aplicación provisional y el régimen derivado de los artículos 18 y 26 de la Convención de Viena de 1969, respectivamente.

28. No obstante, el Relator Especial considera que el análisis de la relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 resulta pertinente a la luz de la práctica identificada hasta ahora. Además, esto atiende a las solicitudes expresadas en el marco de los debates en el seno de la CDI y de la Sexta Comisión¹⁴.

29. La libertad de que gozan los Estados para concluir tratados implica que en cualquier momento pueden decidir que un tratado, o parte del mismo, se aplica provisionalmente¹⁵. Como el Relator Especial lo expresó desde su primer informe, el régimen jurídico que se deriva de la aplicación provisional dependerá tanto de los términos en los que la aplicación provisional se encuentre pactada dentro del tratado o el acuerdo separado, de ser el caso, como de la interpretación y la práctica subsecuentes. Es decir, el contenido y el ámbito de la aplicación provisional de un tratado dependerán, en gran medida, de la manera en que esté prevista dentro del tratado que será aplicado provisionalmente¹⁶. Así, la relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 podrá estar determinada por los términos del tratado o del instrumento separado que la contemple.

30. Como se mencionó en la introducción del presente informe, este es un primer análisis de la relación que guarda la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, que podría ser ampliado a la luz de los comentarios de la Comisión y de los Estados.

¹⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25)*, declaración de la UE, párrs. 72 a 75.

¹⁵ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 354.

¹⁶ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664, párrs. 20 y 21.

31. En este contexto, el Relator Especial se concentrará en aquellas disposiciones cuya relación con la aplicación provisional podría resultar más evidente; es decir, los artículos 11 (Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado); 18 (Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor); 24 (Entrada en vigor); 26 (*Pacta sunt servanda*); y 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados).

A. Artículo 11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado

32. El consentimiento de un Estado para vincularse a un tratado puede, como regla general, estar expresado por los medios tradicionales como la firma, el intercambio de instrumentos, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión. Además, la última parte del artículo 11 establece que los Estados pueden manifestar su consentimiento a estar obligados por un tratado «en cualquier otra forma que se hubiere convenido».

33. Una de las razones que explican la renuencia inicial de introducir la disposición sobre la aplicación provisional de los tratados en la Convención de Viena de 1969 era la posible contradicción que surgiría de dicha práctica. Se consideraba que la aplicación provisional se oponía a las disposiciones convencionales sobre las formas de expresar el consentimiento, las cuales se adecuan a los requisitos del derecho interno, mientras que el acuerdo sobre la aplicación provisional no necesariamente. Así, algunos Estados expresaron en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en Viena, que la práctica de la aplicación provisional pasa por alto los regímenes internos de los Estados o que altera el orden constitucional¹⁷.

34. Una pregunta que surge sobre la aplicación provisional es la de saber si esta puede ser considerada como una modalidad excepcional de la expresión del consentimiento a obligarse por un tratado. El caso del Convenio

¹⁷ Mathy, «Article 25», pág. 643. Véase también *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), 26ª sesión, párr. 46.

Reglamentando el Ejercicio del Derecho de Protección en Marruecos, de 1880, ilustra lo anterior. El Convenio estipula que «[p]or consentimiento excepcional de las Altas Partes contratantes, las disposiciones de este Convenio comenzarán a regir desde el día de la firma en Madrid» (art. XVIII)¹⁸.

35. El Relator Especial considera que nada de lo analizado hasta ahora en el seno de la Comisión, ni de los comentarios de los Estados permite llegar a tal conclusión. Es importante hacer la distinción entre los dos conceptos. Las modalidades para expresar el consentimiento en quedar obligado por un tratado se vinculan con su entrada en vigor, mientras que la aplicación provisional está pensada para el período que precede la entrada en vigor del tratado, es decir, de manera previa a la expresión del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado en cuestión.

36. El consentimiento para obligarse es el acto esencial por el cual un Estado expresa su voluntad de obligarse en los términos del tratado¹⁹. De manera previa a la expresión del consentimiento, el instrumento es solo un texto que da fe de lo que los Estados negociaron y únicamente después de que se haya expresado el consentimiento, el instrumento se convierte en un tratado de conformidad con la Convención²⁰. Una vez que un Estado ha expresado su consentimiento en estar obligado por un tratado, adquiere el carácter de «Estado contratante» de conformidad con el artículo 2, párr. 1, apdo. f, de la Convención de Viena de 1969²¹.

37. Lo pertinente para nuestro tema es que la Convención de Viena de 1969 prevé efectos jurídicos precisos una vez que se ha producido la expresión del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, mientras que no se pronuncia sobre los efectos de la aplicación provisional. Por ejemplo, a falta de disposición expresa, la expresión del consentimiento de los Estados negociadores da lugar a la entrada en vigor del tratado, de acuerdo con el artículo 24, párr. 2, de la Convención.

38. En cambio, la obligación de un Estado de aplicar las disposiciones de un tratado en forma provisional deriva de una cláusula expresa, contenida en el tratado²², en un instrumento separado, o en cualquier otra forma en que se haya convenido.

39. Lo anterior permite hablar de la flexibilidad que rodea todo lo relacionado con la aplicación provisional, algo muy distinto de una supuesta modalidad excepcional de entrada en vigor.

40. Un excelente ejemplo de la flexibilidad que la Convención de Viena de 1969 concede a los Estados en cuanto a las modalidades que pueda revestir la aplicación provisional es el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982. El artículo 7 (Aplicación provisional) establece que si al 16 de noviembre de 1994,

el Acuerdo no había entrado en vigor conforme a los requisitos del artículo 6, deberá ser aplicado provisionalmente antes de su entrada en vigor por: a) los Estados que hayan consentido en su adopción en la Asamblea General, salvo aquellos que notifiquen al depositario por escrito que no harán o que consentirán en tal aplicación únicamente previa firma o notificación por escrito; b) los Estados y entidades que firmen el Acuerdo, salvo aquellos que notifiquen al depositario en el momento de la firma que no aplicarán en esa forma el Acuerdo; c) los Estados y entidades que consientan en su aplicación provisional mediante notificación de su consentimiento al depositario; y d) los Estados que se adhieran al Acuerdo.

41. Por su parte, el artículo 5 (Procedimiento simplificado) del Acuerdo prevé que aquellos Estados que hayan ratificado o se hayan adherido a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y hayan firmado el Acuerdo, serán considerados como habiendo expresado su consentimiento en obligarse por el Acuerdo 12 meses después de la fecha de su adopción, a menos de que notifiquen al depositario que no se acogerán a este procedimiento simplificado y, en ese caso, tales Estados se regirán por lo dispuesto por el artículo 4 que rige el consentimiento en obligarse por el Acuerdo y por ende su entrada en vigor. Este procedimiento ha sido citado como una herramienta de bajo perfil con la que los Estados cuentan para expresar su consentimiento a obligarse por el Acuerdo²³. La existencia de problemas políticos internos para la ratificación del Acuerdo por parte de algunos de los Estados contratantes de la Convención explica que se conviniera en que si alguno de estos Estados únicamente firmaba el Acuerdo, se consideraba que había expresado su consentimiento en obligarse en sus términos, con la salvedad ya explicada²⁴.

42. Pero en modo alguno podría pensarse que el procedimiento simplificado guarde relación con la aplicación provisional del Acuerdo, la cual está regulada por su artículo 7. El procedimiento simplificado está relacionado directamente con la entrada en vigor del Acuerdo, prevista en su artículo 4, en tanto que modalidad de la libertad de que gozan los Estados negociadores conforme al artículo 24, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969.

43. Veremos más adelante que la flexibilidad que caracteriza a la aplicación provisional ha dado lugar a formas muy diversas de expresión de la voluntad de los Estados de hacer uso de ella, pero conservando siempre la distinción con la entrada en vigor del tratado.

44. En tal virtud, las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado previstas en el artículo 11 de la Convención de Viena de 1969 pueden ser las mismas para acordar su aplicación provisional.

B. Artículo 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor

45. En su segundo informe, el Relator Especial ya había señalado que «la aplicación provisional tiene efectos jurídicos, inclusive más allá de la obligación de no frustrar

¹⁸ Citado en *ibíd.*, pág. 646, nota 53.

¹⁹ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 176.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*, pág. 177.

²² Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 172.

²³ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 114.

²⁴ *Ibíd.*

el objeto y el fin del tratado en cuestión contenida en el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969»²⁵. No obstante, a continuación se hace un estudio más detallado sobre la relación de la aplicación provisional con el artículo 18 de la Convención.

46. El artículo 18 de la Convención de Viena de 1969 obliga a los Estados a abstenerse de realizar actos que frustren el objeto y el fin de un tratado. Los términos «objeto y fin» se refieren a las razones por las cuales los Estados signatarios o los Estados parte concluyeron un tratado, así como las funciones continuas y su razón de ser²⁶.

47. La Corte Internacional de Justicia usó la expresión «objeto y fin» en su opinión consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* y explicó que se relaciona, como mínimo, con aquello que es esencial para un tratado²⁷. Este concepto fue incluido por la Comisión en su Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, la cual establece en la directriz 3.1.5 que «[u]na reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si afecta a un elemento esencial del tratado, necesario para su estructura general, de tal manera que se comprometa la razón de ser del tratado»²⁸.

48. Los Estados signatarios y aquellos que «ha[n] manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente» (art. 18, apdo. b), no tienen la obligación de aplicar un tratado que no esté en vigor. Sin embargo, sería equivocado afirmar que estos Estados no cuentan con obligación alguna en relación con el tratado firmado²⁹. Como lo estableció la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*:

la firma constituye el primer paso de la participación en la Convención y sujeta a la ratificación, confiere un estatus provisional al Estado signatario de formular objeciones como medida precautoria, las cuales también tienen un carácter provisional. Estas desaparecerían si la firma no fuera seguida de ratificación, o se convertirían efectivas al momento de ratificar³⁰.

49. La Corte Internacional de Justicia puso énfasis en el estatus provisional que caracteriza la situación del Estado signatario del tratado, que este puede aprovechar en su favor durante el período que media entre la firma y la ratificación, pero respetando siempre la obligación de no frustrar su objeto y fin en tanto que «primer paso de la participación» en el tratado, como se indica en esta opinión consultiva.

50. Algo muy distinto ocurre con la aplicación provisional. No sería suficiente que los Estados que deciden recurrir a la aplicación provisional de un tratado se abstengan

de frustrar su objeto y fin, pues la aplicación provisional está sujeta a la regla *pacta sunt servanda*³¹.

51. En definitiva, las obligaciones que se derivan de la aplicación provisional deben ser cumplidas con la buena fe que se espera del Estado que firma un tratado internacional y *a fortiori* del Estado que ha expresado su consentimiento en obligarse por el tratado. El principio de que la buena fe debe regir la actuación de los Estados signatarios fue considerado por la Corte Permanente de Justicia Internacional mucho antes de la existencia de la Convención de Viena de 1969, al analizar qué actos de un Estado signatario podrían constituir un abuso del derecho, previo a la entrada en vigor del tratado³².

52. Como Quast Mertsch lo propone, existe un *argumentum ad absurdum* en la premisa de que la aplicación provisional se equipararía a la obligación general de no frustrar el objeto y el fin de un tratado: ¿por qué existiría la necesidad de la aplicación provisional si esta produjera los mismos efectos jurídicos que la obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor, como ya lo contempla el artículo 18³³?

C. Artículo 24. Entrada en vigor

53. La aplicación provisional de un tratado supone que no está en vigor. Deben cumplirse ciertos requisitos para su entrada en vigor, como que debe obtener la aprobación parlamentaria correspondiente o reunirse determinado número de ratificaciones. El Relator Especial se ha referido previamente a los problemas que representa el uso de la expresión «entrada en vigor provisional» para designar a la aplicación provisional³⁴. Como ya se ha dicho³⁵, la aplicación provisional debe distinguirse de la entrada en vigor en los términos del artículo 24 de la Convención de Viena de 1969³⁶. Se trata, en definitiva, de conceptos jurídicos distintos.

54. Por otra parte, el artículo 24, párr. 2, deja a salvo aquellas disposiciones del tratado que regulan aspectos que necesariamente surgen de manera previa a su entrada en vigor (autenticación, modalidades del consentimiento y de la entrada en vigor, reservas, funciones del depositario, etc.), y que comienzan a aplicarse al momento de la adopción del texto de un tratado, aun cuando no haya entrado en vigor³⁷. Esta situación es también distinta de la que deriva de la aplicación provisional pues lo previsto en el artículo 24, párr. 2, se limita a las llamadas cláusulas finales de un tratado, en tanto que la aplicación provisional tiene como fin la aplicación de algunas o de la totalidad de las disposiciones sustantivas del tratado, es decir, el régimen jurídico establecido por el tratado³⁸.

³¹ Mathy, «Article 25», pág. 652; véase también Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 357.

³² *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, fondo, fallo núm. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, pág. 37.

³³ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...*, pág. 174.

³⁴ *Anuario...* 2013, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664, párrs. 7, 15 y 16.

³⁵ *Ibid.*, párrs. 7 a 24.

³⁶ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 354.

³⁷ *Ibid.*, Aust, «Article 24», pág. 637.

³⁸ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...*, pág. 12.

²⁵ *Anuario...* 2014, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párr. 14.

²⁶ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 248.

²⁷ Opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y 27.

²⁸ *Anuario...* 2011, vol. II (tercera parte), párr. 1.

²⁹ Crnic-Grotic, «Object and Purpose of Treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties», pág. 153.

³⁰ *I.C.J. Reports 1951*, pág. 28.

55. Por último, debe hacerse otra distinción derivada de la entrada en vigor del tratado respecto de su operación o aplicación³⁹. Así, la fecha de entrada en vigor de un tratado, es decir la fecha en que los términos negociados se convierten en obligatorios, puede no ser la misma que la fecha en la que comienzan a ejecutarse todas sus disposiciones o algunas de ellas. Esta última fecha puede ser ulterior a la primera⁴⁰. Mientras que la entrada en vigor de un tratado y su operación y aplicación generalmente coinciden, es perfectamente posible que ocurran por separado⁴¹. Esto es también distinto de la intención del régimen de la aplicación provisional.

D. Artículo 26. *Pacta sunt servanda*

56. En su segundo informe, el Relator Especial ha tratado ya de los efectos jurídicos de los tratados que son objeto de una aplicación provisional, por lo que no se extenderá demasiado en la relación entre los artículos 25 y 26 de la Convención de Viena de 1969⁴². Asimismo, sostuvo que «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 medio»⁴³. Esto ya había sido expresado desde los debates de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968 y 1969⁴⁴.

57. El principio de que las obligaciones deben ser cumplidas (*pacta sunt servanda*) se extiende también a los tratados aplicados provisionalmente. En este sentido, los efectos jurídicos de la aplicación provisional de un tratado son los mismos que los que surgirían tras su entrada en vigor. El régimen de la aplicación provisional supone que las obligaciones que surgen del tratado aplicado provisionalmente serán totalmente cumplidas hasta que el tratado entre en vigor, o hasta que su aplicación provisional se termine por acuerdo mutuo entre los Estados entre los cuales está siendo provisionalmente aplicado, o hasta que el Estado notifique a los demás Estados que aplican el tratado provisionalmente, de su intención de no llegar a ser parte en el mismo⁴⁵.

58. Siempre que sea válida, la aplicación provisional produce los mismos efectos jurídicos que cualquier acuerdo internacional y, como tal, está sujeta a la regla *pacta sunt servanda*⁴⁶. Estos efectos serán definitivos y ejecutables, y no pueden ser cuestionados subsecuentemente en virtud de la naturaleza «provisional» de la aplicación del tratado⁴⁷.

³⁹ *Ibid.*, pág. 11.

⁴⁰ Informe sobre el derecho de los tratados del Sr. J. L. Brierly, Relator Especial, documento A/CN.4/23 (mimeografiado), pág. 55, párr. 103. Véase también *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/23, pág. 242, párr. 103.

⁴¹ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...*, pág. 12.

⁴² *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párrs. 23 a 68 y 86 a 95.

⁴³ *Ibid.*, párr. 65.

⁴⁴ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...*, pág. 49.

⁴⁵ Osminin, *Prinjatje i realizacija gosudarstvami međunarodnih dogovornih objazatel'stv* (Adopción e implementación por los Estados de las obligaciones de los tratados internacionales); véase también Lefeber, «The provisional application of treaties», pág. 89.

⁴⁶ Mathy, «Article 25», pág. 652.

⁴⁷ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 354.

59. Así, el principio *pacta sunt servanda* es aplicable a los tratados aplicados provisionalmente hasta que la aplicación provisional termine, ya sea en virtud de los términos del tratado, del acuerdo de las partes, de la notificación de la intención de no convertirse en parte en el tratado, o de la entrada en vigor del mismo.

E. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados

60. El artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 se relaciona directamente con el carácter obligatorio de un tratado. Este se encuentra determinado exclusivamente por el derecho internacional, lo que implica que su ejecución por las partes no puede estar sujeta o condicionada de alguna forma al derecho interno de estas⁴⁸. En otras palabras, cualquiera que sea el contenido del derecho interno de un Estado parte en un tratado, este no deberá afectar las obligaciones internacionales del Estado y la responsabilidad que pueda surgir del incumplimiento de dichas obligaciones⁴⁹.

61. Si bien es cierto que cada Estado puede decidir, como un asunto de derecho interno, si permite la aplicación provisional y bajo qué condiciones⁵⁰, la violación del derecho interno no puede ser invocada para justificar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por un Estado en un tratado internacional. Consecuentemente, la violación de un acuerdo sobre la aplicación provisional que se intente justificar invocando disposiciones del derecho interno de un Estado dará origen a su responsabilidad internacional⁵¹.

62. El tribunal arbitral que conoció del caso *Yukos*⁵², tuvo la oportunidad de analizar la relación de la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía con el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969. En ese caso, la Federación de Rusia argumentó que la cláusula de limitación contenida en el artículo 45, párr. 1, del Tratado⁵³, al reconocer la prioridad de la Constitución, debía ser interpretada de manera tal que no afectase las prerrogativas de su Poder Legislativo (la Duma, en el caso de la Federación de Rusia), y que por lo tanto cualquier disposición del Tratado podría aplicarse provisionalmente solo si: a) era acorde con la legislación existente; b) se trataba de un acto que cayera dentro de la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo; o c) si se trataba de un acto aprobado por la Duma⁵⁴. En otras palabras, la Federación de Rusia pretendió supeditar la aplicación provisional del Tratado a su derecho interno.

⁴⁸ Schaus, «Article 27», pág. 689.

⁴⁹ Art. 7 (Obligatoriedad de los tratados: principio de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno), Cuarto informe sobre el derecho de los tratados, de G.G. Fitzmaurice, Relator Especial, *Anuario... 1959*, vol. II, documento A/CN.4/120, pág. 47.

⁵⁰ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...*, pág. 64.

⁵¹ Mathy, «Article 25», pág. 646.

⁵² 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.

⁵³ «Los signatarios convienen en aplicar el presente Tratado de manera provisional, a la espera de su entrada en vigor con arreglo al artículo 44, siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con su constitución, leyes o reglamentos.»

⁵⁴ Caso *Yukos* (nota 52 *supra*), párr. 293.

63. El tribunal arbitral consideró que, bajo el principio *pacta sunt servanda* y el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, un Estado no puede invocar su legislación interna como justificación para no cumplir con un tratado:

[E]n la opinión del tribunal, estos principios impiden una interpretación del artículo 45, párr. 1, que permitiría a un signatario, cuyo derecho interno reconoce la figura de la aplicación provisional, evadir la aplicación provisional de un tratado (la que ha aceptado) sobre la base de que una o más disposiciones del tratado son contrarias a su derecho interno. Dicha interpretación socavaría la razón fundamental por la que los Estados deciden aplicar provisionalmente un tratado. Lo hacen para poder asumir obligaciones de manera inmediata, en espera de la conclusión de diversos procedimientos internos para que el tratado entre en vigor⁵⁵.

64. El tribunal fue más allá al establecer que si se le permitía a un Estado modular o evadir su obligación de aplicación provisional dependiendo del contenido de su derecho interno, se pondría en duda el principio de que la aplicación provisional crea obligaciones vinculantes⁵⁶ y enfatizó que los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 impiden una interpretación que permitiría a un Estado signatario, cuyo derecho interno reconoce la aplicación provisional, evadirla con base en su derecho interno⁵⁷.

65. Así, el caso *Yukos* reconoció que la aplicación provisional es un concepto propio del derecho internacional público que no debería combinarse con el derecho interno para formar un híbrido en el que el contenido de este determine el de una obligación jurídica internacional⁵⁸.

66. El Relator Especial considera importante destacar que en el laudo de admisibilidad y jurisdicción del caso *Yukos*, el tribunal reconoció que un tratado no debe admitir que el derecho interno determine el contenido de una obligación jurídica internacional, «a menos que el lenguaje del tratado sea claro y no admita una interpretación en contrario»⁵⁹, lo que reafirma que los Estados cuentan con absoluta libertad de negociar los términos de un tratado, y por ende, de aplicarlo provisionalmente.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 313.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 314.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 313.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 315.

⁵⁹ *Ibid.*

67. Otro aspecto relevante que se desprende de este análisis se refiere a la pregunta de saber si para que el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 se aplique el tratado debe estar en vigor desde la perspectiva del derecho interno. Generalmente se considera que la obligación de cumplir con el tratado existe desde el momento en el que se encuentra en vigor en el plano internacional⁶⁰.

68. Sin duda alguna, y como ya se ha dicho tanto en los anteriores informes como en los debates en la CDI y en la Sexta Comisión, los Estados recurren a la aplicación provisional siempre que esté permitida o no esté prohibida por su derecho interno⁶¹. No deja de ser interesante notar que el tribunal en el caso *Yukos* subraya que el derecho interno de la Federación de Rusia reconoce la figura de la aplicación provisional⁶², sin decir, sin embargo, que esta fuera una condición de su validez en el plano internacional.

69. Ahora bien, aun cuando no esté prohibida, en ocasiones los Estados no hacen uso de esta posibilidad simplemente debido a que muchos Estados requieren autorización parlamentaria para aplicar provisionalmente un tratado⁶³.

70. Sin embargo, el Relator Especial considera que una vez que el tratado está siendo aplicado provisionalmente, el derecho interno no puede ser invocado como justificación para el incumplimiento de las obligaciones que derivan de la aplicación provisional. Lo anterior sería contrario al derecho que rige la responsabilidad del Estado que establece que la caracterización de un hecho como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional y no se ve afectada por su carácter lícito bajo el derecho interno⁶⁴.

⁶⁰ Schaus, «Article 27», pág. 697.

⁶¹ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664, párr. 44; *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párr. 17.

⁶² Caso *Yukos* (nota 52 *supra*), párr. 313.

⁶³ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 173.

⁶⁴ Artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

CAPÍTULO III

Aplicación provisional en relación con organizaciones internacionales

A. Antecedentes

71. Como quedó asentado en el segundo informe⁶⁵, el Relator Especial se comprometió a abordar en el presente informe la cuestión relativa a la aplicación provisional de los tratados por parte de las organizaciones internacionales, a petición tanto de los Estados Miembros como de la Comisión.

72. Desde 1949, la Corte Internacional de Justicia determinó que una organización es una persona internacional,

⁶⁵ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párr. 98.

lo cual significa que es un sujeto de derecho internacional, poseedor de derechos y obligaciones⁶⁶. Tal personalidad jurídica es el elemento fundamental que permite a una organización internacional vincularse a tratados, si bien su capacidad jurídica para contraer derechos y obligaciones por medio de tratados no es inherente a su condición de sujeto de derecho internacional como sucede con el Estado⁶⁷, sino que está determinada por lo que dispongan las reglas de la organización en cuestión⁶⁸.

⁶⁶ *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 179.

⁶⁷ Convención de Viena de 1969, art. 6.

⁶⁸ Convención de Viena de 1986, art. 6.

73. Son los Estados quienes otorgan personalidad y capacidad jurídica a las organizaciones internacionales en el momento de su creación. Los mecanismos contractuales mediante los cuales los Estados proveen a una organización internacional de poderes para actuar son a través de su tratado constitutivo o bien de manera *ad hoc* mediante la celebración de un acuerdo separado del tratado constitutivo⁶⁹.

74. Conviene hacer de una vez la siguiente distinción. Por una parte, nos ocuparemos de los tratados mediante los cuales dos o más Estados deciden constituir una organización internacional (tratados constitutivos), y de los tratados adoptados en el seno de una organización internacional, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969. Por la otra, habremos de ocuparnos de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales que están regulados por la Convención de Viena de 1986 y que pueden ser el acto constitutivo de una nueva organización o entidad internacional o que, como es muy común, tienen como fin regular los aspectos de la sede de una organización internacional previamente establecida al amparo de un tratado distinto.

75. En ese contexto, tanto la Convención de Viena de 1969 como la Convención de Viena de 1986, son pertinentes para los propósitos del presente informe. Cabe subrayar que «la norma general según la cual todos los tratados entre Estados están sujetos a las normas de la Convención [de 1969] “salvo que el tratado disponga otra cosa” se aplica también a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales»⁷⁰.

B. Memorando elaborado por la Secretaría relativo al desarrollo legislativo del artículo 25 de la Convención de Viena de 1986

76. Si bien en el primer informe el Relator Especial no estimó necesario abordar en esa oportunidad el desarrollo legislativo del artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, su análisis es un valioso insumo para el tratamiento del tema que nos ocupa en este tercer informe. Así lo manifestaron tanto los miembros de la CDI como los Estados en el debate en la Sexta Comisión.

77. Por ello, «en su 324ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2014, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparase un memorando sobre la labor previa realizada por la Comisión en relación con este tema en los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986»⁷¹.

78. Es importante destacar que la Convención de Viena de 1986 aún no se encuentra en vigor, puesto que para ello se requiere la ratificación por parte de 35 Estados, de

conformidad con su artículo 85. Hasta ahora solo 31 Estados la han ratificado, junto con 12 organizaciones internacionales. No obstante, su historia legislativa es relevante para el estudio del tema que nos ocupa.

79. El 25 de noviembre de 2014, la Secretaría circuló su memorando⁷², el cual complementa el preparado en 2013, que se refiere al trabajo previo realizado por la Comisión en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y sobre los trabajos preparatorios del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969⁷³.

80. El Relator Especial desea dejar constancia de su agradecimiento a la Secretaría por la elaboración de este muy valioso insumo. No resulta necesario hacer en el presente informe un resumen de dicho memorando. Sin embargo, vale la pena destacar algunos elementos en él contenidos.

81. El artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 establece lo siguiente:

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 y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización notifica a los Estados y a las organizaciones con respecto a los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras hayan convenido otra cosa al respecto.

82. Como resulta evidente de su simple lectura, los respectivos artículos 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 son prácticamente idénticos en su redacción. Como lo reitera el memorando, el Relator Especial, Sr. Reuter, al momento de presentar su proyecto de artículos 24 y 25, indicó que «ambos artículos se han inspirado en las disposiciones correspondientes de la Convención de Viena [de 1969], respecto de las cuales no presentan otras modificaciones de redacción que las necesarias para tener en cuenta a las organizaciones internacionales»⁷⁴. Agregó también que la flexibilidad de los artículos 24 y 25 de la Convención de Viena de 1969 permite adaptarlos a todas las situaciones que puedan derivarse de los acuerdos celebrados con organizaciones internacionales⁷⁵.

83. El segundo elemento recogido en el memorando de la Secretaría es que, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1986, el proyecto de artículo 25 de la Convención fue remitido de manera directa al Comité de Redacción sin

⁶⁹ Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, pág. 18.

⁷⁰ Tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial, documento A/CN.4/683 (reproducido en el presente volumen), párr. 22.

⁷¹ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 227.

⁷² Documento A/CN.4/676 (reproducido en el presente volumen).

⁷³ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/658.

⁷⁴ Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, *Anuario... 1977*, vol. I, pág. 110, 1435ª sesión, párr. 4.

⁷⁵ *Ibíd.*

que hubiese una consideración sustantiva de este por el pleno de la Conferencia⁷⁶. Finalmente, el artículo 25 fue adoptado por la Conferencia sin votación⁷⁷.

84. Podría pensarse que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1986 hizo suyas, sin repetir las, las deliberaciones de la Conferencia de 1969 y las decisiones que se adoptaron para el derecho de los tratados entre Estados. Después de todo, el artículo 25 de la Convención de 1969 «sufrió cambios considerables en la Conferencia de Viena»⁷⁸, por lo que la Conferencia de 1986 evitó nuevos debates que habrían conducido al mismo resultado que en 1969.

85. Estos elementos arrojan, junto con las consideraciones contenidas en el primer y segundo informes⁷⁹, mayor claridad con respecto a algunos aspectos de las características que la práctica ha impuesto a la aplicación provisional de los tratados:

a) que la redacción del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y de la Convención de Viena de 1986 «es prueba de la flexibilidad de la que gozan los Estados en vista de un tratado en gestación»⁸⁰;

b) que si bien es posible argumentar que se trata de una disposición que no era indispensable para el régimen del derecho de los tratados, y por tanto que no es obligatoria, tiene un «carácter indicativo», y cuyo carácter general «permitirá su enriquecimiento a partir de la práctica»⁸¹;

c) que el artículo 25 «al enunciar uno de los numerosos aspectos de la libertad de los Estados para celebrar tratados, sin lugar a dudas refleja una norma consuetudinaria de derecho internacional»⁸²; y

d) que el régimen jurídico de la aplicación provisional de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales es *mutatis mutandis* aquel relativo a los tratados entre Estados, con los efectos jurídicos que derivan del principio *pacta sunt servanda*.

C. Aplicación provisional de tratados en virtud de los cuales se crean organizaciones internacionales o regímenes internacionales

86. La práctica internacional muestra que, en forma recurrente, los Estados han decidido acordar la aplicación provisional de tratados en virtud de los cuales se crean organizaciones internacionales o algún tipo de régimen internacional.

⁷⁶ Documento A/CN.4/676 (reproducido en el presente volumen), párr. 37.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 40.

⁷⁸ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 357.

⁷⁹ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664 y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675.

⁸⁰ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 357 y 358.

⁸¹ Vignes, «Une notion ambiguë: l'application provisoire des traités», pág. 192.

⁸² Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 357.

87. La aplicación provisional puede desempeñar un papel clave frente al complejo proceso de establecer y poner en marcha una nueva organización internacional o facilitar el establecimiento de una organización internacional⁸³.

88. En general, la doctrina señala que desde el siglo XIX pueden encontrarse ejemplos de la aplicación provisional de instrumentos constitutivos de organizaciones, citando como ejemplo la Unión Administrativa del siglo XIX, el establecimiento en 1875 de la Oficina Internacional de Pesas y Medidas en virtud de la Convención del Metro, o bien el establecimiento de la OIT, fundada el 28 de junio de 1919, en virtud del Tratado de Versalles⁸⁴.

89. Asimismo, en 1973 el Secretario General de las Naciones Unidas elaboró un informe en el que se presentan ejemplos de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en lo relativo a la aplicación provisional de tratados en virtud de los cuales se establecieron organizaciones internacionales o regímenes internacionales⁸⁵.

90. En dicho informe, el Secretario General identifica, a título de precedentes, ocho casos «en los que se adoptaron medidas provisionales respecto de tratados multilaterales que posteriormente entraron en vigor»⁸⁶.

91. Los ejemplos a los que se hace referencia en el informe del Secretario General son: la Organización Provisional de Aviación Civil Internacional⁸⁷; la Comisión Preparatoria de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental⁸⁸; la Comisión Preparatoria de la Organización Internacional de Refugiados⁸⁹; la Comisión Interina de la Organización Mundial de la Salud⁹⁰; la Comisión Preparatoria del Organismo Internacional de Energía Atómica⁹¹; el Convenio Internacional del Azúcar de 1968; el Convenio Europeo de Pesca; y la Organización Central de Transportes Continentales Europeos⁹².

92. Como se señala en la introducción del informe del Secretario General, los ejemplos citados se refieren a «casos en los que se adoptaron medidas provisionales respecto de tratados multilaterales que posteriormente entraron en vigor [...]»; por tanto, no se han incluido los casos en que tales arreglos continuaron teniendo carácter provisional⁹³. Veremos más adelante que también existen precedentes de tratados que siguen aplicándose provisionalmente, por lo menos en forma parcial.

⁸³ Michie, «The role of provisionally applied treaties in international organisations», pág. 48.

⁸⁴ *Ibid.*, pág. 49.

⁸⁵ A/AC.138/88.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 3.

⁸⁷ Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

⁸⁸ Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental.

⁸⁹ Acuerdo sobre medidas provisionales a adoptar con respecto a refugiados y desplazados.

⁹⁰ Acuerdo concluido por los gobiernos representados en la Conferencia Internacional de la Salud.

⁹¹ Anexo al Estatuto del Organismo Internacional de Energía Atómica.

⁹² Acuerdo sobre el Establecimiento de la Organización Central de Transportes Continentales Europeos.

⁹³ A/AC.138/88, párr. 3.

93. En los cuatro primeros casos antes indicados, se trata de medidas adoptadas para abarcar el período comprendido entre la fecha de preparación del instrumento en virtud del cual se constituyeron cuatro organismos especializados y la entrada en vigor del instrumento correspondiente. Algo muy semejante ocurrió para el caso del OIEA. En cambio, en los tres últimos casos citados se siguieron enfoques distintos⁹⁴.

94. Como ya había sido señalado en el segundo informe, la aplicación provisional de un tratado conlleva efectos jurídicos⁹⁵.

95. Al referirse a los artículos 24 y 25 de la Convención de Viena de 1969, el Secretario General señala en su informe que,

[s]egún estas disposiciones, la aplicación provisional de un tratado se produce solamente, en sentido estricto, si el propio tratado así lo dispone o si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo. El Convenio Internacional del Azúcar de 1968 constituye un ejemplo de tratado multilateral que prevé expresamente la entrada provisional en vigor en determinadas condiciones⁹⁶.

96. En todos los demás casos citados, «se recurrió a la adopción de un instrumento separado, generalmente por medios simplificados, para adoptar medidas organizativas provisionales antes de la entrada en vigor del tratado principal y de la creación del órgano permanente»⁹⁷, con excepción de la Comisión Preparatoria de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental que se creó en virtud de una resolución de una conferencia, en cuyo caso la aplicación provisional suele iniciar de inmediato⁹⁸.

97. En suma, la aplicación provisional permitió el establecimiento de órganos internacionales o regímenes internacionales cuyo objetivo era llevar a cabo los trabajos preparatorios necesarios para la operación de una organización internacional de carácter permanente o bien iniciar de plano la operación y ejecución de las responsabilidades de la organización internacional en cuestión⁹⁹.

98. El hecho de que el Secretario General en su análisis haya dividido sus ejemplos en casos en los que la práctica refleja lo establecido en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, por un lado, así como «ejemplos particulares de la aplicación del artículo 24 (de la Convención) por lo que respecta a la forma de entrada en vigor»¹⁰⁰, por el otro, es una prueba más de la flexibilidad que le han dado los Estados y las propias organizaciones internacionales a la interpretación y aplicación del artículo 25 de la Convención.

99. Sin duda, el precedente más famoso lo constituye el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), el cual fue aplicado en forma provisional durante décadas

por virtud de un protocolo de aplicación provisional «en forma considerablemente atípica»¹⁰¹.

100. Otro ejemplo relevante es el caso del Tratado sobre la Carta de la Energía, mediante el cual se estableció la Conferencia de la Carta de la Energía. El artículo 45, apdo. 4, estipula:

A la espera de la entrada en vigor del presente Tratado los signatarios se reunirán periódicamente en la Conferencia provisional sobre la Carta, cuya primera reunión será convocada por la Secretaría provisional a la que se hace referencia en el apartado 5, dentro de un plazo de ciento ochenta días a partir de la fecha en que se inicie el plazo para la firma del Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.

101. Adicionalmente, la Secretaría elaboró y puso a disposición del Relator Especial un documento en el que se compila un total de 50 tratados multilaterales celebrados entre 1968 y 2013, que indica: *a)* el artículo o disposición en el que se aborda la cuestión de su aplicación provisional; *b)* el texto relativo a las cláusulas de aplicación provisional; *c)* si dicho tratado está abierto a organizaciones internacionales; y *d)* de ser el caso, qué organizaciones internacionales son parte en el mismo. Por considerarlo una muy útil herramienta de referencia, el Relator Especial acompaña el documento en cuestión como anexo al presente informe, si bien este listado no es exhaustivo.

102. Todos estos ejemplos dan cuenta no solo del uso, sino de lo que ha llegado a llamarse el «útil abuso» de la aplicación provisional¹⁰².

D. Aplicación provisional de tratados negociados en el seno de organizaciones internacionales o en conferencias diplomáticas convocadas bajo los auspicios de organizaciones internacionales

103. No obstante la existencia de los precedentes examinados, cuando se adoptó la Convención de Viena de 1969, la inclusión de cláusulas de aplicación provisional seguía siendo algo relativamente raro. Su creciente necesidad es el resultado de una combinación de la conveniencia de conseguir la pronta entrada en vigor de tratados que están sujetos a ratificación y la dificultad de lograr precisamente eso. Y el problema es mayor en los tratados adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de los organismos especializados, toda vez que suelen requerir un número alto de ratificaciones para su entrada en vigor¹⁰³. De ahí que se prevea que el período de aplicación provisional sea relativamente breve, aunque esto no se logre¹⁰⁴.

104. Se observa que, con vistas a resolver intereses contrapuestos y diversas circunstancias, las cláusulas sobre aplicación provisional tienden a volverse más complejas y a abarcar una serie de posibilidades en lugar de atender a una única preocupación o propósito¹⁰⁵.

¹⁰¹ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, págs. 172 y 173.

¹⁰² Lefebvre, «The provisional application of treaties», pág. 81.

¹⁰³ Aust, *Modern Treaty...*, pág. 173.

¹⁰⁴ Véase el Tratado de Cielos Abiertos, que disponía que la aplicación provisional estaría limitada a 12 meses desde la apertura a firma del tratado. Sin embargo, el tratado preveía que, de no entrar en vigor en la fecha en que terminaba la aplicación provisional, el período inicial podía ampliarse si los Estados signatarios así lo decidían. El tratado fue aplicado provisionalmente en su integralidad, desde su apertura a firma en 1992 hasta su entrada en vigor en 2002.

¹⁰⁵ Michie, «The role of provisionally applied treaties in international organisations», págs. 39 a 56.

⁹⁴ *Ibíd.*, párrs. 4 y 5.

⁹⁵ *Anuario...* 2014, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párr. 24.

⁹⁶ A/AC.138/88, párr. 9.

⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 10.

⁹⁸ *Law of the Sea Treaty...* (nota 9 *supra*), pág. 456.

⁹⁹ A/AC.138/88, párr. 12.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 10.

105. Un ejemplo es el del Acuerdo relativo a Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982. Este Acuerdo fue adoptado por la Asamblea General el 28 de julio de 1994 con el fin de modificar, por medio de la interpretación, algunas disposiciones controvertidas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Se trataba de asegurar que el Acuerdo tuviese plena aplicación en el momento en que la Convención fuese a entrar en vigor, es decir el 16 de noviembre de 1994. Conforme a su artículo 7, el cual ofrece distintas modalidades para que los Estados se acojan al régimen de la aplicación provisional, el Acuerdo comenzó a ser aplicado provisionalmente desde el 16 de noviembre de 1994 y hasta su entrada en vigor, el 28 de julio de 1996. La decisión de aplicar provisionalmente el Acuerdo puede concretarse mediante simple notificación al depositario, con base en el artículo 7, párr. 1, apdo. c.

106. Esta modalidad de mera notificación al depositario, que podría llamarse optativa simplificada, se ha convertido en práctica común en este tipo de tratados. Sirvan de ejemplo el artículo 15 de la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, y el artículo 13 de la Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares, negociados bajo los auspicios del OIEA.

107. El carácter voluntario de este tipo de cláusulas ofrece una opción a la que puede recurrir incluso un Estado que no figure entre los negociadores en el tratado en cuestión y que se explica por la natural vocación a la universalidad de los tratados multilaterales, así como por la urgencia del caso en cuestión o bien por la gravedad de lo que se busca prohibir a través del determinado tratado. Frente a los casos de notificación por medio de la que se ejerce la opción de la aplicación provisional, el único requisito es que tal opción esté prevista en el tratado o convenida de algún otro modo.

108. Igualmente, puede darse el caso de que un Estado decida no hacer uso de la opción de la aplicación provisional prevista para todos los Estados que estén llamados a ser parte en el tratado, en cuya hipótesis ese Estado deberá notificar al depositario su decisión de no aplicar provisionalmente el tratado. Esta posibilidad quedó contemplada en el artículo 7, párr. 1, apdos. a y b, del 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.

109. En la actualidad, hay otro ejemplo que, en opinión del Relator Especial, resulta emblemático de la gran utilidad que puede tener la aplicación provisional para el establecimiento y funcionamiento de una organización internacional. Se trata de la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares.

110. El 10 de septiembre de 1996, la Asamblea General adoptó el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares. A la fecha, casi 20 años después de su adopción, el Tratado no ha entrado en vigor.

111. No obstante, el artículo II del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares prevé la creación

de la organización internacional del Tratado. Para tal fin, el Secretario General, en su carácter de depositario del Tratado, convocó a una reunión de Estados signatarios en la cual se adoptó la resolución por la que se establece la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares¹⁰⁶. El anexo de dicha resolución desarrolla detalladamente las funciones que se le encomiendan a la Comisión Preparatoria, entre las que se encuentra adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena operación del sistema de verificación del Tratado en el momento de su entrada en vigor¹⁰⁷. Más aún, el apéndice del establecimiento de la Comisión Preparatoria aborda la lista «indicativa» de labores que se le encomiendan a esta en relación con las tareas de verificación¹⁰⁸. Basta revisar la lista indicativa de labores de verificación para confirmar que se trata de funciones sustantivas, con efectos jurídicos. Tan es así que la Comisión Preparatoria ha celebrado acuerdos con Estados para el establecimiento en sus territorios de instalaciones de vigilancia, previstas en el Protocolo al Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares¹⁰⁹. Actualmente, el Sistema Internacional de Vigilancia cuenta con laboratorios y estaciones de monitoreo que operan de manera efectiva en 89 Estados¹¹⁰.

112. Así también se ha aplicado provisionalmente el Protocolo al Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares¹¹¹, cuyo artículo 4, párr. 1, dispone:

De conformidad con los acuerdos o arreglos y procedimientos del caso, un Estado Parte u otro Estado que acoja instalaciones del Sistema Internacional de Vigilancia o que de otro modo sea responsable de ellas y la Secretaría Técnica se pondrán de acuerdo y cooperarán para establecer, hacer funcionar, mejorar, financiar y mantener las instalaciones de vigilancia, los laboratorios homologados conexos y los medios de comunicación correspondientes emplazados en las zonas sometidas a su jurisdicción o control o en cualquier otro lugar de conformidad con el derecho internacional.

113. Como es evidente, el establecimiento y la operación provisional de la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares ha demostrado, durante casi dos décadas, la utilidad de esta figura en la implementación de un sistema internacional de verificación en materia de ensayos nucleares, con plenos efectos jurídicos. Además, no se prevé que en el futuro próximo se obtengan las ratificaciones necesarias de conformidad con el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares y su anexo 2, para que este instrumento entre en vigor.

114. En ese sentido, pareciera que los acuerdos provisionales que han sido citados, así como la operación provisional de la Comisión Preparatoria, se extenderán de manera indefinida en el tiempo, lo cual subraya el valor

¹⁰⁶ CTBT/MSS/RES/1, 19 de noviembre de 1996.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 4, párr. 13.

¹⁰⁸ *Ibid.*, págs. 7 a 12.

¹⁰⁹ Por ejemplo con Australia, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2123, núm. 36987, pág. 41; Islas Cook, *ibid.*, núm. 1235, pág. 111; Finlandia, *ibid.*, núm. 36986, pág. 27; Jordania, *ibid.*, núm. 36988, pág. 59; Kenya, *ibid.*, núm. 36989, pág. 75; y Sudáfrica, *ibid.*, núm. 36990, pág. 93.

¹¹⁰ Véase www.ctbto.org/verification-regime/background/overview-of-the-verification-regime/.

¹¹¹ Véase Michie, «The provisional application of arms control treaties», pág. 369.

de la aplicación provisional del Tratado, más allá de su función puramente preparatoria¹¹².

115. Vale la pena, finalmente, detenerse en un caso de aplicación provisional de un conjunto de enmiendas al Convenio Constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por Satélite (INMAR-SAT) y a su acuerdo de operación¹¹³. Ninguno de los dos instrumentos previó la aplicación provisional. Tampoco se dijo nada al respecto cuando se acordaron enmiendas a ambos tratados. La cuestión que tuvieron ante sí los Estados negociadores era la de saber, entre otras cosas, *a)* si en ausencia de una disposición expresa en el tratado, la asamblea de las partes gozaba de la autoridad para decidir acerca de la aplicación provisional de las enmiendas; *b)* si una decisión adoptada por consenso sería suficiente y que ocurriría si una de las partes se opusiera; *c)* en su caso, cuántos votos se requerirían y qué derechos se reconocerían a la parte o las partes disidentes.

116. Para guiar el criterio de los Estados negociadores se recurrió a algunos precedentes que demuestran que el órgano supremo de la organización tomó la decisión de aplicar provisionalmente las enmiendas, sin contar para ello con una disposición expresa en el instrumento constitutivo correspondiente. Ejemplos en este sentido incluyen el Congreso General de la UPU, el Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Conferencia Interamericana, y de manera especial, la práctica de la UIT¹¹⁴.

117. A final de cuentas, de lo que se trataba era de acreditar que se satisfacía el requisito del artículo 25, párr. 1, apdo. *b*, de las Convenciones de Viena para comprobar que se había convenido a la aplicación provisional «de otro modo».

118. Un ejemplo más de los motivos que pueden inclinar la balanza en favor de la aplicación provisional, es el de la enmienda adoptada en 2011 por la Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. El Grupo de Trabajo Especial sobre los nuevos compromisos de las Partes del anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto, al analizar la interrupción en la operación del Mecanismo para un Desarrollo Limpio que podría producirse por motivos relacionados con la entrada en vigor de las enmiendas al Protocolo de Kyoto, recomendó que estas pudiesen aplicarse provisionalmente¹¹⁵. Esta recomendación fue endosada por la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, la cual en su informe sobre su octavo período de sesiones (2012), decidió que «las Partes pueden aplicar provisionalmente la enmienda en espera de su entrada en vigor de conformidad con los artículos 20 y 21 del Protocolo de Kyoto, y [...] que las Partes deberán notificar esa aplicación provisional al Depositario»¹¹⁶.

¹¹² *Ibíd.*, pág. 370.

¹¹³ Sagar, «Provisional Application in an International Organization».

¹¹⁴ *Ibíd.*, págs. 104 a 106.

¹¹⁵ FCCC/KP/AWG/2010/10, Consideraciones jurídicas relativas a una posible interrupción entre el primer período de compromiso y el segundo, 20 de julio de 2010, párr. 18.

¹¹⁶ FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, Informe de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto sobre su octavo período de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012, 28 de febrero de 2013, párr. 5.

119. En el segundo informe, el Relator Especial ya abordó la cuestión de la aplicación provisional por parte de la República Árabe Siria de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción¹¹⁷.

120. Pero vale la pena referirse de nuevo a este caso. Una vez que la República Árabe Siria presentó su declaración unilateral de aplicación provisional de la citada Convención, el Director General de la OPAQ respondió de manera neutral, al comunicar a ese Estado que su «solicitud» de aplicación provisional sería comunicada a los Estados partes. Aun cuando la Convención no se refiere a la aplicación provisional y esta posibilidad no fue objeto de deliberación durante las negociaciones, ni los Estados partes, ni la organización se opusieron a que la República Árabe Siria aplicase provisionalmente la Convención, de conformidad con lo expresado en su declaración unilateral¹¹⁸. En este caso, resulta pertinente notar la interlocución entre los Estados y esa organización, por conducto de su Director General, pues demuestra que «[a]unque el Director General de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas no es el depositario de la Convención, la Organización, siendo el órgano encargado de su implementación, tenía un papel que desempeñar»¹¹⁹ en la definición de los efectos jurídicos de la aplicación provisional. Además, «la conducta de las organizaciones internacionales puede servir como catalizador de la práctica de los Estados»¹²⁰.

121. En conclusión, como señaló la Asociación de Derecho Internacional en su informe final de la Conferencia de Berlín sobre derecho del control de armas y desarme (2004) en relación al Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, «[l]a aplicación provisional, como mecanismo de fomento de la confianza, refuerza la legalidad del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, alienta las ratificaciones, y disuade a los Estados de llevar a cabo ensayos nucleares en el futuro»¹²¹.

E. Aplicación provisional de tratados en los que organizaciones internacionales son parte

122. Otro tema que merece ser analizado en el contexto de este informe se refiere a los tratados en los que organizaciones internacionales son parte y son aplicados de manera provisional. Ya se ha mencionado que la Convención de Viena de 1986 no está en vigor; sin embargo, sus reglas despliegan todos sus efectos jurídicos, en virtud de que reflejan normas de derecho internacional consuetudinario¹²².

¹¹⁷ *Anuario...* 2014, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, párrs. 66 a 68.

¹¹⁸ Véase Jacobsson, «Syria and the Issue of Chemical Weapons», págs. 137 a 141.

¹¹⁹ *Ibíd.*, pág. 138.

¹²⁰ Documento A/CN.4/682 (reproducido en el presente volumen), párr. 75.

¹²¹ Asociación de Derecho Internacional, Conferencia de Berlín (2004), *Arms Control and Disarmament Law*, pág. 6, párr. 8.

¹²² Michie, «The role of provisionally applied treaties in international organisations», nota 14, pág. 42. Para un mayor análisis, véase Michie, *The Provisional Application of Treaties with Special Reference to Arms Control, Disarmament and Non-Proliferation Instruments*, págs. 86 a 111.

123. En este sentido,

generalmente la práctica de las organizaciones internacionales en relación con la conducta internacional de la organización o las organizaciones internacionales puede, como tal, servir como práctica pertinente a los efectos de la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario¹²³.

124. Tomando lo anterior en consideración, a continuación se muestran algunos casos pertinentes para la identificación de la práctica de las organizaciones internacionales.

125. Ejemplos de tratados aplicados provisionalmente que se refieren al establecimiento de sedes de organizaciones internacionales, incluyen:

a) el Acuerdo de sede para el establecimiento del OIEA, firmado entre Austria y el Organismo, que entró en vigor el 1 de marzo de 1958, pero fue aplicado provisionalmente desde el 1 de enero de ese mismo año¹²⁴;

b) el Acuerdo de sede suscrito entre España y la OMT, el cual se aplicó provisionalmente desde el 1 de enero de 1976 y entró en vigor el 2 de junio de 1977¹²⁵;

c) el Acuerdo de sede suscrito entre Alemania y las Naciones Unidas para el establecimiento de oficinas de esta última en Bonn, el cual entró en vigor provisionalmente el mismo día que se adoptó¹²⁶; y

d) el Acuerdo de sede firmado entre las Naciones Unidas y los Países Bajos para el establecimiento del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el cual estipula, en su artículo XXIX, párr. 4, su aplicación provisional a partir del momento de su firma¹²⁷.

126. También existen ejemplos de tratados suscritos entre organizaciones internacionales que han sido aplicados de manera provisional. Por ejemplo:

a) el Acuerdo sobre la relación entre las Naciones Unidas y la OPAQ¹²⁸, el cual estableció un

¹²³ Documento A/CN.4/682 (reproducido en el presente volumen), párr. 76.

¹²⁴ Acuerdo entre la República de Austria y el Organismo Internacional de Energía Atómica relativo a la Sede del Organismo Internacional de Energía Atómica (Viena, 11 de diciembre de 1957), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 339, núm. 4849, pág. 110, en esp. nota 1.

¹²⁵ Convenio entre España y la Organización Mundial del Turismo, relativo al Estatuto Jurídico de dicha Organización en España (Madrid, 10 de noviembre de 1975), *ibíd.*, vol. 1047, núm. 15762, pág. 69, en esp. nota 1.

¹²⁶ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el establecimiento y uso de oficinas de las Naciones Unidas en Bonn (Nueva York, 13 de febrero de 1996), *ibíd.*, vol. 1911, núm. 32554, pág. 187, en esp. nota 1.

¹²⁷ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Reino de los Países Bajos relativo a la Sede del 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 (Nueva York, 29 de julio de 1994), *ibíd.*, vol. 1792, núm. 31119, pág. 351.

¹²⁸ Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (Nueva York, 17 de octubre de 2000), resolución 55/283 de la Asamblea General de 7 de septiembre de 2001, anexo.

régimen de aplicación provisional a partir del momento de la firma en el artículo XVI, párr. 2;

b) el Acuerdo entre la OMPI y la Organización de la Conferencia Islámica, aplicado provisionalmente desde su suscripción el 3 de noviembre de 1992¹²⁹;

c) el Acuerdo relativo a la relación entre las Naciones Unidas y la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, también aplicado provisionalmente desde el día de su firma el 14 de marzo de 1997¹³⁰; y

d) el Acuerdo entre la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares y la OMM, que prevé la aplicación provisional en su artículo XIII, párr. 2¹³¹.

127. Asimismo, existen ejemplos de acuerdos, realizados mediante canje de notas entre Estados y organizaciones internacionales, cuya aplicación no solo es provisional, sino que contempla efectos retroactivos. Tal fue el caso entre Chipre y las Naciones Unidas respecto de la operación de mantenimiento de la paz en ese país¹³². Otros ejemplos son los acuerdos celebrados entre la OIT y Etiopía¹³³ y la Federación de Rusia¹³⁴, respectivamente.

128. La flexibilidad que revelan estos casos es resultado de la necesidad de instrumentar ciertas disposiciones del tratado en cuestión a fin de poder operar en la práctica dentro de un marco jurídico específico. Son muestra también de que existe un reconocimiento sobre los efectos jurídicos de los tratados aplicados provisionalmente, tanto por Estados como por organizaciones internacionales.

129. Como corolario de lo anterior podemos mencionar que un cuestionario elaborado por Quast Mertsch sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional, que fue circulado entre Estados y asesores legales de organizaciones internacionales en el período 2007-2008, arroja que 12 de 18 Estados y 5 de 7 asesores legales de organismos internacionales encuestados respondieron en el sentido de que los tratados aplicados provisionalmente son jurídicamente vinculantes¹³⁵.

¹²⁹ Acuerdo entre la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización de la Conferencia Islámica, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1727, núm. 1079, pág. 251, en esp. nota 1.

¹³⁰ *Ibíd.*, vol. 1967, núm. 1165, pág. 255, en esp. nota 1.

¹³¹ Acuerdo entre la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares y la Organización Meteorológica Mundial, CTBT/LEG.AGR/39, 2 de febrero de 2011.

¹³² Canje de cartas que constituyen un acuerdo sobre el estatuto de la Fuerza de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz en Chipre (Nueva York, 31 de marzo de 1964), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 492, núm. 7187, pág. 57, aprobado provisionalmente el 31 de marzo de 1964, con efecto retroactivo al 14 de marzo de 1964.

¹³³ Acuerdo entre el Gobierno de la República Democrática Federal de Etiopía y la Organización Internacional del Trabajo sobre la oficina de la organización en Addis Abeba (Addis Abeba, 8 de septiembre de 1997), *ibíd.*, vol. 2157, núm. 37726, pág. 255, aprobado provisionalmente el 8 de septiembre de 1997 y en forma definitiva el 4 de junio de 2001, con arreglo al artículo 10.

¹³⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la Federación de Rusia y la Organización Internacional del Trabajo sobre la oficina de la organización en Moscú (Moscú 5 de septiembre de 1997), *ibíd.*, vol. 2058, núm. 35602, pág. 29, aprobado provisionalmente el 5 de septiembre de 1997 por firma y en forma definitiva el 24 de septiembre de 1998 por notificación, con arreglo al artículo 15.

¹³⁵ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...*, pág. 171.

CAPÍTULO IV

Propuestas preliminares de directrices sobre la aplicación provisional

130. Desde la presentación de su primer informe, el Relator Especial planteó la idea de elaborar «directrices» que fuesen de utilidad para los Estados y las organizaciones internacionales cuando decidiesen recurrir a la aplicación provisional de los tratados¹³⁶.

131. En ese sentido, y tras el análisis presentado en el primer y el segundo informes, el Relator Especial presenta a continuación una serie inicial de proyectos de directrices relativas a la aplicación provisional de los tratados. El debate en el seno de la Comisión y las opiniones de los Estados Miembros en la Sexta Comisión constituirán valiosos elementos de juicio para la eventual consideración de estos proyectos de directrices por parte del Comité de Redacción en los siguientes períodos de sesiones de la Comisión.

«Proyecto de directriz 1

Los Estados y las organizaciones internacionales podrán aplicar provisionalmente un tratado, o partes de él, cuando así lo disponga el tratado o bien, cuando hayan convenido en ello de otro modo, en la medida en que el derecho interno de los Estados o las reglas de las organizaciones internacionales no lo prohíban.

Proyecto de directriz 2

El acuerdo para la aplicación provisional de un tratado, o de partes de él, podrá derivarse de los términos del tratado, o podrá establecerse mediante un acuerdo separado, o mediante otras formas como la resolución de una conferencia internacional, o de cualquier otro modo en que hayan convenido los Estados o las organizaciones internacionales.

¹³⁶ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664, párr. 54.

Proyecto de directriz 3

La aplicación provisional de un tratado podrá iniciar en el momento de su firma, ratificación, adhesión o aceptación, o en cualquier otro momento en que hayan convenido los Estados o las organizaciones internacionales, en atención a los términos que el tratado disponga o a los términos en que los Estados negociadores o las organizaciones internacionales negociadoras hayan convenido.

Proyecto de directriz 4

La aplicación provisional de un tratado tiene efectos jurídicos.

Proyecto de directriz 5

Las obligaciones que se deriven de la aplicación provisional de un tratado, o de partes de él, persisten hasta tanto: *a)* el tratado entre en vigor; o *b)* la aplicación provisional se dé por terminada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, según el caso.

Proyecto de directriz 6

La violación de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado, o de partes de él, genera la responsabilidad internacional del Estado o de la organización internacional.»

CAPÍTULO V

Conclusión

132. El Relator Especial estima que con este informe se ha atendido la solicitud de estudiar la aplicación provisional en relación con la práctica de las organizaciones internacionales, por lo que no considera necesario volver sobre esta cuestión en informes futuros.

133. Ha quedado claro que la interpretación que debe hacerse del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y de la Convención de Viena de 1986 es prácticamente la misma, en particular por lo que se refiere a los efectos jurídicos que tiene esta figura.

134. Por otro lado, se ofrecen ejemplos pertinentes de la práctica que demuestra que la aplicación provisional es frecuentemente recurrida tanto por los Estados, como por las organizaciones internacionales.

135. En cuanto a la relación del artículo 25 con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, el

Relator Especial ha presentado un primer estudio sobre el tema, analizando de manera particular los artículos 11, 18, 24, 26 y 27.

136. Finalmente, el Relator Especial queda atento a las reacciones y comentarios que tanto la Comisión como los Estados Miembros formulen al presente informe para identificar la ruta crítica que deba seguirse. El Relator Especial desearía contar con más informes sobre la práctica de los Estados y agradece de antemano su elaboración y envío a la Comisión.

137. En cuanto a la labor futura, el Relator Especial propone a la Comisión abordar las siguientes cuestiones: *a)* continuar con el análisis de la relación que guarda la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, tales como el régimen de las reservas; *b)* abordar la cuestión de la relación entre la aplicación provisional y la sucesión de Estados en materia

de tratados; *c*) examinar la cuestión de la práctica de los depositarios de los tratados multilaterales; y *d*) estudiar los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional respecto de tratados que otorgan derechos individuales.

138. Adicionalmente, el Relator Especial continuará con la formulación de proyectos de directrices que complementen las que se presentan en este informe.

ANEXO

[Original: español/inglés]

Aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales

<i>Nombre del tratado</i>	<i>Artículo</i>	<i>Texto correspondiente</i>	<i>¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?</i>	<i>Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional</i>
Convenio Internacional del Cacao de 1972	Art. 66	<p>1) Todo gobierno signatario que haga una notificación conforme al párrafo 1) del artículo 65 podrá también indicar en su notificación, o en cualquier momento posteriormente, que aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 67, bien, si el presente Convenio ya está en vigor, en la fecha que se especifique. La indicación de un gobierno signatario de que aplicará el presente Convenio cuando entre en vigor conforme al artículo 67 surtirá, en cuanto a la entrada en vigor provisional del presente Convenio, los mismos efectos que un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Todo gobierno que haga tal indicación declarará en ese momento si ingresa en la Organización como miembro exportador o como miembro importador;</p> <p>2) Cuando el presente Convenio esté en vigor, con carácter provisional o definitivo, todo gobierno que haga una notificación conforme al párrafo 2) del artículo 65 podrá también indicar en su notificación, o en cualquier momento posteriormente, que aplicará el presente Convenio con carácter provisional en la fecha que se especifique. Todo gobierno que haga tal indicación declarará en ese momento si ingresa en la Organización como miembro exportador o como miembro importador;</p> <p>3) Todo gobierno que haya indicado conforme a los párrafos 1) o 2) que aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor, bien en la fecha que se especifique, será desde ese momento miembro provisional de la Organización hasta que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o hasta que haya expirado el plazo señalado en la notificación que haya hecho conforme al artículo 65, si esta expiración es anterior a aquel depósito. No obstante, el Consejo, si comprueba que el gobierno interesado no ha depositado tal instrumento a causa de las dificultades surgidas al seguir su procedimiento constitucional, podrá prorrogar por el plazo ulterior que se especifique la condición de miembro provisional de ese gobierno.</p>	Sí (véase el artículo 4)	Comunidad Económica Europea
Convenio Internacional del Cacao, 1975	Art. 68	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al Secretario General de las Naciones Unidas que aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 69, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique. Todo gobierno que haga tal notificación declarará en ese momento si será miembro exportador o miembro importador.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 que aplicará el presente Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien en la fecha que se especifique, será desde ese momento miembro provisional. Continuará siendo miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.</p>	Sí (véase el artículo 4)	Comunidad Económica Europea
Convenio Internacional del Cacao, 1980	Art. 65	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 66, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique. Todo gobierno que haga tal notificación declarará en ese momento si será miembro exportador o miembro importador.</p>	Sí (véase el artículo 4)	Comunidad Económica Europea

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Convenio Internacional del Cacao, 1986	Art. 69	<p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará el presente Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien en la fecha que se especifique, será desde ese momento miembro provisional. Continuará siendo miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.</p> <p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que, de conformidad con sus procedimientos constitucionales, aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 70, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique. Todo gobierno que haga tal notificación declarará en ese momento si será miembro exportador o miembro importador.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará el presente Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien en la fecha que se especifique, será desde ese momento miembro provisional. Continuará siendo miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.</p>	Sí (véase el artículo 4)	Comunidad Económica Europea
Convenio Internacional del Cacao, 1993	Art. 55	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que, de conformidad con sus procedimientos constitucionales o su legislación interna, aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 56, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique. Todo gobierno que haga tal notificación declarará en ese momento si será Miembro exportador o Miembro importador.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará el presente Convenio bien cuando este entre en vigor, bien en la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional. Continuará siendo Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.</p>	Sí (véase el artículo 4)	Comunidad Europea
Convenio Internacional del Cacao, 2001	Art. 57	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o todo gobierno que se proponga adherirse al mismo, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que, de conformidad con sus procedimientos constitucionales o su legislación interna, aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 58, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique. Todo gobierno que haga tal notificación declarará en ese momento si será Miembro exportador o Miembro importador.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará el presente Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional. Continuará siendo Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.</p>	Sí (véase el artículo 4)	—

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Convenio Internacional del Cacao, 2010	Art. 56	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o todo gobierno que se proponga adherirse a este, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en cualquier momento notificar al Depositario que, de conformidad con sus procedimientos constitucionales o su legislación interna, aplicará el presente Convenio con carácter provisional cuando entre en vigor conforme al artículo 57 o, si ya está vigente, en la fecha que se especifique. Todo gobierno que haga tal notificación informará al Secretario General de su condición de Miembro exportador o Miembro importador en el momento de presentar dicha notificación o tan pronto como sea posible a partir de ese momento.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará el presente Convenio cuando entre en vigor o en la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional. Continuará siendo Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.</p>	Sí (véase el artículo 4, párrs. 5 y 6)	Unión Europea
Convenio Internacional del Aceite de Oliva y las Aceitunas de Mesa, 1986	Art. 54	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 55, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 del presente artículo que aplicará el presente Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y se convierta así en Miembro.</p>	Sí (véase el artículo 5)	—
Protocolo de 1993 por el que se reconduce el Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa, 1986, con Enmiendas al Convenio	Art. 54	El antiguo artículo 54 pasa a ser artículo 55. En el párrafo 1, en la penúltima línea, sustituir «artículo 55» por «artículo 56».	Sí (véase el artículo 5)	—
Convenio Internacional de Cereales, 1995	Art. 26	Todo Gobierno signatario y cualquier otro Gobierno con derecho a firmar el presente Convenio, o cuya solicitud de adhesión haya aprobado el Consejo, podrá depositar ante el depositario una declaración de aplicación provisional. Todo Gobierno que deposite tal declaración aplicará provisionalmente el presente Convenio de conformidad con sus leyes y reglamento, y será considerado, provisionalmente, como parte en el mismo.	Sí (véase el artículo 2, párr. 2)	Comunidad Europea
Convenio sobre el Comercio del Trigo, 1986	Art. 26	Todo Gobierno signatario y cualquier otro Gobierno que pueda firmar el presente Convenio, o cuya solicitud de adhesión haya aprobado el Consejo, podrá depositar en poder del depositario una declaración de aplicación provisional. Todo Gobierno que deposite tal declaración, aplicará provisionalmente el presente Convenio y será considerado, provisionalmente, como parte en el mismo.	Sí (véase el artículo 2, párr. 2)	Comunidad Económica Europea
Convenio sobre la Ayuda Alimentaria, 1986	Art. XIX	Todo Gobierno signatario podrá depositar en poder del depositario una declaración de aplicación provisional del presente Convenio. Todo Gobierno que así lo haga aplicará provisionalmente el presente Convenio y se le considerará provisionalmente parte en el mismo.	Sí (véase el artículo II, párr. 2)	Comunidad Económica Europea

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1995	Art. XIX	Todo Gobierno signatario podrá depositar en poder del depositario una declaración de aplicación provisional del presente Convenio. Todo Gobierno que así lo haga aplicará provisionalmente el presente Convenio de acuerdo con sus leyes y reglamentaciones, y se le considerará provisionalmente parte en el mismo.	Sí (véase el artículo II, párr. 2)	Comunidad Económica Europea
	Declaración de la Comunidad Europea formulada en ocasión de la aplicación provisional	La República de Austria, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, habiéndose convertido en Estados miembros de la Comunidad Europea el 1 de enero de 1995, ya no serán partes a título individual en este Convenio, sino que serán partes en el Convenio en cuanto miembros de la Comunidad Europea. Por lo tanto, la Comunidad Europea también se compromete a ejercer los derechos y cumplir las obligaciones establecidos en este Convenio para esos tres países tan pronto como el Convenio comience a aplicarse provisionalmente.		
Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1999	Art. XXII, apdo. c	Todo Gobierno signatario podrá depositar en poder del depositario una declaración de aplicación provisional del presente Convenio. Todo Gobierno que así lo haga aplicará provisionalmente el presente Convenio de acuerdo con sus leyes y reglamentaciones, y se le considerará provisionalmente parte [en] el mismo.	Sí (véase el artículo II, apdo. b)	Comunidad Europea
Sexto Convenio Internacional del Estaño	Art. 53	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión conforme a lo dispuesto en el artículo 54, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que, dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales y/o legislativos, aplicará el presente Convenio con carácter provisional cuando este entre en vigor conforme al artículo 55 o, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique.</p> <p>2. Cualquiera de los gobiernos a que se hace referencia en el párrafo 1 de este artículo que notifique al depositario que, como consecuencia de la aplicación del presente Convenio dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales y/o legislativos, no podrá pagar sus contribuciones a la Cuenta de la Reserva de Estabilización, no ejercerá sus derechos de voto en las cuestiones relativas a las disposiciones de los capítulos X a XV, ambos inclusive, del presente Convenio. No obstante, ese gobierno deberá cumplir todas las obligaciones financieras que le incumban en relación con la Cuenta Administrativa. La participación provisional de un gobierno que haga la notificación mencionada en este párrafo no durará más de 12 meses a partir de la entrada en vigor provisional del presente Convenio, a menos que el Consejo decida otra cosa.</p>	Sí (véase el artículo 56)	Comunidad Económica Europea
Convenio Internacional del Café de 1968, y Protocolo para mantener en vigor el Convenio Internacional del Café de 1968 Prorrogado	Art. 62, párr. 2	El Convenio podrá entrar en vigor provisionalmente el 1 de octubre de 1968. A tal fin, la notificación de un gobierno signatario, o de cualquier otra Parte Contratante del Convenio Internacional del Café de 1962, de que se compromete a aplicar el Convenio provisionalmente y a gestionar la aprobación, ratificación o aceptación con arreglo a sus procedimientos constitucionales a la mayor brevedad posible, que sea recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas a más tardar el 30 de septiembre de 1968, se considerará que tiene los mismos efectos que un instrumento de aprobación, ratificación o aceptación. A todo gobierno que se comprometa a aplicar provisionalmente el Convenio se le permitirá depositar un instrumento de aprobación, ratificación o aceptación, y será considerado provisionalmente parte [en] él hasta que deposite su instrumento de aprobación, ratificación o aceptación, o hasta el 31 de diciembre de 1968 inclusive, si esta última fecha fuere anterior a la del depósito.	No	—

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Convenio Internacional del Café de 1976	Art. 61, párr. 2	Este Convenio puede entrar en vigor provisionalmente el 1 de octubre de 1976. A este propósito, la notificación de un gobierno signatario o de cualquier otra Parte Contratante del Convenio Internacional del Café de 1968 prorrogado mediante Protocolo, que haya sido recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas el 30 de septiembre de 1976 a más tardar y en la que se contraiga el compromiso de aplicar provisionalmente este Convenio y gestionar la ratificación, aceptación o aprobación con arreglo a sus procedimientos constitucionales lo más pronto posible, surtirá el mismo efecto que un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Todo gobierno que se haya comprometido a aplicar este Convenio provisionalmente mientras no deposite un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, será considerado como Parte provisional del mismo hasta que deposite ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, o hasta el 31 de diciembre de 1976 inclusive, si a esa fecha no hubiere efectuado tal depósito. El Consejo podrá prorrogar el plazo en que puede depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación un gobierno que esté aplicando provisionalmente este Convenio.	Sí (véase el artículo 4, párr. 3)	Comunidad Económica Europea
Convenio Internacional del Café, 1983, y primera, segunda, tercera y cuarta prórrogas al Convenio	Art. 61, párr. 2	Este Convenio puede entrar en vigor provisionalmente el 1 de octubre de 1983. A este propósito, la notificación de un gobierno signatario o de cualquier otra Parte Contratante del Convenio Internacional del Café de 1976 prorrogado, que haya sido recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas el 30 de septiembre de 1983 a más tardar y en la que se contraiga el compromiso de aplicar provisionalmente este Convenio y gestionar la ratificación, aceptación o aprobación con arreglo a sus procedimientos constitucionales lo más pronto posible, surtirá el mismo efecto que un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Todo gobierno que se haya comprometido a aplicar este Convenio provisionalmente mientras no deposite un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, será considerado como Parte provisional del mismo hasta que deposite ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, o hasta el 31 de diciembre de 1983 inclusive, si a esa fecha no hubiere efectuado tal depósito. El Consejo podrá prorrogar el plazo en que puede depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación un gobierno que esté aplicando provisionalmente este Convenio.	Sí (véase el artículo 4, párr. 3)	Comunidad Económica Europea (primera prórroga solamente)
Convenio Internacional del Café, 1994, prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2001, con las modificaciones introducidas por la resolución núm. 384 aprobada por el Consejo Internacional del Café en Londres el 21 de julio de 1999	Art. 40, párr. 2	Este Convenio puede entrar en vigor provisionalmente el 1 de octubre de 1994. A este propósito, la notificación de un Gobierno signatario o de cualquier otra parte contratante del Convenio Internacional del Café de 1983 prorrogado, que haya sido recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas el 26 de septiembre de 1994, a más tardar, y en la que se contraiga el compromiso de aplicar provisionalmente, de conformidad con su legislación, este Convenio y gestionar la ratificación, aceptación o aprobación con arreglo a sus procedimientos constitucionales lo más pronto posible, surtirá el mismo efecto que un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Todo Gobierno que se haya comprometido a aplicar este Convenio provisionalmente, de conformidad con su legislación, mientras no deposite un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, será considerado como parte provisional del mismo hasta que deposite ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, o hasta el 31 de diciembre de 1994, inclusive, si a esa fecha no hubiere efectuado tal depósito. El Consejo podrá prorrogar el plazo en que puede depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación un Gobierno que esté aplicando provisionalmente este Convenio.	Sí (véase el artículo 4, párr. 3)	—

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Convenio Internacional del Café de 2001	Art. 45, párr. 2	Este Convenio puede entrar en vigor provisionalmente el 1 de octubre de 2001. A este propósito, la notificación de un Gobierno signatario o de cualquier otra Parte Contratante del Convenio Internacional del Café de 1994 prorrogado, que haya sido recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2001 a más tardar y en la que se contraiga el compromiso de aplicar provisionalmente, de conformidad con su legislación, este nuevo Convenio y gestionar la ratificación, aceptación o aprobación con arreglo a sus procedimientos constitucionales lo más pronto posible, surtirá el mismo efecto que un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Todo Gobierno que se haya comprometido a aplicar este Convenio provisionalmente de conformidad con su legislación mientras no deposite un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, será considerado como Parte provisional del mismo hasta que deposite ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, o hasta el 30 de junio de 2002 inclusive, si a esa fecha no hubiere efectuado tal depósito. El Consejo podrá prorrogar el plazo en que puede depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación un Gobierno que esté aplicando provisionalmente este Convenio.	Sí (véase el artículo 4, párr. 3)	—
Convenio Internacional del Azúcar de 1968	Art. 62	<p>1) Todo gobierno que haga una notificación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61 podrá asimismo indicar en su notificación, o en cualquier momento posterior, que aplicará provisionalmente el Convenio.</p> <p>2) Durante todo período en que esté en vigor el Convenio, ya sea con carácter provisional o definitivo, y antes del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o del retiro de su indicación, todo gobierno que haya indicado que aplicará provisionalmente el Convenio tendrá la calidad de miembro provisional del Convenio hasta la expiración del plazo señalado en la notificación hecha de conformidad con el artículo 61. Si, no obstante, el Consejo comprueba que el gobierno de que se trate no ha depositado el instrumento pertinente debido a dificultades para satisfacer sus procedimientos constitucionales, el Consejo podrá prorrogar hasta una fecha ulterior especificada la calidad de miembro provisional de ese gobierno.</p> <p>3) Hasta el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio, o de su adhesión al mismo, todo miembro provisional del Convenio será considerado como Parte Contratante en el Convenio.</p>	Sí (véase el artículo 2, párr. 26)	—
Convenio Internacional del Azúcar, 1973, y primera y segunda prórrogas de dicho Convenio	Art. 35	<p>1. Todo gobierno que haga una notificación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34 podrá asimismo indicar en esa notificación, o en cualquier momento posterior, que aplicará provisionalmente el Convenio.</p> <p>2. Durante todo período en que esté en vigor el Convenio, ya sea con carácter provisional o definitivo, todo gobierno que haya indicado que aplicará provisionalmente el Convenio tendrá la calidad de Miembro provisional del Convenio hasta que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y pase así a ser Parte Contratante en el Convenio, o, de ocurrir antes, hasta que expire el plazo para el depósito de su instrumento conforme a lo dispuesto en el artículo 34.</p>	Sí (véase el artículo 2, párr. 11)	—
Convenio Internacional del Azúcar, 1977, prorrogado	Art. 74	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar este Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al Secretario General de las Naciones Unidas que aplicará este Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 75, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará este Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y se convierta así en Miembro.</p>	Sí (véase el artículo 2, párr. 23)	—

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Convenio Internacional del Azúcar, 1984	Art. 37	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar este Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podría en todo momento notificar al depositario que aplicará este Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 38, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará este Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y se convierta así en Miembro.</p>	Sí (véase el artículo 5)	–
Convenio Internacional del Azúcar, 1987	Art. 38	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar este Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará este Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 39, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 del presente artículo que aplicará este Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y se convierta así en Miembro.</p>	Sí (véase el artículo 5)	–
Convenio Internacional del Azúcar, 1992	Art. 39	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando entre en vigor conforme al artículo 40, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará el presente Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien, si está ya en vigor, en la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y se convierta así en Miembro.</p>	Sí (véase el artículo 5)	–
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1979	Art. 60	<p>1. Todo Gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo Gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará plenamente el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando el Convenio entre en vigor conforme al artículo 61, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique.</p> <p>2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, todo Gobierno podrá indicar en su notificación de aplicación provisional que sólo aplicará el presente Convenio dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales y/o legislativos. No obstante, ese Gobierno deberá cumplir todas las obligaciones financieras que le incumban en relación con la Cuenta Administrativa. La participación provisional de todo Gobierno que haga la mencionada notificación no durará más de 12 meses contados a partir de la entrada en vigor provisional del presente Convenio. En caso de que, dentro de ese período de 12 meses, sea necesario solicitar nuevos fondos para la Cuenta de la Reserva de Estabilización, el Consejo decidirá cuál es la situación de los Gobiernos que en virtud del presente párrafo apliquen provisionalmente el Convenio.</p>	Sí (véase el artículo 5)	Comunidad Económica Europea

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1987	Art. 59	<p>1. Todo Gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo Gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará plenamente el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando el Convenio entre en vigor conforme al artículo 60, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique.</p> <p>2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, todo Gobierno podrá indicar en su notificación de aplicación provisional que solo aplicará el presente Convenio dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales o legislativos, o ambos. No obstante, ese Gobierno deberá cumplir todas las obligaciones financieras que le incumban en relación con la Cuenta Administrativa. La participación provisional de todo Gobierno que haga la mencionada notificación no durará más de doce meses contados a partir de la entrada en vigor provisional del presente Convenio. En caso de que, dentro de ese período de doce meses, sea necesario solicitar nuevos fondos para la Cuenta de la Reserva de Estabilización, el Consejo decidirá cuál es la situación de los Gobiernos que en virtud del presente párrafo apliquen provisionalmente el Convenio.</p>	Sí (véase el artículo 5)	Comunidad Económica Europea
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1994	Art. 60	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará plenamente el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando el Convenio entre en vigor conforme al artículo 61, bien si ya está en vigor, en la fecha en que se especifique.</p> <p>2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, todo gobierno podrá indicar en su notificación de aplicación provisional que solo aplicará el presente Convenio dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales y/o legislativos y sus leyes y reglamentos internos. No obstante, ese gobierno deberá cumplir todas las obligaciones que le incumben en relación con el presente Convenio. La participación provisional de todo gobierno que haga la mencionada notificación no durará más de 12 meses contados a partir de la entrada en vigor provisional del presente Convenio, a menos que el Consejo decida otra cosa de conformidad con el párrafo 2 del artículo 59.</p>	Sí (véase el artículo 5)	Comunidad Europea
Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 1983	Art. 36	<p>Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará el presente Convenio provisionalmente, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 37, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique.</p>	Sí (véase el artículo 5)	Comunidad Económica Europea
Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 1994	Art. 40	<p>Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará el presente Convenio provisionalmente, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 41, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique.</p>	Sí (véase el artículo 5)	Comunidad Europea
Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 2006	Art. 38	<p>Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno respecto del cual el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que aplicará el presente Convenio provisionalmente, de conformidad con sus leyes y reglamentos, cuando este entre en vigor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 o, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique.</p>	Sí (véase el artículo 5)	Comunidad Europea

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Convenio Internacional del Yute y los Productos del Yute, 1982	Art. 39	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá, en todo momento, notificar al depositario que aplicará el presente Convenio provisionalmente bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 40, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique. En el momento en que presente su notificación de aplicación provisional, cada gobierno declarará si es miembro exportador o miembro importador.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado, conforme al párrafo 1 de este artículo, que aplicará el presente Convenio bien cuando este entre en vigor, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique, será desde ese momento miembro provisional de la Organización hasta que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y pase a ser miembro.</p>	Sí (véase el artículo 5)	Comunidad Económica Europea
Convenio Internacional del Yute y los productos del Yute, 1989	Art. 39	<p>1. Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio, o todo gobierno para el que el Consejo haya establecido condiciones de adhesión pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá, en todo momento, notificar al depositario que aplicará el presente Convenio provisionalmente bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 40, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique. En el momento en que presente su notificación de aplicación provisional, cada gobierno declarará si es miembro exportador o miembro importador.</p> <p>2. Todo gobierno que haya notificado, conforme al párrafo 1 de este artículo, que aplicará el presente Convenio bien cuando este entre en vigor, bien, si ya está en vigor, en la fecha que se especifique, será desde ese momento miembro provisional de la Organización hasta que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y pase así a ser miembro.</p>	Sí (véase el artículo 5)	Comunidad Económica Europea
Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982	Art. 7, párr. 1	<p>Si este Acuerdo no ha entrado en vigor el 16 de noviembre de 1994, será aplicado provisionalmente hasta su entrada en vigor por:</p> <p>a) Los Estados que hayan consentido en su adopción en la Asamblea General de las Naciones Unidas, salvo aquellos que antes del 16 de noviembre de 1994 notifiquen al depositario por escrito que no aplicarán en esa forma el Acuerdo o que consentirán en tal aplicación únicamente previa firma o notificación por escrito;</p> <p>b) Los Estados y entidades que firmen este Acuerdo, salvo aquellos que notifiquen al depositario por escrito en el momento de la firma que no aplicarán en esa forma el Acuerdo;</p> <p>c) Los Estados y entidades que consientan en su aplicación provisional mediante notificación por escrito de su consentimiento al depositario;</p> <p>d) Los Estados que se adhieran a este Acuerdo.</p>	No hay una mención expresa, pero véase el artículo 8, párr. 2	Comunidad Económica Europea
Convención sobre Municiones en Racimo	Art. 18	Cualquier Estado podrá, en el momento de ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a la presente Convención, declarar que aplicará provisionalmente el artículo 1 de la misma mientras esté pendiente su entrada en vigor para tal Estado.	No	—
Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción	Art. 18	Cada Estado Parte, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que aplicará provisionalmente el párrafo 1 del artículo 1 de esta Convención.	No	—

Nombre del tratado	Artículo	Texto correspondiente	¿Pueden ser parte las organizaciones internacionales?	Organizaciones internacionales que han presentado una solicitud para pasar a ser partes de forma provisional
Mandato del Grupo Internacional de Estudio sobre el Cobre	Párr. 22, apdo. c	Todo Estado o toda organización intergubernamental a que se refiere el párrafo 5 que desee llegar a ser miembro del Grupo notificará al depositario su aceptación del presente mandato, bien provisionalmente, en tanto se ultiman sus procedimientos internos, bien definitivamente. Todo Estado o toda organización intergubernamental que haya notificado su aceptación provisional del presente mandato tratará de ultimar sus procedimientos dentro de los 36 meses siguientes a la fecha de la entrada en vigor del presente mandato o a la fecha de la notificación de su aceptación provisional, si esta fuere posterior, y lo notificará al depositario en consecuencia. Cuando un Estado o una organización intergubernamental no pueda ultimar sus procedimientos dentro del plazo arriba indicado, el Grupo podrá concederle una prórroga del plazo.	Sí (véase el párrafo 5)	–
Convenio que Crea la Unión de Países Exportadores de Banano (UPEB)	Art. 38	Si su derecho interno así se lo permite, cualquier gobierno de un país miembro podrá comunicar a la Cancillería depositaria su aceptación provisional de este Convenio, mientras llena los requisitos necesarios para su ratificación definitiva. El país que se acoja a este procedimiento tendrá todas las obligaciones y derechos que le daría la ratificación definitiva.	No	–
Tratado sobre el Comercio de Armas	Art. 23	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.	No	–
Acuerdo relativo al Comercio Internacional de los Textiles (lista LXXXV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio)	–	No se menciona expresamente la aplicación provisional en el Acuerdo. Sin embargo, en el artículo 13, párr. 1, se señala que el Acuerdo «[e]stará abierto a la aceptación, mediante su firma o de otro modo, de los gobiernos que sean partes contratantes del Acuerdo General, o que se hayan adherido a él con carácter provisional, y de la Comunidad Económica Europea». La Comunidad Económica Europea también figura en la lista de Estados u organizaciones que aceptan provisionalmente el Acuerdo.	Sí (véase el artículo 13, párr. 1)	–

APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/676

Memorando de la Secretaría

[Original: inglés]
[25 de noviembre de 2014]

ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....		89
	<i>Párrafos</i>	
Resumen.....		90
INTRODUCCIÓN.....	1-5	90
<i>Capítulo</i>		
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1986	6-13	90
A. Antecedentes previos a 1970	6-8	90
B. Examen del tema por la Comisión, 1970 a 1982.....	9-12	91
C. Conferencia de Viena de 1986.....	13	92
II. ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 25	14-40	92
A. Examen de la Comisión	14-35	92
1. Primera lectura del proyecto de artículos	14-24	92
2. Comentarios formulados en relación con la primera lectura.....	25-26	94
3. Segunda lectura del proyecto de artículos	27-33	94
4. Observaciones sobre el proyecto de artículos, en la forma en que fue aprobado en la segunda lectura	34-35	95
B. Examen del tema en la Conferencia de Viena de 1986	36-40	95

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	<i>Fuente</i>
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.

Resumen

El artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (la Convención de Viena de 1986), prevé la posibilidad de que un tratado se aplique provisionalmente entre los Estados negociadores y las organizaciones internacionales negociadoras. Al llevar a cabo la labor preparatoria para la Convención, la Comisión de Derecho Internacional se basó en la disposición contenida en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la Convención de Viena de 1969). El presente memorando detalla la historia de las negociaciones sobre esa disposición, en la Comisión y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986 (la Conferencia de Viena de 1986).

Introducción

1. En su 64º período de sesiones, celebrado en 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema «aplicación provisional de los tratados» en su programa de trabajo¹.
2. En su 66º período de sesiones, celebrado en 2014, la Comisión «decidió solicitar a la Secretaría que preparase un memorando sobre la labor previa realizada por la Comisión en relación con este tema en los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986»².
3. En el capítulo I del presente memorando se exponen brevemente los antecedentes históricos de los orígenes y de la preparación y negociación subsiguientes de la Convención de Viena de 1986³.
4. En el capítulo II figura una descripción de los trabajos preparatorios de redacción del artículo 25 de la Convención,

relacionados con la labor realizada por la Comisión, en preparación del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre los Estados y las organizaciones internacionales o entre las organizaciones internacionales⁴, aprobado en 1982, así como en el contexto de la negociación y aprobación subsiguientes de la Convención en la conferencia diplomática de plenipotenciarios, celebrada en 1986.

5. El artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 establece lo siguiente:

Aplicación provisional

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) Si el propio tratado así lo dispone; o
- b) Si los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización notifica a los Estados y a las organizaciones con respecto a los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras hayan convenido otra cosa al respecto.

¹ *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 141.

² *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 227. El presente memorando complementa un estudio anterior (*Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/658), que también llevó a cabo la Secretaría a pedido de la Comisión, sobre los trabajos relativos a esa materia realizados anteriormente por la Comisión en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y de los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969.

³ Este instrumento no había entrado en vigor al 21 de noviembre de 2014.

⁴ *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), párr. 63.

CAPÍTULO I

Antecedentes históricos de la Convención de Viena de 1986

A. Antecedentes previos a 1970

6. Durante el examen del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que tuvo lugar entre 1950 y 1966, la Comisión examinó en varias ocasiones la cuestión de si el proyecto de artículos debía aplicarse no solo a los tratados entre Estados sino también a los tratados celebrados por otras entidades⁵, y en particular

por las organizaciones internacionales. Sin embargo, la Comisión decidió posteriormente limitar el estudio a los tratados concertados entre Estados⁶.

organizaciones internacionales (*Anuario... 1972*, vol. II, documento A/CN.4/258, pág. 185) y la reseña histórica preparada por la Secretaría (documento A/CN.4/L.161 y Add.1 y 2, mimeografiado).

⁵ Véase el primer informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más

⁶ El artículo 1 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, aprobado por la Comisión en 1966 decía así: «[L]os presentes artículos se refieren a los tratados celebrados entre Estados», *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 195.

7. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados celebrada en Viena, en 1968 y 1969, los Estados Unidos propusieron una enmienda que habría ampliado el alcance de la futura convención a los tratados celebrados por las organizaciones internacionales⁷. Más tarde, los Estados Unidos retiraron esa propuesta⁸ dado que temía que retrasara los trabajos de la Conferencia.

8. En cambio, la Conferencia aprobó una resolución que, entre otras cosas,

Recomend[ó] a la Asamblea General de las Naciones Unidas que encargue a la Comisión de Derecho Internacional el estudio, en consulta con las organizaciones internacionales principales, de la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales⁹.

B. Examen del tema por la Comisión, 1970 a 1982

9. La Asamblea General, en su resolución 2501 (XXIV), de 12 de noviembre de 1969, actuando de conformidad con la resolución de la conferencia,

recomend[ó] a la Comisión de Derecho Internacional que estudie, en consulta con las principales organizaciones internacionales, según lo considere adecuado con arreglo a su práctica, la cuestión de los tratados concertados entre los Estados y las organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, como cuestión de importancia.

10. El año siguiente (1970), la Comisión decidió incluir la cuestión en su programa de trabajo¹⁰ y estableció una subcomisión para que llevara a cabo un estudio preliminar. El Sr. Paul Reuter (Francia) fue nombrado Relator Especial para el tema en el 23º período de sesiones, celebrado en 1971¹¹. Sobre la base de los 11 informes presentados por el Relator Especial entre 1972 y 1982, la Comisión preparó un conjunto de 80 proyectos de artículos, y un anexo, sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, que aprobó en 1982, junto con comentarios¹².

11. Cuando se aprobó el proyecto, la Comisión hizo observaciones sobre la relación que existía entre el proyecto de artículos y la Convención de Viena de 1969, y proporcionó algunas explicaciones acerca del enfoque metodológico adoptado durante la elaboración del proyecto de artículos. En particular, señaló que:

⁷ A/CONF.39/C.1/L.15 («u otros sujetos de derecho internacional»), véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena 26 de marzo a 24 de mayo de 1969: 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), Comisión Plenaria, 2ª sesión, párrs. 3 a 5.

⁸ *Ibid.*, 3ª sesión, párr. 64.

⁹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969: Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.70.V.5), resolución relativa al artículo 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pág. 309.

¹⁰ *Anuario... 1970*, vol. II, párr. 89.

¹¹ *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, párr. 118, apdo. a.

¹² *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), párr. 63.

35. La codificación en esta materia, si se compara con otros trabajos de codificación, presenta características muy especiales a causa de la relación muy estrecha que existe entre el presente proyecto de artículos y la Convención de Viena.

36. Las disposiciones que constituyen el proyecto de artículos habrían tenido cabida en la Convención de Viena si la Conferencia que adoptó este instrumento no hubiera decidido tomar en consideración exclusivamente el derecho de los tratados entre Estados. Por consiguiente, esta nueva etapa de la codificación del derecho de los tratados, que tiene por objeto la elaboración de un proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, no puede ser disociada de la obra fundamental que representa la Convención de Viena.

37. La Convención de Viena sirve de marco general al proyecto de artículos. Esto significa, ante todo, que el proyecto trata de las mismas cuestiones que forman el contenido de la Convención de Viena. Nada mejor, para orientar a la Comisión en su labor, que el examen sucesivo que esta ha realizado del texto de cada uno de los artículos de esa Convención con miras a determinar las modificaciones de redacción o de fondo necesarias para elaborar un artículo análogo relativo al mismo problema en el contexto de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

[...]

40. Los tratados se basan por esencia en la igualdad de las partes contratantes y esta observación fundamental llevaría a asimilar en lo posible la situación convencional de las organizaciones internacionales a la de los Estados. La Comisión reconoció ampliamente este principio cuando decidió de manera general que, hasta donde fuera posible, los artículos de la Convención de Viena relativos a los tratados entre Estados se seguirían para los tratados entre Estados y organizaciones internacionales, e incluso para los tratados entre organizaciones internacionales. La multiplicación de las convenciones en que participan las organizaciones internacionales muestra, por otra parte, la utilidad que los tratados presentan para las organizaciones internacionales tanto como para los Estados.

41. No obstante, incluso limitándola a la esfera del derecho de los tratados, la asimilación de las organizaciones internacionales a los Estados muy pronto resulta inexacta. En efecto, mientras que todos los Estados son iguales ante el derecho internacional, las organizaciones internacionales son el resultado de un acto de voluntad de los Estados, acto que modela su figura jurídica confiriendo a cada una de ellas caracteres individuales muy marcados que limitan su parecido con cualquier otra organización internacional. La organización, que es una estructura compuesta, sigue unida por estrechos vínculos a los Estados que son miembros de ella; cierto es que se «separa» de ellos por el análisis que distingue en ella una personalidad aparte, pero sigue aún unida de manera estrecha a los Estados que la componen. Dotada de una competencia más limitada que la de un Estado y que, a menudo, sobre todo en materia de relaciones exteriores, está definida poco claramente, la organización internacional, en lo que se refiere a los tratados en que es parte, obliga a veces a hacer un reajuste de algunas de las normas establecidas para los tratados entre Estados.

42. El origen de muchos de los problemas de fondo con que se ha tropezado en relación con esta materia radica en la contradicción que puede surgir entre el consensualismo basado en la igualdad entre las partes contratantes y las diferencias existentes entre los Estados y las organizaciones internacionales. El proyecto de artículos, que, como la propia Convención de Viena, tiene a menudo por objeto formular normas supletorias que aporten soluciones a falta de un acuerdo de las partes, debe enunciar normas generales destinadas a regir situaciones que pueden sufrir variaciones más grandes que las que solo afectan a Estados. En efecto, las organizaciones internacionales no solo se distinguen de los Estados, sino que también son diferentes entre ellas. La figura jurídica de cada organización, sus funciones, poderes y estructura varían según las organizaciones; así ocurre sobre todo en lo que concierne a su competencia en materia de celebración de tratados¹³.

12. La Comisión explicó además que había seguido una metodología que tenía por finalidad que el proyecto de artículos fuera

¹³ *Ibid.*, págs. 13 y 14, párrs. 35 a 37 y 40 a 42.

autónomo con respecto a la Convención de Viena en el sentido de que el conjunto de su texto constituye un todo completo al que se puede dar una forma que le haga producir efectos de derecho independientemente de los efectos de derecho producidos por la Convención de Viena. Si, como se ha recomendado, el proyecto de artículos pasa a ser una convención, esta obligará a partes distintas de las partes en la Convención de Viena y surtirá sus efectos sean cuales fueren las vicisitudes de la Convención de Viena¹⁴.

C. Conferencia de Viena de 1986

13. La Asamblea General, con arreglo a la recomendación que formulara la Comisión de que se convocara a una conferencia para concluir una convención¹⁵, posteriormente decidió¹⁶ convocar a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre las Organizaciones Internacionales en Viena, que se celebró del 18 de febrero al 21 de

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 14, párr. 46.

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 16, párr. 57.

¹⁶ Resoluciones de la Asamblea General 37/112, de 16 de diciembre de 1982, 38/139, de 19 de diciembre de 1983, 39/86, de 13 de diciembre de 1984 y 40/76, de 11 de diciembre de 1985.

marzo de 1986¹⁷. En el párrafo 5 de su resolución 39/86, de 13 de diciembre de 1984, la Asamblea

remitió a la Conferencia, para que lo examin[ara] como propuesta básica, el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 34º período de sesiones.

Noventa y siete Estados participaron en la Conferencia, que culminó con la aprobación de la Convención¹⁸.

¹⁷ La Asamblea General tuvo ante sí varios informes del Secretario General en que figuraban los comentarios y las observaciones escritas de los Estados Miembros y las organizaciones intergubernamentales. Véase A/38/145 y Add.1 y A/39/491; véase también la declaración del Comité Administrativo de Coordinación (A/C.6/38/4, anexo).

¹⁸ Tras una solicitud presentada por Bulgaria, la Convención fue aprobada en su totalidad por 67 votos contra 1 y 23 abstenciones, el 20 de marzo de 1986 (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Viena, 18 de febrero a 21 de marzo de 1986*, vol. I, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.94.V.5, vol. I), séptima sesión plenaria, párr. 52.

CAPÍTULO II

Elaboración del artículo 25

A. Examen de la Comisión

1. PRIMERA LECTURA DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

14. La Comisión realizó la primera lectura del proyecto de artículos desde 1970 hasta 1980, sobre la base de los primeros nueve informes del Relator Especial. La cuestión de la aplicación provisional de los tratados fue examinada por primera vez¹⁹ en su cuarto informe²⁰, presentado en el 27º período de sesiones en 1975, en que se incluyó la siguiente propuesta para el proyecto de artículo 25:

Artículo 25. Aplicación provisional

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) Si el propio tratado así lo dispone; o
- b) Si los Estados o las organizaciones internacionales negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si este o aquella notifica a los Estados o a las organizaciones internacionales entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados o las organizaciones internacionales negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

¹⁹ Una referencia anterior relativa a la aplicación provisional de los tratados puede encontrarse en los comentarios del Sr. Sette Câmara, de 14 de enero de 1971, formulada en respuesta a un cuestionario dirigido a los miembros de la Comisión, en que, entre otras cosas, sugirió que los artículos 24 y 25 de la Convención de Viena de 1969 «deben también estudiarse con miras a adaptarlos e incorporarlos en las disposiciones pertinentes de los nuevos artículos» (*Anuario... 1971*, vol. II (segunda parte), documento A/CN.4/250, anexo II, párr. 206).

²⁰ *Anuario... 1975*, vol. II, documento A/CN.4/285, párr. 27.

15. En el comentario a ese artículo, el Relator Especial, Sr. Reuter, señaló simplemente que el texto «solo introduce, con relación al artículo 25 de la Convención de 1969, las modificaciones de redacción necesarias para tener en cuenta las organizaciones internacionales»²¹.

16. La Comisión examinó la propuesta de proyecto de artículo 25 en su 29º período de sesiones de 1977. Al presentar el proyecto de artículo junto con la propuesta de proyecto de artículo 24 (entrada en vigor), el Relator Especial señaló, entre otras cosas, que

[c]omo el artículo 24 de la Convención de Viena es muy flexible, cabe adaptarlo a todas las situaciones que puedan derivarse de los acuerdos celebrados por organizaciones internacionales; por ello, el Relator Especial no ha distinguido entre la categoría de los tratados celebrados por organizaciones y la de los tratados celebrados entre los Estados y las organizaciones internacionales. *En su proyecto de artículo 25 tampoco ha hecho esa distinción*²².

17. Durante el debate subsiguiente, la principal preocupación de los miembros que hicieron uso de la palabra fue que el proyecto de artículo preveía colocar a los Estados y las organizaciones internacionales en un pie de igualdad. El Sr. Francis observó que

el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 25 conferiría a las organizaciones internacionales el derecho a pronunciarse sobre la cuestión de si un tratado en cuya negociación han participado con los Estados podría aplicarse a título provisional. El apartado *b* del mismo párrafo parece, no obstante, dar a entender que en el caso de que el tratado haya sido negociado a la vez por organizaciones internacionales y por Estados, solo estos pueden decidir si debe o no aplicarse a título provisional. Por otra parte, el párrafo 2 del artículo 25 también daría lugar a dificultades, pues ¿cómo una organización internacional podría proceder a la notificación prevista en esa disposición respecto de los «otros Estados», no

²¹ *Ibíd.*, pág. 42.

²² *Anuario... 1977*, vol. I, 1435ª sesión, párr. 110, párr. 4.

siendo ella misma un Estado? Si el propósito es que las organizaciones internacionales deben tener los mismos derechos que los Estados con los cuales han negociado los tratados en cuanto se refiere a la entrada en vigor y la aplicación provisional de esos tratados, será necesario modificar el texto del apartado *b* del párrafo 1 y del párrafo 2 del artículo 25²³.

18. El Relator Especial, confirmó que «[su] intención [...] era poner a los Estados y a las organizaciones internacionales en un pie de igualdad, ya que de ello no podría derivarse ningún inconveniente»²⁴.

19. El Sr. Ushakov, a su vez, se mostró

convencido de que no es posible aplicar a los Estados y a las organizaciones internacionales una fórmula única y cree necesario establecer una disposición para los tratados celebrados entre organizaciones internacionales y otra para los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales²⁵.

Agregó que

no se trata de un acuerdo entre «partes» [...] sino entre Estados y organizaciones internacionales «negociadores». Refiriéndose al apartado *c* del artículo 3 de la Convención de Viena, que reserva la aplicación de dicha Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional, el Sr. Ushakov se pregunta cómo permitirían los artículos que se examinan la aplicación de esa disposición a los tratados en los que fueren partes un gran número de Estados y una sola organización internacional. Según el artículo 25, por ejemplo, sería necesario que la organización internacional negociadora diera su consentimiento para la aplicación provisional del tratado. Si la futura convención sobre el derecho del mar previera la participación de las Naciones Unidas y no contuviera ninguna disposición sobre su entrada en vigor o su aplicación provisional, el consentimiento de las Naciones Unidas sería, pues, indispensable para que ese instrumento entrara en vigor o se aplicara provisionalmente²⁶.

20. En respuesta a ello, el Relator Especial señaló que

el Sr. Ushakov impugna la noción de parte en un tratado. Según el Relator Especial, el acuerdo del Estado aislado es indispensable, por ejemplo, si el tratado se refiere a una asistencia que deben proporcionarle cierto número de organizaciones internacionales. De un modo análogo, no es concebible que un tratado celebrado entre gran número de Estados y una organización internacional, en que se encargue a esta de asegurar un control nuclear, pueda entrar en vigor o aplicarse provisionalmente sin el consentimiento de esa organización. Si la Comisión decidiera conferir a las organizaciones internacionales un estatuto especial, habría que modificar [...] los artículos [...], hasta el punto de que se aplicarían normas restrictivas a las organizaciones. En el caso de que la Comisión siguiera ese procedimiento, el Relator Especial se inclinaría, aunque defiende otro criterio. En las circunstancias actuales, estima que pueden transmitirse los artículos 24 y 25 al Comité de Redacción, para que este los examine²⁷.

²³ *Ibíd.*, párr. 6.

²⁴ *Ibíd.*, párr. 7.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 8.

²⁶ *Ibíd.*, párr. 18.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 17. Véase también la opinión de los Sres. Šahovič («quizá convenga tomar en consideración la sugerencia del Sr. Ushakov y subdividir los artículos que se examinan para facilitar su comprensión») (*ibíd.*, párr. 14), y Verosta («[c]onforme al artículo 1 del proyecto de artículos, este último no se aplica a los tratados en general, sino a dos categorías particulares de tratados: los tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales y los tratados entre organizaciones internacionales. Así, son estas las dos categorías de tratados que procede tener en cuenta al formular los artículos del proyecto») (*ibíd.*, párr. 27). El Sr. Calle y Calle manifestó una opinión distinta («coincide con el Sr. Ushakov en que es indispensable establecer una distinción entre los Estados y las organizaciones internacionales en algunos artículos, pero no cree que esa distinción se imponga en el caso de los artículos 24 y 25») (*ibíd.*, párr. 13), al igual que el Sr. Schwebel («[l]a existencia de diferencias entre las organizaciones internacionales y los Estados es ciertamente una consideración válida, admitida por todos los miembros de la Comisión, pero sobre la cual no

21. El Comité de Redacción preparó más tarde tanto un proyecto de artículo 25 como un proyecto de artículo 25 *bis*, a saber:

Artículo 25. Aplicación provisional de los tratados entre organizaciones internacionales

1. Un tratado entre organizaciones internacionales o una parte de tal tratado se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

a) Si el propio tratado así lo dispone; o

b) Si las organizaciones internacionales negociadoras han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado entre organizaciones internacionales o de una parte de tal tratado respecto de una organización internacional terminará si esta notifica a las demás organizaciones internacionales entre las cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o las organizaciones internacionales negociadoras hayan convenido otra cosa al respecto.

Artículo 25 bis. Aplicación provisional de los tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales

1. Un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales o una parte de tal tratado se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

a) Si el propio tratado así lo dispone; o

b) Si el Estado o Estados y la organización o las organizaciones internacionales negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. Salvo que un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales disponga o el Estado o Estados, la organización o las organizaciones internacionales negociadores hayan convenido otra cosa al respecto:

a) La aplicación provisional del tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los demás Estados, a la organización o a las organizaciones internacionales entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo;

b) La aplicación provisional del tratado o de una parte de él respecto de una organización internacional terminará si esta notifica a las demás organizaciones internacionales, al Estado o Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo²⁸.

22. El Presidente del Comité de Redacción, al presentar el informe de ese Comité, señaló que

el Comité de Redacción ha respetado la distinción fundamental entre dos tipos diferentes de tratados: los celebrados entre organizaciones internacionales y los celebrados entre Estados y organizaciones internacionales²⁹.

Agregó que

[h]abida cuenta de la distinción fundamental entre los dos tipos de tratados considerados, el Comité de Redacción ha formulado artículos separados, pero paralelos, siempre que lo ha considerado necesario para lograr una mayor claridad o precisión, es decir, en los casos [...] de la aplicación provisional de los tratados (artículos 25 y 25 *bis*)³⁰.

Ambos proyectos de artículos fueron aprobados en esa sesión, en la primera lectura, sin que se formularan

se debería insistir demasiado. [...] [N]o está seguro de que la Comisión actuará útilmente clasificando los tratados según la preponderancia de las adhesiones») (*ibíd.*, párrs. 29 y 30).

²⁸ *Ibíd.*, párr. 45.

²⁹ *Ibíd.*, 1451ª sesión, párr. 14.

³⁰ *Ibíd.*, párr. 15.

comentarios u objeciones, en la versión propuesta por el Comité de Redacción³¹.

23. En el comentario al proyecto de artículo 25, aprobado también en 1977, se señaló simplemente que

[p]ara mayor claridad del texto, las disposiciones que corresponden al artículo 25 de la Convención de Viena son objeto de dos artículos separados y simétricos, los artículos 25 y 25 *bis*, en los que solo se han introducido, en relación con la Convención de Viena, las modificaciones de forma que exigía la consideración de las dos categorías de acuerdos a que se dedican los presentes artículos³².

24. En el informe de la Comisión se incluyó otra explicación:

65. Fiel al método establecido desde un principio, la Comisión se ha esforzado por seguir en lo posible las disposiciones de la Convención de Viena, pero, en su aplicación, ha tropezado con problemas de redacción y con problemas de fondo.[...]

66. El origen de esos problemas de fondo [...] radica en la contradicción que puede surgir entre el consensualismo basado en la igualdad entre las partes contratantes y las diferencias existentes entre los Estados y las organizaciones internacionales. El proyecto de artículos, que como la propia Convención de Viena tiene a menudo por objeto formular normas supletorias que aporten soluciones a falta de un acuerdo de las partes, debe enunciar normas generales destinadas a regir situaciones que pueden sufrir variaciones más grandes que las que solo afectan a Estados. En efecto, las organizaciones internacionales no solo se distinguen de los Estados, sino que también son diferentes entre ellas. La figura jurídica de cada organización, sus funciones, poderes y estructura, varían según las organizaciones; así ocurre sobre todo en lo que concierne a su competencia en materia de celebración de tratados. [...] Por otro lado, si bien el número y la variedad de los acuerdos internacionales en los que son partes una o varias organizaciones internacionales ha continuado aumentando, la práctica internacional [...] en lo que concierne a ciertas cuestiones fundamentales [...] es casi] inexistente.

[...]

75. Los artículos de la Convención de Viena concernientes a [...] la aplicación provisional [...] de los tratados han sido adaptados a los tratados que constituyen el objeto del presente proyecto de artículos sin plantear problemas de fondo³³.

2. COMENTARIOS FORMULADOS EN RELACIÓN CON LA PRIMERA LECTURA

25. Los únicos comentarios pertinentes de los gobiernos fueron formulados en la Sexta Comisión en el trigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, en 1977. El Perú estuvo de acuerdo con los artículos formulados por el Relator Especial sobre, entre otras cosas, la aplicación provisional de los tratados³⁴. La República Democrática Alemana sugirió que

una norma por la que la falta de consentimiento de una obligación internacional a hacerse parte en un tratado internacional solo se considere un obstáculo a su entrada en vigor o su aplicación provisional si la participación de esa organización es esencial al objeto y finalidad del tratado³⁵.

³¹ Véase la nota 28 *supra*.

³² *Ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 118. En el comentario al artículo 25 *bis* se establece que «[l]as observaciones relativas al artículo 25 también se aplican al artículo 25 *bis*» (*ibid.*).

³³ *Ibid.*, párrs. 65, 66 y párr. 75.

³⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, 35ª sesión (A/C.6/32/SR.35)*, párr. 21.

³⁵ *Ibid.*, párr. 32.

En opinión de Checoslovaquia

el método adoptado por la CDI, que consiste en seguir las disposiciones de la Convención de Viena, teniendo presente el espíritu de la situación especial de las organizaciones internacionales, es el único posible. [...] Por otra parte, procedería seguir la Convención de Viena en lo que respecta a la entrada en vigor y a la aplicación provisional. Este método podría permitir llegar a una cierta unificación y cierta estabilización de las reglas jurídicas, lo que es una de las condiciones principales de un trabajo fructífero³⁶.

26. En las observaciones escritas sobre los proyectos de artículos aprobados en primera lectura, la República Federal de Alemania, si bien celebró el que la Comisión hubiera seguido de cerca la redacción de la Convención de Viena, expresó que

el proyecto de una nueva convención paralela preparado por la CDI adolece de algunas deficiencias, allí donde las adaptaciones necesarias tienen una redacción demasiado engorrosa y perfeccionista. Como consecuencia de ello, se perjudica la claridad y transparencia de varios artículos [véanse arts. 1, 3, 10 a 25 *bis*] [...]. La Comisión debería examinar la posibilidad de evitar la amplia subdivisión de normas y términos relativos a las peculiaridades de las organizaciones internacionales³⁷.

Por lo tanto, propuso fusionar los proyectos de artículo 25 y 25 *bis*, dado que, en su opinión, no era necesario dividir el tema en dos artículos³⁸.

3. SEGUNDA LECTURA DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

27. La segunda lectura del proyecto de artículos comenzó en 1981 y concluyó el año siguiente, tomando como base los informes décimo y undécimo del Relator Especial. La segunda lectura se centró principalmente en la simplificación del texto. La Comisión explicó este proceso de la siguiente manera:

125. A medida que avanzaban los trabajos de la Comisión, se alzaron voces para opinar que la redacción era demasiado premiosa y excesivamente compleja. En realidad, casi todas esas críticas hechas al proyecto de artículos derivan de la doble posición de principio que está en la raíz del carácter de algunos artículos: por una parte, entre un Estado y una organización internacional hay diferencias suficientes para que en algunos casos sea imposible someterlos a una disposición única; por otra parte, hay que distinguir los tratados entre Estados y organizaciones internacionales de los tratados entre dos o más organizaciones internacionales y someterlos a disposiciones diferentes. No hay duda de que son esos dos principios los que determinan las complicaciones de redacción que se advierten fácilmente en el proyecto de artículos tal como fue aprobado en primera lectura.

126. Al iniciar la segunda lectura del proyecto de artículos [...] la Comisión consideró si, en casos concretos, era posible refundir ciertos artículos concernientes a la misma materia, así como el texto de cada artículo. [...] También la Comisión procedió en algunos casos a refundir dos artículos en uno solo más simplificado (arts. [...] 25 y 25 *bis*)³⁹.

28. El Relator Especial recomendó que se consolidaran los proyectos de artículos 25 y 25 *bis*, en su décimo informe, en 1981, en una propuesta para un nuevo proyecto de artículo 25⁴⁰, con la siguiente redacción:

³⁶ *Ibid.*, 38ª sesión (A/C.6/32/SR.38), párr. 9.

³⁷ *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 191.

³⁸ *Ibid.*, pág. 193.

³⁹ *Ibid.*, pág. 125.

⁴⁰ *Ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/341 y Add.1, párr. 72, párr. 85.

Artículo 25. Aplicación provisional

1. Un tratado o una parte de un tratado se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) Si el propio tratado así lo dispone; o
- b) Si los negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si este Estado o esta organización notifica a los demás Estados y organizaciones entre los cuales el tratado se aplique provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

Al hacerlo, el Relator Especial explicó que

Los artículos [...] 25 y 25 *bis* no han sido objeto de observaciones de fondo. Su redacción y sus títulos pueden simplificarse, y los artículos [...] pueden reunirse en un solo artículo⁴¹.

29. No se formularon comentarios de fondo sobre la propuesta durante el debate plenario del décimo informe, celebrado en ese período de sesiones (1981), antes de que se remitiera el proyecto de artículo al Comité de Redacción⁴².

30. Más tarde, el Presidente del Comité de Redacción, al introducir la versión reformulada del proyecto de artículo 25, explicó que el texto del artículo «se ha redactado según el principio [...] de armonizar el régimen de las organizaciones internacionales con el de los Estados. En consecuencia [...] el artículo 25 [sustituye] a los artículos 25 y 25 *bis*», y observó que la nueva redacción «sigue [...] más de cerca [al artículo 25] de la Convención de Viena, con los cambios necesarios de redacción»⁴³.

31. La Comisión procedió a aprobar en segunda lectura⁴⁴, la siguiente redacción del proyecto de artículo 25, propuesto por el Comité de Redacción, sin formular comentarios:

Artículo 25. Aplicación provisional

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) si el propio tratado así lo dispone; o
- b) si las organizaciones negociadoras o, según el caso, los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si este Estado o esta organización notifica a los demás Estados y a las organizaciones o, según el caso, a las demás organizaciones y a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o las organizaciones negociadoras o, según el caso, los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras hayan convenido otra cosa al respecto.

32. En el comentario a los artículos 24 y 25, también aprobados en el 33º período de sesiones, en 1981, se explica que

Estos dos artículos no han sido objeto de ninguna modificación de fondo a raíz de la segunda lectura. Su redacción se ha aligerado notablemente mediante la fusión en un solo artículo, por una parte, de los artículos 24 y 24 *bis* y, por otra, de los artículos 25 y 25 *bis* aprobados en primera lectura. En su nueva redacción, los artículos 24 y 25 no difieren de los textos correspondientes de la Convención de Viena más que en una redacción que permite tener en cuenta la distinción de tratados entre organizaciones internacionales y tratados entre Estados y organizaciones internacionales (párrafos 1 y 3 del artículo 24; apartado *b* del párrafo 1 y párrafo 2 del artículo 25)⁴⁵.

33. El proyecto de artículo 25 se incluyó en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales que se transmitió a la Asamblea General en 1982⁴⁶.

4. OBSERVACIONES SOBRE EL PROYECTO DE ARTÍCULOS, EN LA FORMA EN QUE FUE APROBADO EN LA SEGUNDA LECTURA

34. De las observaciones presentadas por escrito ante la Comisión durante la segunda lectura, la única observación relativa al proyecto de artículo 25 fue formulada por el Consejo de Europa, que señaló que «[a]lgunos convenios elaborados en el Consejo de Europa, todos ellos tratados interestatales, contienen una disposición relativa a la aplicación provisional»⁴⁷.

35. El único comentario⁴⁸ sobre el proyecto de artículo formulado en el debate en la Sexta Comisión, celebrado en el trigésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General en 1981, fue formulado por el Zaire, que señaló:

Por lo que atañe a la aplicación provisional de los tratados, de que trata el artículo 25 [...] recuerda que esta idea ya se combatió en la Conferencia Ministerial celebrada en Banjul en 1981, para la elaboración de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. En efecto, varias delegaciones se han opuesto a que la Comisión de arbitraje y de mediación prevista en el proyecto de carta se constituya antes de la entrada en vigor de esa carta⁴⁹.

B. Examen del tema en la Conferencia de Viena de 1986

36. Como preparación de la Conferencia de 1986, la Asamblea General, en su trigésimo noveno período de sesiones, en 1984, hizo un llamamiento a los participantes en la Conferencia para que celebraran consultas primordialmente sobre «las principales cuestiones de fondo», a fin de facilitar la feliz conclusión de su labor mediante el estímulo de un acuerdo general⁵⁰. Las negociaciones subsiguientes derivaron en un acuerdo sobre un reglamento al que subsiguientemente se hizo referencia en la Conferencia⁵¹, y que había sido «preparado para su utilización específica en esa Conferencia, en vista de la naturaleza particular de esta y

⁴⁵ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 129.

⁴⁶ *Anuario...* 1982, vol. II (segunda parte), párr. 63.

⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 156, párr. 38.

⁴⁸ En ninguno de los comentarios formulados por los gobiernos y las organizaciones internacionales, presentados por escrito tras la conclusión de la segunda lectura en 1982 (véase la nota 17 *supra*), se hizo referencia al artículo 25.

⁴⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 47ª sesión (A/C.6/36/SR.47)*, párr. 41.

⁵⁰ Resolución 39/86 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1984, párr. 8.

⁵¹ Resolución 40/76 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1985, anexo.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*, vol. I, 1652ª sesión, pág. 266, párrs. 30 y 31.

⁴³ *Ibíd.*, 1692ª sesión, pág. 268, párr. 44.

⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 267, párr. 43.

dada y la cuestión que ha de examinarse en ella»⁵². En particular, en el reglamento se formuló una distinción entre los artículos del texto formulado por la Comisión, que figuran en el anexo II de la resolución 40/76, «que se considera necesario examinar como cuestiones de fondo», y el resto de los artículos. Con arreglo al artículo 28 del reglamento, la Conferencia, entre otras cosas, remitiría a la Comisión Plenaria solo los proyectos de artículos que debían examinarse como cuestiones de fondo. Todos los demás artículos se remitirían directamente al Comité de Redacción. Además, a fin de agilizar su labor, la Conferencia decidió que el Comité de Redacción informaría directamente al Plenario de la Conferencia⁵³.

37. El artículo 25 figuraba entre los artículos que fueron remitidos directamente al Comité de Redacción, es decir, que no fueron examinados por la Comisión Plenaria de la Conferencia como cuestión de fondo.

38. El Presidente del Comité de Redacción presentó seguidamente un texto revisado del artículo, que pasó a ser el artículo 25 de la Convención⁵⁴. En su informe al Plenario, el Presidente del Comité de Redacción explicó que

⁵² *Ibíd.*, párr. 4.

⁵³ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales...* (véase la nota 18 *supra*), cuarta sesión plenaria, párr. 4.

⁵⁴ Véase *ibíd.*, párr. 5.

[e]n el párrafo 1 del artículo 25 no se introdujeron modificaciones. Sin embargo, el párrafo 2 se ajustó [...]. La introducción en la propuesta básica de las complejidades que exige el intento de abarcar todas las «otras» permutas de partes en el tratado originó un texto pesado que, de hecho, no abarcó todas las situaciones posibles. Como el texto se refiere a las partes en el tratado que sean notificadas, el sentido claro y evidente es que se refiere a la notificación de las «otras» partes en el tratado. Así, pues, la frase original en el párrafo 2 «a los demás Estados y a las organizaciones o, según el caso, a las demás organizaciones y a los Estados entre los cuales» se modificó para que dijera simplemente «a los Estados y a las organizaciones con respecto a las cuales»⁵⁵.

39. El único comentario de fondo sobre la disposición, en la sesión plenaria, fue formulado por el Brasil, que señaló que

para constancia y a efectos de interpretación, [...] el artículo [...] 25 [...] de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, así como el texto de los actuales proyectos de artículos adoptados por el Comité de Redacción [...] a su juicio deben considerarse respecto de los Estados, teniendo presente el principio general de la aprobación parlamentaria de los tratados y de la práctica que de ello se deriva, pero que su delegación reconoce también el carácter suplementario de esas disposiciones tanto de la Convención de Viena de 1969 como de los actuales proyectos de artículos adoptados por el Comité de Redacción⁵⁶.

40. El artículo 25 quedó aprobado en la misma sesión sin que se procediera a votación⁵⁷.

⁵⁵ *Ibíd.*, quinta sesión plenaria, párr. 65.

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 67.

⁵⁷ *Ibíd.*

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/682

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

[Original: inglés]
[27 de marzo de 2015]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	97
Obras citadas en el presente informe.....	98
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-11 105
<i>Capítulo</i>	
I. RELACIÓN ENTRE LOS DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	12-18 106
II. LA INACCIÓN COMO PRÁCTICA Y/O PRUEBA DE LA ACEPTACIÓN COMO DERECHO.....	19-26 109
III. EL PAPEL DE LOS TRATADOS Y LAS RESOLUCIONES.....	27-54 111
A. Tratados.....	31-44 112
B. Resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales y en conferencias internacionales.....	45-54 120
IV. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.....	55-67 126
A. Jurisprudencia.....	58-61 126
B. Doctrina.....	62-67 127
V. PERTINENCIA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	68-79 128
VI. LA COSTUMBRE PARTICULAR.....	80-84 133
VII. EL OBJETOR PERSISTENTE.....	85-95 135
VIII. PROGRAMA DE TRABAJO FUTURO.....	96-98 140
ANEXO. Nuevos proyectos de conclusiones propuestos.....	141

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 78, núm. 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, núm. 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.

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

Fuente

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 294, núm. 4300, pág. 3. Para la versión consolidada, véase Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, <i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> núm. C 340, 10 de noviembre de 1997.
Convención sobre la Alta Mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 450, núm. 6465, pág. 11.
Convención sobre la Plataforma Continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, núm. 7302, pág. 311.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Helsinki, 1 de agosto de 1975)	https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true .
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1833, núm. 31363, pág. 3.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
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

ABI-SAAB, Georges	AMERICAN LAW INSTITUTE
«Cours général de droit international public», <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1987-VII</i> , vol. 207 (1996), págs. 9 a 463.	<i>Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States</i> , vol. 1, St. Paul, American Law Institute, 1987.
«La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté», <i>International Law at the Time of its Codification. Essays in Honour of Robert Ago</i> , Milán, Giuffrè, 1987, vol. I, págs. 53 a 65.	ARANGIO-RUIZ, Gaetano
ACQUAVIVA, Guido y Fausto POCAR	«Customary law: a few more thoughts about the theory of “spontaneous” international custom», en N. Angelet (ed.), <i>Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon</i> , Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 93 a 124.
« <i>Stare decisis</i> », en Rüdiger Wolfram (ed.), <i>Max Planck Encyclopedia of Public International Law</i> , vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 469 a 475.	BARBERIS, Julio A.
ARMSTRONG, David, Theo FARRELL y Hélène LAMBERT	«Réflexions sur la coutume internationale», <i>AFDI</i> , vol. 36 (1990), págs. 9 a 46.
<i>International Law and International Relations</i> , 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.	«Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens», <i>Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt</i> , Berlín, Springer, 1995, págs. 21 a 39.
ALEXANDROWICZ, Charles Henry	BARBOZA, Julio
<i>The Law-making Functions of the Specialised Agencies of the United Nations</i> , Sydney, Angus and Robertson, 1973.	«The customary rule: from chrysalis to butterfly», en Calixto A. Armas Barea y otros (eds.), <i>Liber Amicorum «In Memoriam» of Judge José María Ruda</i> , La Haya, Kluwer Law International, 2000, págs. 1 a 14.
AKEHURST, Michael	BASDEVANT, Jules
«Custom as a source of international law», <i>BYBIL 1974-1975</i> , vol. 47 (1977), págs. 1 a 53.	«Règles générales du droit de la paix», <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1936-IV</i> , vol. 58, págs. 471 a 690.
«The hierarchy of the sources of international law», <i>BYBIL 1974-1975</i> , vol. 47 (1977), págs. 273 a 285.	BAXTER, R.R.
ALVAREZ, José E.	«Multilateral treaties as evidence of customary international law», <i>BYBIL 1965-1966</i> , vol. 41 (1968), págs. 275 a 300.
<i>International Organizations as Law-makers</i> , Oxford, Oxford University Press, 2005.	«Treaties and custom», <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970-I</i> , vol. 129, págs. 25 a 105.
«International organizations: then and now», <i>AJIL</i> , vol. 100 (2006), págs. 324 a 347.	

- BEDERMAN, David J.
«Acquiescence, objection and the death of customary international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), págs. 31 a 45.
- 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 (1989), págs. 247 a 330.
- BISHOP, William W.
«General course of public international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1965-II*, vol. 115 (1965), págs. 147 a 470.
- BOAS, Gideon
Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence
«Qu'est-ce que la pratique en droit international?», en Société française pour le droit international, *Colloque de Genève: la pratique et le droit international*, París, Pedone, 2004, págs. 13 a 47.
- BOS, Maarten
«The identification of custom in international law», *German Yearbook of International Law*, vol. 25 (1982), págs. 9 a 53.
- BOYLE, Alan y Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRADLEY, Curtis A. y Mitu GULATI
«Withdrawing from international custom», *Yale Law Journal*, vol. 120 (2010), págs. 202 a 275.
- BRÖLMANN, Catherine
«Law-making treaties: form and function in international law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (2005), págs. 383 a 404.
- BROWNLIE, Ian
«Presentation», en Antonio Cassese y Joseph H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-making*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, págs. 66 a 71.
«Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom», *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2004, págs. 313 a 318.
- BUERGENTHAL, Thomas y Sean D. MURPHY
Public International Law in a Nutshell, 5ª 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.
- CAFLISCH, Lucius
«Pratique suisse en matière de droit international public 1993», *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 5 (1994), págs. 597 a 639.
- CAHIN, Gérard
La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, París, Pedone, 2001.
- CASSESE, Antonio
International Law, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.
International Law in a Divided World, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- CASTAÑEDA, Jorge
Legal Effects of United Nations Resolutions, Nueva York, Columbia University Press, 1969.
«Valeur juridique des résolutions des Nations Unies», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970-I*, vol. 129 (1993), págs. 205 a 332.
- CHARLESWORTH, H.C.M.
«Customary international law and the Nicaragua case», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 11 (1991), págs. 1 a 31.
- CHARNEY, Jonathan
«The persistent objector rule and the development of customary international law», *BYBIL*, vol. 56 (1985), págs. 1 a 24.
«International agreements and the development of customary international law», *Washington Law Review*, vol. 61 (1986), págs. 971 a 996.
«Universal international law», *AJIL*, vol. 87 (1993), págs. 529 a 551.
«The contemporary role of customary international law», en Wybo P. Heere (ed.), *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence: Proceedings of the Third Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, July 13-15, 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, 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin
«United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law?», *Indian Journal of International Law*, vol. 5 (1965), págs. 23 a 48.
«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.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
«La coutume locale», *AFDI*, vol. 7 (1961), págs. 119 a 140.
- COLSON, David A.
«How persistent must the persistent objector be?», *Washington Law Review*, vol. 61 (1986), págs. 957 a 970.
- COMBACAU, Jean y Serge SUR
Droit international public, 10ª ed., París, Montchrestien, 2012.
- CONDORELLI, Luigi
«Customary international law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law», en Antonio Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 147 a 157.
- CORTEN, Olivier
«La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières», *Revue belge de droit international* (2004), págs. 552 a 567.
Méthodologie du droit international public, Bruselas, Universidad de Bruselas, 2009.
- CORTEN, Olivier y Pierre KLEIN
The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, vol. I, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

CRAWFORD, James

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

«Chance, order, change: the course of international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 365 (2013), págs. 12 a 389.

CREMA, Luigi

«The “right mix” and “ambiguities” in particular customs: a few remarks on the *Navigational and Related Rights* case», 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. 65 a 75.

D'AMATO, Anthony

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

«The concept of special custom in international law», *AJIL*, vol. 63 (1969), págs. 211 a 223.

DAILLER, Patrick, Mathias FORTEAU y Alain PELLET

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

DANILENKO, Gennady M.

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

«The theory of international customary law», *German Yearbook of International Law*, vol. 31 (1988), págs. 9 a 47.

DE VISSCHER, Paul

«Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies», Emanuel Diez y otros, *Festschrift für Rudolf Bindschedler: Botschafter, Professor Dr. Iur. Zum 65. Geburtstag Am 8. Juli 1980*, Berna, Stämpfli, 1980, págs. 173 a 186.

DEBARTOLO, David M.

«Identifying international organizations' contributions to custom», *AJIL Unbound*, 23 de diciembre de 2014.

DEGAN, V.D.

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

DETTER, Ingrid

«The effect of resolutions of international organizations», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 381 a 392.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel

Instituciones de derecho internacional público, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 2013.

DINSTEIN, Yoram

«The interaction between customary law and treaties», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 322 (2006), págs. 242 a 428.

DIVAC ÖBERG, Marko

«The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ», *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), págs. 879 a 906.

DUMBERRY, Patrick

«Incoherent and ineffective: the concept of persistent objector revisited», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59 (2010), págs. 779 a 802.

DUPUY, Pierre-Marie

«À propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'“objecteur persistant”», en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, *Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, págs. 257 a 272.

«Théorie des sources et coutume en droit international contemporain», en Manuel Rama-Montaldo (ed.), *International Law in an Evolving World, Liber Amicorum in tribute to Professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, págs. 51 a 68.

DUPUY, René-Jean

«Coutume sage et coutume sauvage», *La communauté internationale: mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974, págs. 75 a 87.

ECONOMIDÈS, Constantin

«Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international», *AFDI*, vol. 34 (1988), págs. 131 a 145.

ELIAS, Olufemi

«Persistent objector», en Rüdiger Wolfram (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 280 a 286.

«Some remarks on the persistent objector rule in customary international law», *Denning Law Journal*, vol. 6 (1991), págs. 37 a 51.

«The relationship between general and particular customary international law», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 8 (1996), págs. 67 a 88.

ELIAS, Olufemi y C.L. LIM

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

ESTREICHER, Samuel

«A post-formation right of withdrawal from customary international law?: Some cautionary notes», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), págs. 57 a 64.

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.

FORTEAU, Mathias

«Regional international law», en Rüdiger Wolfram (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 838 a 844.

«Organisations internationales et sources du droit», en Evelyne Lagrange y Jean-Marc Sorel (eds.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, págs. 257 a 286.

FRANÇOIS, J.-P.-A.

«L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international», *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, París, Sirey, 1961, págs. 275 a 281.

GAJA, Giorgio

«Article 38», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2ª ed., vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 949 a 960.

«The protection of general interests in the international community: general course of public international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 364 (2012), págs. 9 a 186.

GAMBLE, John King, Jr.

«The treaty/custom dichotomy: an overview», *Texas International Law Journal*, vol. 16 (1981), págs. 305 a 320.

- GAMIO, José María
«Costumbre universal y particular», en Manuel Rama-Montaldo (ed.), *International Law in an Evolving World. Liber Amicorum in Tribute to Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, págs. 69 a 98.
- GATTINI, Andrea
«Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale», en Denis Alland y otros (eds.), *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, págs. 253 a 273.
- GREEN, James A.
The International Court of Justice and Self-Defence in International Law, Oxford, Hart, 2009.
«Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings», en James A. Green y Christopher Waters (eds.), *Adjudicating International Human Rights. Essays in Honour of Sandy Ghandhi*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, págs. 167 a 191.
- GREIG, D.W.
International Law, Londres, Butterworths, 1970.
- GUILLAUME, Gilbert
«Avis d'amicus curiae», *Revue française de droit administratif*, vol. 28 (2012), págs. 19 a 26.
- GULDAHL, Camilla G.
«The role of persistent objection in international humanitarian law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), págs. 51 a 86.
- 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.
«Saving customary international law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27 (2005), págs. 115 a 176.
- HANNIKAINEN, Lauri
«The collective factor as a promoter of customary international law», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), págs. 125 a 141.
- HENCKAERTS, Jean-Marie
«Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, núm. 857 (2005), págs. 3 a 46.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK
El derecho internacional humanitario consuetudinario, vol. I (Normas), Buenos Aires, CICR, 2007.
- HIGGINS, Rosalyn
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.
- JIA, Bing Bing
«The relations between treaties and custom», *Chinese Journal of International Law*, vol. 9 (2010), págs. 81 a 109.
- JENNINGS, Robert
«The judiciary, national and international, and the development of international law», *ILR*, vol. 102 (1996), págs. ix a xxiii.
«Reflections on the subsidiary means for the determination of rules of law», *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2004, págs. 319 a 338.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)
Oppenheim's International Law, vol. I, Peace, 9ª ed., 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 (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.
- KACZOROWSKA, Alina
Public International Law, 4ª ed., Londres, Routledge, 2010.
- KAMMERHOFER, Jörg
Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Londres, Routledge, 2011.
«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.
- KELLY, J. Patrick
«The twilight of customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999-2000), págs. 449 a 543.
- KIRCHNER, Jörg
«Thoughts about a methodology of customary international law», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 43 (1992), págs. 215 a 239.
- 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.
- KOLB, Robert
«Selected problems in the theory of customary international law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), págs. 119 a 150.
- KOPELMANAS, Lazare
«Custom as a means of the creation of international law», *BYBIL* 1937, vol. 18 (1937), págs. 127 a 151.
- KOROMA, Abdul G.
«The application of international law by the International Court of Justice», *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 4 (2011), págs. 1 a 156.
- KOSKENNIEMI, Martti
From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- KRITSIOTIS, Dino
«On the possibilities of and for persistent objection», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), págs. 121 a 141.

LACHS, Manfred

«Teachings and teaching of international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1976-III*, vol. 151 (1978), págs. 161 a 252.

LAU, Holning

«Rethinking the persistent objector doctrine in international human rights law», *Chicago Journal of International Law*, vol. 6 (2005), págs. 495 a 510.

LAUTERPACHT, Hersch

«Decisions of municipal courts as a source of international law», *BYBIL* 1929, vol. 10 (1929), págs. 65 a 95.

The Development of International Law by the International Court, 2ª ed., Londres, Stevens and Sons, 1958.

«International law — the general part», en Elihu Lauterpacht (ed.), *International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

LEPARD, Brian D.

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

LOCKWOOD, George H.

«Report on the trial of mercenaries: Luganda, Angola, June 1976», *Manitoba Law Journal*, vol. 7 (1977), págs. 183 a 202.

LOWE, Vaughan

«Can the European Community bind the member States on questions of customary international law?», en Martti Koskeniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union, La Haya*, Kluwer Law International, 1998, págs. 149 a 168.

International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.

LUKASHUK, Igor

«Customary norms in contemporary international law», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 487 a 508.

MACGIBBON, Iain

«Some observations on the part of protest in international law», *BYBIL* 1953, vol. 30 (1954), págs. 293 a 319.

«The scope of acquiescence in international law», *BYBIL* 1954, vol. 31 (1956), págs. 143 a 186.

«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 and Sons, 1982, págs. 10 a 26.

MARQUES ANTUNES, Nuno Sérgio

«Acquiescence», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 53 a 58.

McCLANE, J. Brock

«How late in the emergence of a norm of customary international law may a persistent objector object?», *ILSA Journal of International Law*, vol. 13 (1989), págs. 1 a 26.

McDOUGAL, Myres S. y Harold D. LASSWELL

«The identification and appraisal of diverse systems of public order», en Leo Gross (ed.), *International Law in the Twentieth Century*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1969, págs. 169 a 200.

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.

MENDELSON, Maurice

«State acts and omissions as explicit or implicit claims», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally*, París, Pedone, 1991, págs. 373 a 382.

«The International Court of Justice and the sources of international law», en Vaughn Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, págs. 63 a 89.

«The formation of customary international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998*, vol. 272 (1999), págs. 155 a 410.

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.

MÜNCH, Fritz

«Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra e Instituto Universitario de Estudios Internacionales Superiores, 1968, págs. 490 a 507.

MURPHY, Sean D.

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

O'KEEFE, Roger y Christian J. TAMS

The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2013.

ORAISON, André

«Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées)», *Belgian Review of International Law*, vol. 24 (1991), págs. 507 a 580.

ORAKHELASHVILI, Alexander

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

PARRY, Clive

The Sources and Evidences of International Law, Manchester, Manchester University Press, 1965.

PEIL, Michael

«Scholarly writings as a source of law: a survey of the use of doctrine by the International Court of Justice», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), págs. 136 a 161.

PELLET, Alain

«L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 2007*, vol. 329 (2008), págs. 10 a 47.

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

PELLET, Alain y Alina MIRON

Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public, París, Dalloz, 2015.

PETERS, Christopher

«Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), págs. 617 a 642.

POCAR, Fausto

«To what extent is Protocol I customary international law?», en Andru E. Wall (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, Newport, Naval War College, 2002, págs. 337 a 351.

- POSTEMA, Gerald J.
«Custom in international law: a normative practice account», en Amanda Perreau-Saussine y James Bernard Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 279 a 306.
- PROST, Mario y Paul KINGSLEY CLARK
«Unity, diversity and the fragmentation of international law: how much does the multiplication of international organizations really matter?», *Chinese Journal of International Law*, vol. 5 (2006), págs. 341 a 370.
- QUINCE, Charles
The Persistent Objector and Customary International Law, Denver, Outskirts Press, 2010.
- RAGAZZI, Maurizio
The Concept of International Obligations Erga Omnes, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- REINISCH, August y Peter BACHMAYER
«Customary international law in Austrian courts», 4 de julio de 2013, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289788.
- REISMAN, W. Michael y otros
International Law in Contemporary Perspective, Nueva York, Foundation Press, 2004.
- ROACH, J. Ashley
«Today's customary international law of the sea», *Ocean Development and International Law*, vol. 45 (2014), págs. 239 a 259.
- 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.
The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, vol. I, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- SANTULLI, Carlo
Introduction au droit international, París, Pedone, 2013.
- SAROOSHI, Dan
International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- SCOTT, Gary L. y Craig L. CARR
«Multilateral treaties and the formation of customary international law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25 (1996), págs. 71 a 94.
- SCHACHTER, Oscar
«The development of international law through the legal opinions of the United Nations Secretariat», *BYBIL* 1948, vol. 25, págs. 91 a 132.
«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.
- SCHMALENBACH, Kirsten
«International organizations or institutions, general aspects», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 1126 a 1153.
- SCHWARZENBERGER, Georg
«The province of the doctrine of international law», en George W. Keeton y Georg Schwarzenberger (eds.), *Current Legal Problems*, Londres, Stevens and Sons, 1956, págs. 235 a 265.
- SCHWEBEL, Stephen M.
«The effect of resolutions of the U.N. General Assembly on customary international law», *Proceedings of the 73rd Annual Meeting of the American Society of International Law held in Washington, D.C., April 26-28, 1979*, Washington, D.C., American Society of International Law, 1979, págs. 301 a 309.
«United Nations resolutions, recent arbitral awards and customary international law», Adriaan Bos y Hugo Siblesz (eds.), *Realism in Law-making. Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 203 a 210.
«The influence of bilateral investment treaties on customary international law», *Proceedings of the 98th Annual Meeting of the American Society of International Law, March 31-April 3, 2004*, Washington, D.C., American Society of International Law, 2004, págs. 27-29.
- SHAW, Malcolm N.
International Law, 7ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- SHIHATA, Ibrahim
«The treaty as a law-declaring and custom-making instrument», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 22 (1966), págs. 51 a 90.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento
«Treaties as evidence of customary international law», *International Law at the Time of Its Codification. Essays in Honour of Roberto Ago*, Milán, Giuffrè Editore, 1987, págs. 387 a 397.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2ª ed., Manchester, Manchester University Press, 1984.
«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.
«Estoppel and Acquiescence», 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. 104 a 120.
- SIMMA, Bruno y Andreas L. PAULUS
«The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view», *AJIL*, vol. 93 (1999), págs. 302 a 316.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof
«Forms of participation of international organizations in the lawmaking processes», *International Organization*, vol. 18 (1964), págs. 790 a 805.
«Elements of custom and The Hague Court», *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), págs. 810 a 854.
- SLOAN, Blaine
«General Assembly resolutions revisited (forty years later)», *BYBIL* 1987, vol. 58 (1988), págs. 39 a 150.
- SOHN, Louis B.
«Unratified treaties as a source of customary international law», 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. 231 a 246.
- STEIN, Ted L.
«The approach of the different drummer: the principle of the persistent objector in international law», *Harvard International Law Review*, vol. 26 (1985), págs. 457 a 482.

STEINFELD, Adam

«Nuclear objections: the persistent objector and the legality of the use of nuclear weapons», *Brooklyn Law Review*, vol. 62 (1996), págs. 1635 a 1686.

STERN, Brigitte

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

SUY, Eric

«Innovations in international law-making processes», en Ronald St. John Macdonald, Douglas M. Johnston y Gerald L. Morris (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff y Noordhoff, 1978, págs. 187 a 200.

TANAKA, Yoshifumi

The International Law of the Sea, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

THIRLWAY, Hugh

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

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

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

«Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues», *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), págs. 495 a 506.

TOMKA, PETER

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

TOMUSCHAT, Christian

«Obligations arising for States without or against their will», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 241 (1993), págs. 195 a 374.

«The concluding documents of world order conferences», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 563 a 586.

TREVES, Tullio

«Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 223 (1990), págs. 9 a 302.

«Customary international law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, 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.

Theory of International Law, Londres, Wildy, Simmonds & Hill, 2003.

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.

VERDIER, Pierre-Hugues y Erik VOETEN

«Precedent, compliance, and change in customary international law: an explanatory theory», *AJIL*, vol. 108 (2014), págs. 389 a 434.

VIGNES, Daniel

«The impact of international organizations on the development and application of public international law», en R. St. John

Macdonald y Donald M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 809 a 856.

VILLIGER, Mark E.

Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.

Customary International Law and Treaties, 2ª 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.

WEIL, Prosper

«Towards relative normativity in international law?», *AJIL*, vol. 77 (1983), págs. 413 a 442.

WEISBURD, Arthur M.

«Customary international law: the problem of treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21 (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.

WESSEL, Ramses A. y Steven BLOCKMANS

«The legal status and influence of decisions of international organizations and other bodies in the European Union», *Research Papers in Law*, Brujas, Colegio de Europa, 2014.

WOLFKE, Karol

Custom in present international law, 2ª ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

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

«Treaties and custom: aspects of interrelation», en Jan Klabbers y René Lefebvre (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, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 299 a 313.

WOOD, Michael

«Teachings of the most highly qualified publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 783 a 787.

«Weighing the articles on responsibility of international organizations», en Maurizio Ragazzi (ed.), *Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, págs. 55 a 66.

«International organizations and customary international law», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48 (2015), págs. 609 a 620.

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, 2011, págs. 190 a 224.

Introducción

1. En 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema «Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario» en su actual programa de trabajo¹ y celebró un debate inicial sobre la base de una nota preliminar del Relator Especial².

2. En 2013, la Comisión celebró un debate general³ sobre la base del primer informe del Relator Especial⁴ y de un memorando de la Secretaría⁵. La Comisión cambió el título del tema por «Identificación del derecho internacional consuetudinario»⁶.

3. El segundo informe del Relator Especial⁷ preparado para el 66º período de sesiones de la Comisión en 2014, se ocupó del enfoque respecto de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario y en él figuraba un examen detallado de las características y del papel de los dos elementos constitutivos y de cómo determinar su concurrencia. En el informe se propusieron 11 proyectos de conclusiones divididos en cuatro partes. Tal como se explicó, parecía aconsejable ocuparse en el mismo informe tanto de la práctica como de la aceptación como derecho, dada la estrecha relación entre ambas⁸ señalándose que en el tercer informe se propondrían nuevos proyectos de conclusiones relativos a estos y otros asuntos.

4. La Comisión celebró un debate sobre el segundo informe del 11 al 18 de julio de 2014⁹ en el que se confirmó que los miembros de la Comisión apoyaban de forma general el enfoque basado en «dos elementos». Siguió habiendo un amplio acuerdo de que entre los principales materiales que debieran servir de orientación sobre el tema cabía mencionar las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular de la Corte Internacional de Justicia, y que el resultado debía ser una guía práctica para ayudar a los profesionales en la tarea de identificar el derecho internacional consuetudinario. Se debatió la necesidad de lograr el equilibrio correcto entre los proyectos de conclusiones y los comentarios, así como entre la necesidad de que la orientación ofrecida sea clara y la de mantener la flexibilidad inherente de la costumbre como fuente de derecho internacional. Además, se recalzó que hacía falta un mayor análisis y debate sobre algunas cuestiones planteadas en el informe, como la importancia de la inacción y la pertinencia de las organizaciones internacionales para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

5. Tras el debate, los 11 proyectos de conclusiones propuestos en el segundo informe fueron remitidos al Comité de Redacción, que aprobó provisionalmente 8 proyectos de conclusiones. El Comité no pudo examinar dos proyectos de conclusiones por falta de tiempo, y se omitió

un proyecto de conclusión. El 7 de agosto de 2014, el presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional al pleno sobre la labor relativa a este tema desarrollada por el Comité en 2014¹⁰. Los ocho proyectos de conclusiones aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción figuran en un anexo del informe provisional. Tal como señaló el presidente del Comité, el Comité esperaba presentar oficialmente un conjunto de proyectos de conclusiones, incluidos los que figuran en el informe provisional (con las revisiones necesarias, a la luz del presente informe y de las próximas deliberaciones en el pleno y en el Comité de Redacción) para su aprobación por la Comisión en su 67º período de sesiones, en 2015.

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

7. En el debate de la Sexta Comisión de la Asamblea General celebrado en 2014 se expresó un apoyo general a la preparación de una guía práctica consistente en un conjunto de conclusiones con comentarios que ayudara a los profesionales en la tarea de identificar las normas del derecho internacional consuetudinario. Las delegaciones dieron su pleno apoyo al enfoque de los dos elementos; algunas de ellas añadieron que la opinión según la cual en algunas esferas bastaría con un solo elemento constitutivo para establecer una norma del derecho internacional consuetudinario no se sustentaba ni en la práctica internacional ni en la jurisprudencia. Algunas propusieron examinar la variación del peso respectivo de los dos elementos en ámbitos específicos del derecho internacional. Si bien varias delegaciones reconocieron que al identificar una norma del derecho internacional consuetudinario lo que se debía tomar en cuenta primordialmente era la práctica de los Estados, otras recalcaron la importancia de la práctica de las organizaciones internacionales en la formación e identificación de las normas consuetudinarias, especialmente en casos en que los Estados Miembros habían traspasado competencias a ellas¹¹.

8. El presente informe debe leerse conjuntamente con los dos informes previos de 2013 y 2014, con el trabajo realizado por el Comité de Redacción en 2014, y con los debates en la CDI y la Sexta Comisión. En él se procura completar el conjunto de proyectos de conclusiones propuestos por el Relator Especial abordando determinados asuntos que no abarcó el segundo informe, y otros respecto a los cuales se había acordado que la Comisión volviera a ocuparse en 2015. Cada una de los capítulos en que se divide este informe abarca una esfera específica: en

¹ *Anuario...* 2012, vol. II (segunda parte), párr. 19.

² *Ibíd.*, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/653.

³ Véase *Anuario...* 2013, vol. I, 3182ª a 3186ª sesiones; véase también *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 66 a 107.

⁴ *Anuario...* 2014, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663.

⁵ *Ibíd.*, documento A/CN.4/659.

⁶ *Anuario...* 2013, vol. I, 3186ª sesión.

⁷ *Anuario...* 2014, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672.

⁸ *Ibíd.*, párr. 10.

⁹ *Ibíd.*, vol. I, 3222ª a 3227ª sesiones; véase también *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 137 a 185.

¹⁰ *Ibíd.*, vol. I, 3242ª sesión.

¹¹ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones (A/CN.4/678), párrs. 52 a 59.

el capítulo I se aborda con mayor profundidad la relación entre los dos elementos constitutivos; en el capítulo II figura un estudio más detallado de la inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho; el capítulo III trata del papel de los tratados y las resoluciones aprobadas por las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales; en el capítulo IV se aborda la jurisprudencia y la doctrina; en el capítulo V se vuelve a la cuestión de la práctica de las organizaciones internacionales; en los capítulos VI y VII se examinan dos cuestiones concretas, a saber la costumbre en particular y el objeto persistente; y en el capítulo VIII se propone el futuro programa de trabajo sobre el tema. Para facilitar la referencia, los proyectos de conclusiones propuestos en el presente informe, que deben leerse conjuntamente con los propuestos anteriormente por el Relator Especial y el Comité de Redacción, figuran en un anexo.

9. En su 66º período de sesiones, celebrado en 2014, la Comisión reiteró su solicitud a los Estados de que:

antes del 31 de enero de 2015, proporcionen información sobre su práctica en relación con la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de prueba para establecer ese derecho en una situación determinada, tal como se recoge en:

a) declaraciones oficiales ante cámaras legislativas, tribunales y organizaciones internacionales; y

b) resoluciones de tribunales nacionales, regionales y subregionales¹².

¹² *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 29.

Además, la Comisión indicó que «agradecería información sobre recopilaciones y estudios de la práctica de los Estados en el campo del derecho internacional»¹³.

10. A la fecha de presentación de este informe, además de las contribuciones recibidas en 2014¹⁴ se habían recibido otras seis contribuciones¹⁵. Se aceptarán de buen grado otras contribuciones en cualquier momento.

11. Varias instituciones han vuelto a organizar reuniones sobre distintos aspectos del asunto, lo que resulta alentador y estimulante. La Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana (AALCO) está tratando el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, y se tiene entendido que su grupo oficioso de expertos ha examinado el informe de su Relator Especial y aprobado una serie de comentarios para que la AALCO proceda a su análisis en su período de sesiones de abril de 2015¹⁶. Además, desde la preparación del segundo informe ha habido nuevas decisiones de cortes y tribunales, así como doctrina, todo lo cual este informe toma en consideración.

¹³ *Ibíd.*, párr. 30.

¹⁴ Alemania, Bélgica, Botswana, Cuba, El Salvador, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Irlanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y República Checa.

¹⁵ Alemania, Austria, Finlandia, República de Corea, Reino Unido y República Checa.

¹⁶ Se tenía previsto celebrar el 54º período anual de sesiones de la AALCO en Beijing del 13 al 17 de abril de 2015, poco tiempo después de la fecha de presentación del presente informe.

CAPÍTULO I

Relación entre los dos elementos constitutivos

12. La necesidad de examinar más a fondo la relación entre los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario fue planteada en la CDI y en la Sexta Comisión en 2014¹⁷. Entre las cuestiones resaltadas a este respecto cabe mencionar el aspecto temporal de los dos elementos, así como la aplicación del enfoque de los dos elementos en diferentes ámbitos del derecho internacional.

13. El derecho internacional consuetudinario, que es una práctica generalmente aceptada como derecho, está formado por ejemplos de comportamiento sumados a la *opinio juris*, y se manifiesta en ellos. Como la Corte Internacional de Justicia ha repetido en numerosas oportunidades,

los actos de que se trata deben constituir una práctica establecida y, además, deben ser de tal naturaleza, o realizarse de tal modo, que pongan de manifiesto el convencimiento de que la práctica se considera obligatoria por la existencia de una norma de derecho que exige su cumplimiento¹⁸.

¹⁷ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 153; Resumen por temas... (nota 11 *supra*), párr. 53.

¹⁸ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), fondo, fallo, *I.C.J. Reports, 1986*, pág. 109; *Jurisdictional Immunities of the State*

Se ha dicho que los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario «no son dos entidades yuxtapuestas, sino tan solo dos aspectos del mismo fenómeno: una determinada acción que se ejecuta o percibe subjetivamente de determinada manera»¹⁹.

(Alemania v. Italia: Grecia interviniente), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 122, párr. 55.

¹⁹ Stern, «Custom at the Heart of International Law», págs. 89 y 92. Véase también Danilenko, *Law-Making in the International Community*, págs. 81 y 82 («aunque se reconoce a la *opinio juris* como otro elemento de la costumbre, como cuestión práctica ella solo puede hacerse patente a través de claras manifestaciones de conducta del Estado. En el marco del proceso de elaboración del derecho consuetudinario, las normas de conducta resultantes de la evolución de la práctica de los Estados se aceptan como derecho mediante actos que también forman parte de la práctica en un sentido amplio. Además, los mismos actos y acciones que configuran la práctica pertinente pueden expresar tanto la actitud de los Estados respecto al contenido de la nueva norma de conducta como el reconocimiento de esta norma como jurídicamente vinculante. De ahí que el elemento de la *opinio juris* no pueda separarse enteramente de la práctica»); 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, pero la función de cada una —práctica y *opinio*— no se centra exclusivamente en sí misma; ambas se complementan»); Worster, «The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law», págs. 8 y 9 («Los elementos objetivos y subjetivos no están separados [...] no investigamos si una práctica es suficiente y, una vez confirmado esto, pasamos a investigar si los Estados mantienen una *opinio juris*, sino que

14. Si bien los dos elementos del derecho internacional consuetudinario son de hecho «realmente inseparables; uno no existe sin el otro»²⁰; al procurar determinar si ha surgido una regla de derecho internacional consuetudinario es necesario examinar y verificar la existencia de cada elemento por separado²¹. Para ello se requiere por lo general una evaluación de diferentes pruebas para cada elemento ya que, tal como se explicó en el segundo informe, la propia práctica presuntamente impuesta por el derecho internacional consuetudinario por lo general no demuestra por sí misma que se trate de una aceptación como derecho²². «El mero hecho de que esas cosas se hagan no significa que se deban hacer»²³.

15. Al procurar determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, generalmente la prueba de la práctica en cuestión no ha de servir también como prueba de la *opinio juris*: esa doble contabilización

evaluamos, o deberíamos evaluar, si la práctica es suficiente cuando se hace con *opinio juris*, vale decir que buscamos también una masa crítica de práctica con *opinio juris*»).

²⁰ Müllerson, «On the Nature and Scope of Customary International Law», págs. 341, 344, 346 y 347 (y añade que «como cara y cruz de una misma moneda, [los dos elementos] podrían separarse con fines analíticos pero [...] no pueden existir el uno independientemente del otro [...] la cuestión de si existen normas consuetudinarias sin alguno de los dos elementos —práctica y *opinio juris*— es una cuestión artificial (producto de la imaginación). Siempre hay alguna práctica “efectiva”, de lo contrario sencillamente no se podría hablar de patrones de conducta que puedan ser (o no) jurídicamente vinculantes»).

²¹ Citando al Sr. Hmoud, «si bien son válidos los argumentos de que los dos elementos se interrelacionan y que en muchos casos la formación y la prueba de los dos elementos pueden combinarse en muchos casos, no deja de ser cierto que a los efectos de la identificación se trata de dos asuntos diferentes» (*Anuario... 2014*, vol. I, 3226ª sesión). Véase también Pellet, «Article 38», pág. 813 («Dividir la definición de la costumbre en dos elementos diferenciados: uno “material” u “objetivo”, representado por la práctica, y otro “psicológico”, “intelectual” o “subjetivo”, conocido habitualmente como *opinio juris* [...] constituye una herramienta sumamente útil para “descubrir” las normas consuetudinarias»); Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 23 («la existencia de una costumbre [...] es la conclusión que uno extrae (ya sea asesor jurídico, corte, gobierno, o comentarista) respecto a dos cuestiones conexas: a) ¿existe una práctica general?; b) ¿es ella aceptada como derecho internacional?»).

²² *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párrs. 72 a 74.

²³ Shaw, *International Law*, pág. 53. Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 76 («actuar, o convenir actuar, de determinada manera, no demuestra de por sí nada de carácter jurídico»), y párr. 77 («aun si estos casos de acción [...] fueran mucho más numerosos de lo que en realidad son, no alcanzarían por sí solos, aun en su totalidad, a constituir *opinio juris*. [...] La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no alcanza por sí sola»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 253 y 254, párrs. 65 y 68; *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea v. República Democrática del Congo), excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 615, párr. 90 («El hecho de que [...] diversos acuerdos internacionales [...] hayan establecido regímenes jurídicos especiales que rigen la protección de las inversiones, o que las disposiciones a este respecto se incluyan comúnmente en los contratos suscritos directamente entre Estados e inversores extranjeros, no basta para demostrar que ha habido un cambio en las normas consuetudinarias de la protección diplomática; bien podría demostrar lo contrario); *S.S. «Lotus»* (Francia/Turquía), fallo núm. 9, 1927, *P.C.I.J., Series A, No. 10*, pág. 28; Sala de Cuestiones Preliminares de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, causa penal núm. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), *Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 20 de mayo de 2010, párr. 53 («Una abundancia de práctica de los Estados no lleva habitualmente aparejada la presunción de que existe *opinio juris*»).

(referenciación repetida)²⁴ debe evitarse²⁵. Como ha señalado Thirlway,

bien puede haber superposición entre las «manifestaciones de la práctica» y los «medios para probar la aceptación» de dicha práctica como derecho; por lo general, ello no significa que determinados actos puedan constituir ambos, ya que ello supondría una vuelta a la teoría del elemento único²⁶.

16. El derecho internacional consuetudinario se ha descrito a menudo como una práctica que se convierte en derecho cuando se le incorpora una *opinio juris* concomitante. Sin embargo, cada vez más se reconoce que si bien la práctica efectiva que ejercen los Estados «bien puede constituir [...] el factor inicial que se ha de tener en cuenta»²⁷ no todas las normas del derecho internacional consuetudinario «deben hundir sus raíces en el uso efectivo»²⁸. Es decir, que es posible que surja en primer lugar una aceptación de que algo deba constituir derecho (una naciente *opinio juris*) y que esta luego dé lugar a una práctica que lo plasme, produciendo así una norma de derecho internacional consuetudinario²⁹. Tal como

²⁴ *Anuario... 2014*, vol. I, 3223ª sesión, Sr. Murase.

²⁵ Véase también *ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 74 («[l]a aplicación de esta norma a una práctica “no efectiva” también permite garantizar que las declaraciones abstractas no creen, por sí solas, derecho»).

²⁶ Thirlway, «Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues» (y añade que «[l]a teoría de los dos elementos implica necesariamente que tiene que haber algo presente que pueda describirse como práctica de los Estados, así como algo que indique, o a partir de lo cual se pueda extraer la conclusión, que los Estados consideran que existe una norma de derecho consuetudinario»). Véase también Mendelson, «The Formation of Customary International Law», págs. 155, 206 y 207 («Sin embargo, lo que debe evitarse es considerar el mismo acto a la vez como ejemplo de elemento subjetivo y de elemento objetivo. Si se acepta la opinión “dominante” de que es necesario que estén presentes ambos elementos, y en particular que el elemento subjetivo vaya acompañado de una práctica “efectiva”, ello debe necesariamente impedir que una declaración se considere tanto un acto como una manifestación de creencia (o voluntad)»); y Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, págs. 136 a 141. Sin embargo, «[c]on bastante frecuencia ambos elementos coinciden; incluso en casos en que se ha proclamado la validez de la distinción teórica entre práctica y *opinio juris*, la Corte [Internacional de Justicia] los mezcla» (Pellet, «Article 38», pág. 827); véase Koroma, «The Application of International Law by the International Court of Justice», pág. 101.

²⁷ Shaw, *International Law*, pág. 54. Véase también Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 208 (se refiere al caso *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua* cuando dice que «[d]etrás de la investigación sobre la *opinio juris* existe, por supuesto, la presunción de que existía práctica suficiente»).

²⁸ Citando a Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 68.

²⁹ Por supuesto, la *opinio juris*, en su definición estricta, no puede preceder a la práctica a la que supuestamente debe acompañar: por el contrario, podría opinarse que debería existir una norma (o una opinión equivocada de que existe). Si por ende se observa que la práctica se ajusta a esa opinión, podría ser fácilmente imputable a la misma. En ese sentido la *opinio juris* puede ser, por así decirlo, antedatada; pero cuando se expresó era solo *opinio*, no *opinio juris*. Véase también Wolfke, *Custom in Present International Law*, págs. 64 y 65; Daillier, Forteau y Pellet, *Droit international public*, pág. 262 («Tradicionalmente, la práctica está en el origen de la *opinio juris*. Es la repetición de los precedentes a lo largo del tiempo lo que hace nacer el sentimiento de obligación. Sin embargo, en ciertos casos, se asiste a una inversión del proceso: la expresión de una “necesidad de derecho” [...] está en el origen de una práctica que lleva a la formación de la norma consuetudinaria. A las costumbres “sabias” se

recalcó Sudáfrica en la Sexta Comisión, para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario «lo que importa es que ambos elementos estén presentes, más que su orden temporal»³⁰.

17. El enfoque basado en dos elementos, que cuenta con un amplio apoyo en la Comisión y en los Estados en el contexto del actual tema, así como a nivel más amplio en la práctica internacional, la jurisprudencia y la doctrina especializada³¹ se aplica a la formación e identificación de todas las normas del derecho internacional consuetudinario. A su vez, tal como se señaló en el segundo informe: «No obstante, puede haber una diferencia en la aplicación del enfoque basado en los dos elementos en diversos campos [del derecho internacional] (o, tal vez más precisamente, con respecto a distintos tipos de normas)»³². Ello refleja el carácter inherentemente flexible del derecho internacional consuetudinario y su papel en el ordenamiento jurídico internacional. Por ende, en algunos casos una forma particular (o instancias particulares) de práctica, o pruebas particulares de aceptación como derecho, pueden resultar más pertinentes que otras; además, en la evaluación de los elementos constitutivos debe tomarse en cuenta el contexto en el que ha surgido y se aplicará la supuesta norma³³. En cualquier caso, no debe desvirtuarse el carácter esencial

(Continuación de la nota 29.)

oponen la que se ha dado en llamar costumbres “salvajes”»); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, págs. 80 a 85.

³⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26)*, párr. 94. Este argumento fue también expuesto en el debate de la Comisión de 2014 por los Sres. Park, Murase y Nolte (*Anuario... 2014*, vol. I, 3223ª y 3226ª sesiones). Véase también Cassese, *International Law in a Divided World*, pág. 180 («Por supuesto, los dos elementos no deben [ambos] estar presentes desde el inicio»).

³¹ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párrs. 21 a 27. El Sr. Huang explicó en el debate de la Comisión celebrado en 2014 que el «derecho internacional consuetudinario se podría comparar a un ser humano: la práctica general constituye el cuerpo, y la *opinio juris*, el alma: en otras palabras, ambos elementos son fundamentales» (ibíd., vol. I, 3226ª sesión).

³² Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 28. Según el Sr. Šturma, «admitir que en diferentes ámbitos del derecho internacional el peso que se le da a la práctica y el que se le da a la *opinio juris* pueden ser diferentes no supone, a mi juicio, reemplazar la teoría uniforme de la costumbre internacional por teorías sectoriales de la costumbre en el derecho de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, etc.» (ibíd., vol. I, 3226ª sesión); véanse también las declaraciones de los Sres. Park, Hasouna y Hmoud (ibíd., 3223ª, 3225ª y 3226ª sesiones, respectivamente).

³³ Véase también Condorelli, «Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law», págs. 147 y 148 (refiriéndose a la determinación del derecho internacional consuetudinario, observa que «es la operación que consiste en reunir pruebas para demostrar el efecto social de las normas en cuestión. Estas pruebas pueden ser múltiples, y el peso de cada una de ellas podrá variar en situaciones diferentes: tal vez sea necesario un período prolongado, o en otros casos quizás las pruebas actúen de forma sincrónica. En todos los casos se deberían considerar suficientes si permiten evaluar que la norma buscada efectivamente tiene un efecto social sobre la comunidad internacional. En resumidas cuentas, el objeto buscado es único, y existe asimismo un único método a utilizar, pero los caminos que conducen a él pueden ser diferentes: a veces más largo y difícil, a veces más rápido, y otras veces, tal vez, demasiado rápido»); Thirlway, «Human rights in customary law...», pág. 503 («Por supuesto es posible aceptar que para establecer una norma consuetudinaria del derecho de los derechos humanos se necesita tanto *opinio juris* como práctica, pero mantener cada elemento, y en particular la práctica, en este dominio especial, puede revestir un carácter diferente del que por lo general se requiere para establecer

del derecho internacional consuetudinario como práctica general aceptada como derecho»³⁴.

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

«Proyecto de conclusión 3 [4].
Evaluación de la prueba respecto a los dos elementos

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

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

³⁴ Véase también Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 145 («El carácter de los dos elementos constitutivos de la costumbre también puede desarrollarse, a condición de que el desarrollo no distorsione el carácter esencial de la costumbre»); Waldock, «General Course on Public International Law», pág. 49 («El problema esencial en cada caso [...] consiste en evaluar la coherencia, duración y generalidad de la práctica y sopesarlas en el equilibrio con otros elementos, como las consideraciones políticas, económicas y sociales que motivan la práctica. Para hacerlo, el magistrado o asesor jurídico de un gobierno recurrirá a su propio conocimiento de los asuntos internacionales y a las actitudes y políticas de los Estados. Pero en última instancia, la prueba consistirá siempre en responder a la siguiente pregunta: “¿la práctica se acepta como derecho?”. Esto es especialmente cierto en la comunidad internacional, donde los participantes en la formación de una costumbre son Estados soberanos, que son los que adoptan las decisiones, es decir, los legisladores dentro de la comunidad. El reconocimiento de la práctica como derecho por ellos es, de manera muy directa, la base esencial del derecho consuetudinario»). Las palabras de Simma y Paulus pueden también resultar pertinentes en este contexto: «Al parecer, hasta el momento las fuentes tradicionales de derecho internacional han mostrado suficiente flexibilidad como para hacer frente a estas nuevas situaciones. Aun si no dan respuesta a la búsqueda intelectual de unidad en el sistema jurídico internacional, estas fuentes han superado la prueba del tiempo y han sido ampliamente aceptadas. Mientras no se disponga de procesos jurídicos alternativos que sean universalmente aceptados, sencillamente habrá que seguir recurriendo a los viejos procesos. Y sin embargo, la visión de un derecho internacional más propicio a la realización de valores mundiales sigue siendo compatible con el régimen de las fuentes tradicionales [...] en la medida en que esos valores encuentren “expresión suficiente en forma jurídica”» («The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View», págs. 302 y 316).

CAPÍTULO II

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

19. Tal como se indicó en el segundo informe, la inacción (conocida también como práctica pasiva, abstenerse de actuar, silencio, u omisión) puede ser «central en el desarrollo y la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario»³⁵. En vista de las deliberaciones celebradas en 2014, el Relator Especial se comprometió a abordar el tema más a fondo en el presente informe³⁶.

20. La inacción es una forma de práctica que (cuando es general y va acompañada de la aceptación como derecho) puede dar lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario³⁷. Entre los ejemplos más conocidos cabe mencionar el abstenerse de ejercer la protección en favor de determinadas personas naturalizadas³⁸, abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de algún Estado³⁹ y abstenerse de entablar acciones penales en determinadas circunstancias⁴⁰. Aún más que otras formas

de práctica, a veces la inacción puede ser difícil de identificar y calificar; en cualquier caso, al igual que con otras formas de práctica, «la mera prueba de [...] omisiones que supuestamente constituyen prácticas de los Estados no elimina la necesidad de interpretar esas [...] omisiones» para tratar de verificar si efectivamente se aceptan como derecho⁴¹. En los casos en que dicha aceptación no pueda establecerse claramente, la inacción puede calificarse de «omisión ambigua»⁴².

21. La inacción puede también servir de prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*), cuando conlleva conformidad con una determinada práctica. A los efectos de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario, se trata de una inacción de diferente tipo⁴³. Básicamente, estamos ante un Estado que tolera la práctica de otro u otros Estados, en circunstancias que ponen de manifiesto que el Estado que opta por no actuar considera que dicha práctica se ajusta al derecho internacional⁴⁴. Según

³⁵ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 42. Véase también el proyecto de conclusión 6 [7], párr. 1, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014.

³⁶ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 180.

³⁷ Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 99, párr. 188 («Sin embargo, la Corte tiene que quedar convencida de que existe en el derecho internacional una *opinio juris* sobre el carácter vinculante de esa abstención»); Tunkin, «Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law», págs. 419 y 421 («La costumbre de abstenerse de actuar en determinadas circunstancias puede sin duda dar lugar a la creación de una norma de conducta que puede convertirse en una norma jurídica. Obviamente, todo lo que se dijo antes acerca de los elementos de la repetición, el tiempo y la continuidad se aplica igualmente a la práctica de la abstención»); Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 10 («La práctica de los Estados [...] puede incluir también omisiones y silencio de parte de los Estados»); Danilenko, «The Theory of International Customary Law», pág. 28 («Abstenerse usual o habitualmente de realizar acciones específicas puede constituir una práctica que dé lugar a una norma que imponga un deber de abstenerse de dichas acciones en situaciones similares, por ejemplo, una práctica que constituya una norma prohibitiva del derecho internacional»); Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, pág. XLV («Si la práctica consiste en gran medida en la abstención combinada con el silencio, hará falta alguna indicación de que la abstención se basa en una expectativa legítima de la comunidad internacional al respecto»); Mendelson, «State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims»; Koroma, «The Application of International Law by the International Court of Justice», pág. 93; Estados Unidos, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, párr. 102, comentario *b* («La inacción puede constituir práctica de los Estados»).

³⁸ *Nottebohm* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 22.

³⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 99, párr. 188.

⁴⁰ S.S. «Lotus», fallo núm. 9, 1927, *P.C.I.J., Series A, No. 10*, pág. 28. Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 253, párr. 65 (la Corte Internacional de Justicia se refiere a los proponentes de una prohibición que procure basarse en «una práctica sistemática de no utilización de las armas nucleares por los Estados»); *Jurisdictional Immunities of the State*, 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, Light and Power Company, Limited*, 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).

⁴¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 423 (opinión disidente del magistrado Shahabuddeen). Irlanda dijo en el debate de la Sexta Comisión celebrado en 2014 que el «[c]ontexto reviste una particular importancia en la evaluación de la inacción como forma de práctica, y es probable que cumpla allí un papel mayor que en la evaluación de otras formas de práctica» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26)*, párr. 39).

⁴² Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 61.

⁴³ El Sr. Hmoud dijo al respecto lo siguiente: «[s]i bien se reconoce que la inacción puede considerarse una acción negativa, tiene que haber una distinción entre la inacción como conducta, que pertenece al elemento objetivo (práctica), y la inacción como aquiescencia, que corresponde al segundo elemento, que es subjetivo» (*Anuario... 2014*, vol. I, 3226ª sesión). Véase también la intervención del Sr. Forteau (ibíd., 3225ª sesión); Danilenko, «The Theory of International Customary Law», págs. 28 y 29 («Bajo el epígrafe de práctica «pasiva» o «negativa» puede entenderse una práctica de [dos diferentes tipos]»).

⁴⁴ El Sr. Hudson, en su calidad de Relator Especial sobre el artículo 24 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, consideró que «el consentimiento general en la práctica por otros Estados» constituía un elemento necesario para el surgimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/16 y Add.1, parr. 11); en otras partes hace referencia a los elementos necesarios del derecho internacional consuetudinario como «la acción concordante y recurrente de numerosos Estados en el ámbito de las relaciones internacionales, la concepción en cada caso que dicha acción era obligatoria desde el punto de vista jurídico, y el hecho de que otros Estados no cuestionaran dicha concepción en ese momento» (Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, pág. 609). Véase, por ejemplo, el Tribunal Especial para el Líbano, causa núm. CH/AC/2010/02, decisión en apelación del auto del juez de instrucción relativo a la jurisdicción y la legitimación (Sala de Apelaciones), párr. 47 («La combinación de una serie de decisiones en esta esfera [de las facultades inherentes de

la Sala de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gulf of Maine*, dicha aquiescencia «equivale a un reconocimiento tácito manifestado por conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento»⁴⁵.

22. Puesto que podría haber varios motivos que expliquen la negativa a actuar o la omisión de hacerlo, por ejemplo por falta de capacidad o de interés directo al respecto⁴⁶, no todo caso de inacción supone consentimiento:

(Continuación de la nota 44.)

las cortes y tribunales], sumada a la aceptación implícita o aquiescencia de todas las entidades internacionales de que se trate, indica claramente la existencia de la práctica y de la *opinio juris* necesarias para sostener que ha surgido una norma consuetudinaria del derecho internacional»; Argentina, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa núm. 16063/94, 2 de noviembre de 1995, párr. 90. Véase también 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»); Shaw, *International Law*, pág. 64 («cuando se ve que hay Estados que consienten la conducta de otros Estados sin protestar en su contra, existe la presunción de que dicha conducta se acepta como legítima»); Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 39 («Si algunos Estados muestran aquiescencia ante las acciones de otros Estados (o ante afirmaciones de que estos tienen derecho a actuar), surge una norma permisiva del derecho internacional; si generan protestas, la legalidad de esas acciones controvertidas es, cuando menos, dudosa»); Meijers, «How is International Law Made? – The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules», págs. 3 a 5 («las personas pasivas se dejan llevar por las activas [...] la falta de protesta —la falta de una objeción firme al desarrollo de la nueva norma— basta para la formación de una norma de derecho consuetudinario (y la obligación de cumplirla)»). MacGibbon dice que aquiescencia «dota al proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario de un grado conveniente y mesurado de flexibilidad» («Customary International Law and Acquiescence», pág. 145 (sin embargo, aporta una opinión peculiar sobre la relación entre la *opinio juris* y la aquiescencia)).

⁴⁵ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 305, párr. 130. En el presente contexto, la noción según la cual la inacción se equipara al consentimiento se inspira en los conceptos de aquiescencia y estoppel en el derecho internacional, que son habitualmente aplicables en un contexto bilateral; si bien la analogía pueda no ser exacta, tal vez resulte de utilidad. Véase también MacGibbon, «The Scope of Acquiescence in International Law», pág. 145 («La función de la aquiescencia puede equipararse a la del consentimiento, que el profesor Smith describió como “el proceso legislativo del derecho internacional”; constituye un procedimiento para dotar de legalidad a normas que anteriormente estaban en proceso de desarrollo y a derechos que antes se encontraban en proceso de consolidación [...] su valor reside principalmente en el hecho de que sirve como reconocimiento de la legalidad y de la tolerancia de la ilegalidad, y aporta un criterio objetivo y a la vez práctico»); Marques Antunes, «Acquiescence», párr. 2 («En el derecho internacional, el término “aquiescencia” —del latín *quiescere* (estar quieto)— denota consentimiento. Se refiere a un consentimiento otorgado tácitamente por un Estado, de forma unilateral, por silencio o inacción, en circunstancias en que se haría necesaria una respuesta que exprese desacuerdo u objeción en relación con la conducta de otro Estado. La aquiescencia es por ende un consentimiento que se infiere de un silencio o de una inacción jurídicamente pertinente»).

⁴⁶ Por su parte, según el Sr. Kittichaisaree «pueden darse muchas explicaciones plausibles para justificar la falta de protestas ante incumplimientos entre los Estados, aparte de la de creer que la acción es legal», y la Sra. Jacobsson resaltó que «si bien es posible que la inacción pueda servir de prueba de aceptación como derecho, puede también suceder lo contrario: es decir, que la inacción puede no ser interpretada como aceptación» (*Anuario... 2014*, vol. I, 3225ª y 3226ª sesiones, respectivamente). Véase también Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 25 («El silencio puede denotar un acuerdo tácito o sencillamente falta de interés en la cuestión»); Shaw, *International Law*, pág. 57 («La omisión de actuar refleja por sí misma las actitudes de un Estado tanto como sus acciones. Además,

solo el «silencio calificado»⁴⁷, tal como se detalla en los párrafos siguientes, puede interpretarse como consentimiento en la práctica pertinente⁴⁸. La interpretación de la inacción debe hacerse en general «en términos relativos, teniendo en cuenta la secuencia (específica) de datos y la relación entre los Estados de que se trate»⁴⁹.

23. En primer lugar, la inacción solo podría ser pertinente a los efectos de establecer consentimiento cuando se requiera una reacción ante la práctica en cuestión: como señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, «la falta de reacción bien puede suponer aquiescencia [...] vale decir, el silencio puede decirlo todo, pero solo si la conducta del otro Estado hace necesaria una respuesta»⁵⁰. Ello implica que la práctica en cuestión debe ser una que afecte los intereses o derechos del Estado que no actúa o se niega a hacerlo⁵¹ por su parte,

hace patente el enfoque que adopta el país respecto a su entorno. [...] La omisión de actuar puede derivarse de una obligación jurídica de no actuar, o de la incapacidad o falta de voluntad de hacerlo bajo las circunstancias del caso». Compárese con el fallo *North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, pág. 42, párr. 73 («El hecho de que a veces la no ratificación pueda deberse a factores ajenos a la desaprobación activa de la convención de que se trate rara vez puede servir de fundamento para la aceptación positiva de sus principios: los motivos son de carácter especulativo, pero los hechos siguen siendo los mismos»).

⁴⁷ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 39.

⁴⁸ Véase también MacGibbon, «The Scope of Acquiescence in International Law», pág. 183 («Para impedir su aplicación a circunstancias que no la justifican y para asegurar su aceptación cuando corresponda, la doctrina [de la aquiescencia] ha de ajustarse a ciertas salvaguardias necesarias»).

⁴⁹ Marques Antunes, «Acquiescence», párr. 19. Véase también Brownlie, «Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom», vol. I, pág. 315 («Una minoría de académicos ha dicho que, en el caso del Consejo de Seguridad, la omisión de condenar una acción en particular por un Estado constituye aprobación de la acción de que se trate. Este enfoque es demasiado simplista. Todo depende del contexto y del contenido preciso de las actas de los debates. La omisión de expresar desaprobación de la conducta de un Estado puede obedecer a una serie de motivos políticos y de procedimiento que no están relacionados con la cuestión de la legalidad»).

⁵⁰ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Malasia/Singapur), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 50 y 51, párr. 121 (en el contexto de establecer la soberanía). Según la Sra. Escobar Hernández, «la inacción debe evaluarse a la luz de las circunstancias circundantes y con especial consideración a si razonablemente se podría haber esperado que el Estado actuara» (*Anuario... 2014*, vol. I, 3226ª sesión). Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 130, párr. 31 (opinión separada del magistrado Ammoun); Bos, «The Identification of Custom in International Law», pág. 37 («cabe recalcar que no siempre se puede equiparar el silencio con la aquiescencia: no se puede pedir que los Estados vivan con la obligación de una protesta permanente contra todo lo que les disguste. Para que se deriven consecuencias jurídicas, debe haber un buen motivo que requiera alguna forma de acción»); MacGibbon, «The Scope of Acquiescence in International Law», pág. 143 («Por ende, la aquiescencia reviste la forma de silencio o falta de protesta en circunstancias que generalmente exigen una reacción positiva que denote una objeción»). Cabe recordar que el proyecto de conclusión 9, párr. 2, del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 66º período de sesiones, en 2014, dispone que «El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias exigen alguna reacción» (*Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 75).

⁵¹ Véase también la intervención de Grecia en la Sexta Comisión («[Lo] que podría ser pertinente no es cualquier forma de inacción, sino la inacción consciente de un Estado interesado respecto a la práctica en cuestión, a menudo examinada en relación con un acto,

se ha dado a entender que «en las esferas de las relaciones que afectan los intereses de toda la humanidad, la existencia de un interés general de todos los Estados puede dar bases suficientes para suponer que la falta de protestas responde a una aquiescencia»⁵².

24. En segundo lugar, cuando se recurre a la inacción de un Estado para determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, dicho Estado tiene que haber tenido conocimiento efectivo de la práctica en cuestión, o las circunstancias tienen que haber sido tales que se debe haber considerado que el Estado de que se trata tenía dicho conocimiento⁵³.

propuesta o afirmación de otro Estado que haga necesaria una reacción») (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26)*, párr. 29); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 229 (opinión disidente del magistrado Lachs) («Los Estados que han consentido [una práctica] al afrontar actos legislativos de otros Estados que los afectan»); Tunkin, *Theory of International Law*, pág. 139 («Por cierto, no todo silencio puede considerarse como consentimiento. En particular en los casos en que la respectiva formación de una norma consuetudinaria no afecta los intereses de un Estado en un determinado momento, su silencio no puede considerarse un reconocimiento tácito de esa norma. Pero cuando una norma en formación afecta los intereses de un Estado en particular, la ausencia de objeciones después de un tiempo suficiente puede, por regla general, considerarse un reconocimiento tácito de dicha norma»); Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 40 («La omisión de protestar contra una afirmación *in abstracto* acerca del contenido del derecho consuetudinario es menos significativa que la omisión de protestar contra actos concretos realizados por un Estado en un caso específico que tiene una repercusión inmediata en los intereses de otro Estado»); Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 108 («Con arreglo al derecho internacional vigente, la falta de protestas supone aquiescencia solo si la práctica afecta los intereses y derechos de un Estado inactivo [...] La determinación del cumplimiento de [...] [este] requisito implica por lo general la evaluación de características específicas de la práctica tomando en cuenta, en particular, la esfera y tema de la regulación. Por regla general, pueden tomarse en cuenta no solo los intereses directos sino también los indirectos»); Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», pág. 846 («La actitud de mera tolerancia, por ejemplo la falta de protestas ligada a la falta de consentimiento expreso o aquiescencia, es suficiente cuando las reivindicaciones planteadas por los participantes en la práctica no imponen deberes a los no participantes. [...] Pero cuando del derecho reivindicado en la práctica se deriva un deber correlativo, la actitud de los no participantes —a fin de contribuir a la creación de la costumbre— debe ser más explícita. Vale decir, debe consistir en un consentimiento expreso o en una aquiescencia inequívoca»).

⁵² Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 108.

⁵³ Véase también el caso *Fisheries*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 138 y 139; Shaw, *International Law*, pág. 58 («la aquiescencia debe basarse en el conocimiento cabal de la [supuesta] norma de que se trate. Cuando la omisión de actuar de alguna forma se relaciona, va acompañada o ha sido influida por la falta de conocimiento de todas las circunstancias pertinentes, entonces no puede interpretarse como aquiescencia»); Charney, «Universal International Law», pág. 536 («la aceptación puede establecerse por aquiescencia. La aquiescencia de los Estados a menudo no supone un consentimiento a sabiendas y

25. En tercer lugar, y en lo referente al requisito del conocimiento de la práctica en cuestión, existe la necesidad de que la inacción se prolongue durante un período de tiempo suficiente⁵⁴.

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

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

[...]

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

voluntario. Para que la aquiescencia adquiera esa condición, el Estado debe ser consciente del asunto objeto del consentimiento y debe saber que la falta de oposición se interpretará como aceptación. Por ende la aquiescencia, para que surta efectos, ha de equipararse a un consentimiento efectivo, pero un consentimiento expresado por la inacción más que por la acción»; Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 39 («los actos o reclamaciones de un Estado que otros Estados no tenían por qué conocer tienen muy escaso peso, y no se puede extraer ninguna conclusión del hecho de que no se hayan presentado protestas contra dichos actos o reivindicaciones»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 39 («Por supuesto, la conducta pasiva solo podría equipararse a un silencio calificado si el Estado sabe de la práctica de otros Estados y de la norma consuetudinaria (en formación)»). En la causa *Gulf of Maine*, el Canadá sostuvo que «[l]a esencia del principio de la aquiescencia es el conocimiento (real o presunto) de un gobierno relativo a la conducta o reivindicación de derechos del otro gobierno en cuestión, y el hecho de que no proteste contra esa conducta o reivindicación de derechos. [...] El conocimiento, sumado al silencio, se interpreta como aceptación tácita» (*I.C.J. Pleadings*, vol. V, págs. 81 y 82). Arangio-Ruiz ha sugerido que «[p]articularmente hoy en día las noticias de toda acción u omisión por parte de un Estado llegan a todo el mundo de forma inmediata y a la velocidad de la luz» («Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of “Spontaneous” International Custom», pág. 100).

⁵⁴ Véase también los fallos de la Corte Internacional de Justicia *Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, págs. 310 y 311, párr. 151 («demasiado breve como para haber surtido efectos jurídicos»), y *Fisheries, I.C.J. Reports 1951*, pág. 138 («La tolerancia general de los Estados extranjeros respecto a la práctica noruega es un hecho indiscutible. Durante más de sesenta años, el propio Gobierno del Reino Unido no presentó ninguna objeción al respecto»); Meijers, «How is International Law Made?», págs. 23 y 24 («todos los Estados que, como consecuencia de su inacción, pudieran llegar a verse obligados por una norma deben disponer del tiempo necesario para evitar su aceptación implícita oponiendo resistencia a ella»); Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, pág. 94 («La mera tolerancia no es lo mismo que aceptación de la práctica como derecho [...] Ello tiene consecuencias para la doctrina de la aquiescencia, cuya carga de la prueba es muy elevada y presupone una inacción prolongada y sistemática, acompañada de la conciencia de un cambio legal»); Sinclair, «Estoppel and Acquiescence», pág. 120 («la Corte ha mostrado sabiduría y moderación al requerir en efecto que la conducta que tal vez podría suponer aquiescencia debía mantenerse a lo largo de un cierto período de tiempo»).

CAPÍTULO III

El papel de los tratados y las resoluciones

27. Existe un amplio reconocimiento de la importancia práctica de la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario de los tratados y de la elaboración de los tratados (en particular la elaboración de

tratados multilaterales), así como de las resoluciones de las organizaciones y conferencias internacionales. Gracias al avance en la organización internacional y en la codificación del derecho internacional, el derecho

internacional consuetudinario «se caracteriza cada vez más por su estricta relación con los textos escritos»⁵⁵. Según el magistrado Tomka, «la creciente prevalencia de la expresión de opiniones jurídicas por escrito y de forma precisa —a través de tratados, obras de codificación, resoluciones e instrumentos de otra índole— ha repercutido significativamente en la forma» en que se interpreta el derecho internacional consuetudinario⁵⁶.

⁵⁵ Treves, «Customary International Law», párr. 2 (el autor añade, en el párrafo 25, que «[l]a intensificación de la práctica en las organizaciones y conferencias internacionales, la adopción de tratados multilaterales y la existencia y actividad de los tribunales internacionales especializados ha contribuido a la aceleración de la formación de normas consuetudinarias en este y otros campos»). Véase también el fallo *South West Africa*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 291 (opinión disidente del magistrado Tanaka) («El advenimiento de organizaciones como la Liga de Naciones y las Naciones Unidas, con sus organismos e instituciones afiliadas, que reemplazaron una parte importante del tradicional método individualista de la negociación internacional por el método de la “diplomacia parlamentaria” (*South West Africa*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 346), es muy probable que influya en el modo de generación de derecho internacional consuetudinario»); Charney, «Remarks on the Contemporary Role of Customary International Law», pág. 23 («Si bien el derecho consuetudinario se sigue creando según las formas tradicionales, en los últimos años el proceso ha venido dando paso cada vez más a un método más estructurado [...] Los cambios que se producen en el marco del derecho internacional a menudo tienen su origen en propuestas, informes, resoluciones, tratados o protocolos debatidos en dichos foros [multilaterales], u obtienen un importante apoyo de ellos»); Barboza, «The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly», pág. 14 («Hoy por hoy las costumbres suelen ser el fruto de la inyección de textos en el cuerpo de las prácticas existentes»); Danilenko, *Law-Making in the International Community*, págs. 79 y 80 («El surgimiento, en el marco de conferencias y organizaciones internacionales, de nuevas formas de práctica de los Estados compuestas de reivindicaciones y declaraciones puramente verbales, da lugar a una creciente “formalización” del proceso de creación de derecho consuetudinario. Dicha práctica puede generar un amplio consenso que establezca las directrices de la conducta preferida de los Estados antes del surgimiento de la práctica efectiva, y por ende afecta los cambios posteriores. Ese proceso “negociador” consuetudinario modificado facilita el conocimiento de los elementos de la voluntad consciente dirigida a crear o modificar las obligaciones jurídicas consuetudinarias»); Murphy, *Principles of International Law*, pág. 98 («Una dinámica importante del derecho internacional es la forma en que los tratados forjan y desarrollan el derecho internacional consuetudinario»); Condorelli, «Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law», pág. 151 («Actualmente, la costumbre internacional se percibe cada vez más como “*consuetudo scripta*”: vale decir, encontramos una amplia correspondencia entre las normas consuetudinarias generales y las que figuran por escrito en los grandes convenios internacionales de carácter (básicamente) universal»); Corten, *Méthodologie du droit international public*, págs. 161 a 178 («Fuentes documentales pertinentes con miras al establecimiento de una norma consuetudinaria»).

⁵⁶ Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 196 (se refiere a la forma en que la Corte Internacional de Justicia identifica el contenido de una norma consuetudinaria y añade, en la página 215, que «[e]l panorama del derecho internacional ha cambiado drásticamente desde que la costumbre internacional se definió por primera vez como práctica general aceptada como derecho. Cabe destacar que el contenido del derecho internacional ha venido especificándose cada vez más por medio de la adopción de instrumentos vinculantes y no vinculantes que tienen por objeto codificar las normas del derecho internacional»). Véase también Gaja, «The protection of general interests in the international community: general course of public international law», págs. 37 a 39 («En vez de basarse en un análisis pormenorizado de la actitud de los Estados, la Corte [Internacional] suele recurrir a un texto investido de cierta autoridad [...] En muchos casos el texto en cuestión es un convenio de codificación, incluso si no es aplicable como tratado en la controversia de que se trate [...] La Corte ha dictado varias decisiones que, a efectos de determinar una norma del derecho consuetudinario, invisten de autoridad a una declaración formulada por la Asamblea General o una conferencia de Estados»).

28. Dichos textos escritos pueden enunciar normas ya existentes del derecho internacional consuetudinario (codificación de *lex lata*), pueden procurar aclarar o desarrollar el derecho (desarrollo progresivo), o pueden enunciar un nuevo precepto jurídico. Por ende, a menudo la necesidad «no consiste en aclarar la norma jurídica sino en determinar si una norma claramente expresada y adoptada en un instrumento [escrito] corresponde en realidad al derecho consuetudinario»⁵⁷.

29. Cuando se pretende identificar normas de derecho internacional consuetudinario mediante la consulta de textos escritos como tratados y resoluciones, ha de actuarse con cautela⁵⁸. Como se recalcará a continuación, deberán tenerse en cuenta y sopesarse todas las circunstancias del caso.

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

A. Tratados

31. El proyecto de conclusión 4 [7], párr. 2, tal como ha sido aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014, incluye los «actos relacionados con los tratados» entre las formas que puede adoptar la práctica de

⁵⁷ Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 205 (refiriéndose a los convenios de codificación).

⁵⁸ Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 97 y 98, párr. 184 («El mero hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas normas no basta para que la Corte [Internacional de Justicia] las considere parte del derecho internacional consuetudinario y aplicables en carácter de tal a dichos Estados. Al estar obligada por el Artículo 38 de su Estatuto a aplicar, entre otras cosas, la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, la Corte no puede desconocer la función esencial que desempeña la práctica general [...] en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran ser la norma no es suficiente. La Corte debe constatar que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica»); Sinclair, «The Impact of the Unratified Codification Convention», pág. 220 («han de tenerse en cuenta complejas consideraciones para determinar si puede considerarse, y en su caso en qué medida, que una nueva norma incluida en una convención de codificación es expresión de una norma existente o emergente de derecho consuetudinario. Tal norma debe analizarse en su contexto y teniendo en cuenta las circunstancias que hayan rodeado su adopción. También debe examinarse a la luz de lo que puede ser una práctica estatal que se está desarrollando rápidamente en el sentido de la nueva norma»); Schachter, «Entangled Treaty and Custom», págs. 730 y 731 («con respecto a las normas de los tratados, debe actuarse con cautela. Al evaluarse la prueba de la *opinio juris*, han de valorarse diversos factores. En muchos casos, las actas de las deliberaciones, las opiniones de expertos, y un pormenorizado análisis de las normas en cuestión permiten concluir que existe una opinión generalizada de que las normas forman parte del derecho consuetudinario, vinculante para todos los Estados. Una importante salvedad es que las conclusiones respecto a la *opinio juris* general no pueden depender tan solo de las opiniones de las mayorías numéricas. Un elemento esencial es que la colectividad de los Estados incluye las opiniones de los Estados especialmente interesados en el asunto tratado y aquellos que poseen la capacidad y la determinación de concretar su convicción relativa a la obligación jurídica de que se trata»).

los Estados⁵⁹. El proyecto de conclusión 11 en el segundo informe (que aún no ha sido examinado por el Comité de Redacción) incluye la «práctica de los tratados» entre las formas de prueba de aceptación de una práctica general como derecho⁶⁰. En los debates celebrados en la CDI y en la Sexta Comisión en 2014 se propuso examinar el papel de los tratados más a fondo en el tercer informe. Si bien la interacción entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario plantea una serie de importantes cuestiones, en el actual contexto lo que nos ocupa es la pertinencia de los tratados y de la elaboración de tratados en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario.

32. La Comisión ha examinado periódicamente la pertinencia de los tratados respecto a la identificación del derecho internacional consuetudinario, tal como se indica en el memorando de la Secretaría⁶¹. Ya en su informe de 1950 dirigido a la Asamblea General la Comisión señaló que:

Un principio o regla de derecho internacional consuetudinario puede estar incluido en un acuerdo bilateral o multilateral de manera que tenga, dentro de los límites establecidos, fuerza contractual para los Estados partes en el acuerdo, mientras tal acuerdo esté en vigor; aun así, continuará siendo obligatorio como principio o regla de derecho internacional consuetudinario para otros Estados. Ocurre con alguna frecuencia que ciertos Estados, en su esfuerzo por determinar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario, se basan en la formulación contractual de una práctica seguida también por otros Estados. Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, a los efectos del presente, la Comisión considera apropiado tomar en cuenta parcialmente la disponibilidad de los materiales del derecho internacional consuetudinario para su examen de los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario⁶².

33. Las disposiciones de los tratados no constituyen por sí solas normas del derecho internacional consuetudinario⁶³. Sin embargo, por ser «expresión explícita de la voluntad de los Estados»⁶⁴ pueden aportar valiosas pruebas de la existencia (o inexistencia) y del contenido de

dichas normas⁶⁵. En particular, las disposiciones pueden contener formulaciones relativamente precisas de posibles normas consuetudinarias y reflejar las opiniones de los Estados respecto a su naturaleza (por lo menos al momento en que se celebre el tratado en cuestión)⁶⁶. Por lo tanto, los tratados pueden permitir un examen

⁵⁹ Véase *Kaing Guek Eav alias Duch*, causa núm. 001/18-07-2007-ECCC/SC, fallo en apelación, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, Sala de la Corte Suprema (3 de febrero de 2012), párr. 94 («Cabe reconocer que el derecho convencional y el derecho internacional consuetudinario suelen apoyarse mutuamente y complementarse. Es por eso que el derecho convencional puede servir como prueba del derecho internacional consuetudinario declarando la *opinio juris* de los Estados partes, o articulando el derecho internacional consuetudinario aplicable que ya se había cristalizado en el momento en que se aprobó el tratado»). Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 132 («los textos convencionales pueden —aunque no siempre lo hacen— aportar prueba de una norma consuetudinaria. Al igual que los códigos y resoluciones, debido a la independencia de las fuentes dichos textos no constituyen efectivamente la norma consuetudinaria subyacente, cuya existencia depende de otras condiciones de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* y no requieren un fundamento contractual adicional para tener fuerza vinculante, sino que tan solo la reflejan o declaran»); Shihata, «The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument», pág. 89 («De hecho, todos los tratados tienen algún valor probatorio más allá de sus límites contractuales. Este valor difiere en grado de un tratado a otro, pero el ámbito de la diferencia no es tan grande como para privar a un tratado de todo valor probatorio o de constituir por sí mismo una prueba concluyente»); Charney, «International Agreements and the Development of Customary International Law», pág. 990 («Las conferencias celebradas para negociar un acuerdo internacional sirven de plataforma para que los Estados den a conocer sus opiniones a fin de producir normas jurídicas. Los acuerdos alcanzados en esos foros cambian las percepciones que tienen los países de sus derechos y de sus deberes. Si este proceso no repercutiera en el desarrollo del derecho consuetudinario, parte del derecho quedaría congelado en el tiempo y no reflejaría el movimiento realizado en las negociaciones internacionales. La brecha que se abriría entre el derecho consuetudinario y el derecho convencional podría complicar las relaciones entre los Estados»; Lukashuk, «Customary Norms in Contemporary International Law», pág. 499 («El contenido de los tratados multilaterales y bilaterales representa la prueba concreta más lúcida y fehaciente de la práctica jurídica»); Weisburd, «Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 5 («Los tratados, al igual que las leyes, son documentos jurídicos, con frases más o menos precisas y relativamente accesibles. Cuanto más peso se les dé a ellos en la determinación de las normas del derecho consuetudinario, más fácil resultará formular esas determinaciones»); Baxter, «Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law», pág. 278 («un tratado en el cual es parte un número importante de Estados debe considerarse una prueba extremadamente sólida de derecho. Sin embargo, tal como sucede con toda norma extraída de la práctica de una serie de Estados, la fuerza de la supuesta norma se ve aumentada o disminuida por la ausencia o presencia de prácticas contrarias en otros Estados»); Wolfke, «Treaties and Custom: Aspects of Interrelation», pág. 36 («el establecimiento de normas internacionales consuetudinarias es una tarea engorrosa en la que los tratados desempeñan un papel muy importante»; «[e]l papel probatorio de los tratados se combina estrechamente con su papel en el proceso de formación de la costumbre»).

⁶⁰ Véase también Baxter, «Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law», págs. 278 y 297 («dado que el tratado habla con una voz y no con muchas, resulta una prueba más clara y más directa del estado del derecho que la prueba contradictoria, ambigua y multitemporal que podría acumularse tras un examen de la práctica de cada uno de los Estados (signatarios) [...] la estructura del derecho convencional es más persuasiva y fehaciente que una estructura compuesta por elementos diversos y dispersos de la práctica de los Estados»); Schachter, «Entangled Treaty and Custom», págs. 721 y 722 («La accesibilidad del tratado —el hecho de que se trata de normas escritas y ampliamente aceptadas— es un importante factor práctico»); Kirchner, «Thoughts About a Methodology of Customary International Law», pág. 231 («De cualquier forma, los tratados presentan una reserva para la redacción de una posible norma. Facilitan la tarea de la Corte Internacional de Justicia consistente en redactar las normas consuetudinarias en cuestión. De esa forma se evita la laboriosa tarea de crear normas generales a partir de una secuencia de actos individuales, pudiendo la Corte comparar la práctica de los Estados con el contenido de una norma redactada anteriormente»).

⁵⁹ Informe provisional del presidente del Comité de Redacción, *Anuario... 2014*, vol. I, 3242ª sesión; véase también *ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 41, apdo. *h*.

⁶⁰ *Ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 76, apdo. *f*.

⁶¹ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, párr. 23 (nota 53) y párr. 29 (nota 82).

⁶² *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 368, párr. 29.

⁶³ Véase también Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 236 («el apoyo a una norma de un tratado, aunque sea universal, no puede por sí mismo crear un derecho “instantáneo”. Dichos tratados normativos solo crean nuevo derecho si se sustentan durante un período de tiempo en una práctica de los Estados coherente y representativa. En ciertos casos, esa práctica puede consistir principalmente en la adquisición, o en la ausencia de una práctica incoherente»); Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», pág. 272 («Creo que al menos hay una cosa que se puede afirmar sin temor a equivocarse: si solo la norma del tratado existe y si no se sustenta en una prueba adicional, ello no alcanza para que surja una norma consuetudinaria. Solo se puede considerar que las disposiciones de un tratado enuncian normas consuetudinarias si se pueden invocar elementos adicionales de la práctica de los Estados que estén respaldados por la *opinio juris*»). Schachter, «Entangled Treaty and Custom», pág. 723 («Por cierto, ni los tribunales ni los juristas apoyan la idea de que un tratado pasa a ser derecho consuetudinario exclusivamente en razón de su concertación o entrada en vigor»).

⁶⁴ Shihata, «The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument», pág. 73.

preliminar de «si ya se había determinado una norma consuetudinaria aplicable al caso antes de considerar necesario examinar la costumbre *de novo*»⁶⁷. Por cierto, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que «puede y debe tomarlos en cuenta al determinar el contenido del derecho internacional consuetudinario»⁶⁸.

34. Los textos de los tratados no pueden servir por sí solos como prueba concluyente de la existencia o contenido de las normas del derecho internacional consuetudinario: cualquiera sea el papel que corresponda al tratado en relación con el derecho internacional consuetudinario (véase a continuación), para que se establezca la existencia en dicho derecho de una norma enunciada en un texto escrito, la norma debe sustentarse en ejemplos de la práctica externa, junto con su aceptación como derecho⁶⁹. Tal como se señala en el fallo *Continental Shelf* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta),

[e]s ciertamente axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio juris* de los Estados, aunque los convenios multilaterales puedan desempeñar un papel importante en lo que respecta a registrar y definir las normas derivadas de la costumbre, o incluso en el desarrollo de esas normas⁷⁰.

⁶⁷ Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 201 (y añade que «en presencia de una codificación, la Corte deja de extraer normas a partir de ejemplos de la práctica por un proceso de pura inducción, sino que para ello determina si los ejemplos de la práctica respaldan la norma escrita» (ibíd., pág. 206)).

⁶⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 97, párr. 183 (tras haber llegado a la conclusión de que existe una gran superposición entre los tratados en cuestión y el derecho internacional consuetudinario, la Corte señaló que «no debe perder de vista la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos pese a la aplicación de la reserva del tratado multilateral [...] la Corte [...] puede y debe tenerlas en cuenta al determinar el contenido del derecho internacional consuetudinario»). Véase también *Continental Shelf* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), fallo, *I.C.J. Reports 1985*, pág. 30 («no se puede negar que la Convención [de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar] de 1982 reviste gran importancia, por haber sido adoptada por la mayoría abrumadora de los Estados; por ende, corresponde claramente a la Corte el deber de, independientemente de las referencias que las partes hacen a la Convención, examinar en qué medida cualquiera de sus disposiciones pertinentes resultan vinculantes para las partes como norma del derecho internacional consuetudinario»).

⁶⁹ Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 104 (opinión separada del magistrado Ammoun) («La prueba de la formación de la costumbre no se ha de deducir de las declaraciones que figuran en el texto de una convención, sino que se la debe buscar es la práctica de los Estados»); *Nuclear Tests* (Australia c. Francia), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 435 (opinión disidente del magistrado Barwick) («En circunstancias propicias el derecho convencional limitado a las partes en la convención puede convertirse en derecho consuetudinario. Por su parte, puede suceder que aun un tratado [...] ampliamente aceptado no cree o refleje un estado de derecho internacional consuetudinario»); Shihata, «The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument», pág. 90 (un tratado por sí solo y en su entrada en vigencia sin sustento en ninguna práctica anterior no puede por mismo crear una norma general o probar su existencia, aunque puede constituir el primer paso en la formación de esa norma); Charney, «International agreements and the development of customary international law», pág. 996 («dichas negociaciones sobre [conferencias internacionales] y [acuerdos internacionales] aportan una prueba útil de las nuevas normas del derecho internacional [...] [pero] deben examinarse cuidadosamente en el contexto de la práctica de los Estados y de la *opinio juris*»); Weisburd, «Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 6 («los tratados son solo una forma más de práctica de los Estados y [...] no se puede responder a las preguntas sobre el contenido del derecho internacional consuetudinario tan solo fijándose en la redacción de los tratados»).

⁷⁰ *Continental Shelf* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 29 y 30, párr. 27. Véase también *Military*

35. Hay por lo menos tres maneras en que una disposición de un tratado puede plasmar una norma del derecho internacional consuetudinario o llegar a hacerlo⁷¹ o, en otras palabras, contribuir a determinar la existencia y el contenido de la norma. Así pues, la disposición puede: a) codificar una norma que existe en el momento de la celebración del tratado; b) contribuir a materializar una norma que está en proceso de formación; o c) dar lugar a una práctica general aceptada como derecho, de manera tal que surja una nueva regla de derecho internacional consuetudinario. Si bien cabe señalar que se trata de tres procesos distintos, en determinados casos se pueden superponer.

36. En primer lugar, los tratados pueden codificar las normas preexistentes del derecho internacional consuetudinario⁷². En esas circunstancias, en su «origen o entrada en vigor»⁷³ los tratados son declaratorios de dichas normas, vale decir, «los autores del tratado determinan normas del derecho internacional consuetudinario existentes al inicio de la redacción del tratado de codificación y dan a esas normas expresión en forma de

and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, fondo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 98, párr. 184 («Cuando dos Estados convienen en incorporar una norma particular en un tratado, ese acuerdo alcanza para convertir a esa norma en una norma legal y vinculante para ellos; pero en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran ser la norma no es suficiente. La Corte debe constatar que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica»; Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 234 («un tratado no “crea” derecho consuetudinario, pero [...] puede codificar el derecho existente y contribuir al proceso por el cual se crea y desarrolla el nuevo derecho consuetudinario»).

⁷¹ La determinación de si una disposición de un tratado codifica o desarrolla una norma de derecho internacional dependerá, por supuesto, del momento en que se haga la evaluación.

⁷² Los artículos 4, 38 y 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confirman la posibilidad de normas consuetudinarias y de tratados paralelos. Véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia c. Serbia), fallo, párr. 88 («Cuando un tratado enuncia una obligación que también existe con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la obligación derivada del tratado y la obligación del derecho consuetudinario permanecen separadas y distintas»; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 424 («El hecho de que [...] [los principios del derecho internacional consuetudinario y general], reconocidos como tales, se hayan codificado o plasmado en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir ni de aplicarse como principios de derecho consuetudinario, incluso en lo referente a los países que son partes en esas convenciones»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 207 (opinión separada del magistrado Ni), y pág. 302 (opinión disidente del magistrado Schwebel); *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, fallo, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 24, párr. 45, y págs. 30 y 31, párr. 62; *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 Bengal Rau); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 135 (opinión separada del magistrado Shahabuddeen); Weisburd, «Customary international Law: The Problem of Treaties», págs. 19 y 20. Para consultar distintas opiniones respecto al efecto de los tratados de codificación sobre las normas consuetudinarias que pretenden plasmar, véase Villiger, *Customary International Law and Treaties*, págs. 151 a 154.

⁷³ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 45, párr. 81; véase también la opinión disidente del magistrado Sørensen («Ciertas disposiciones convencionales no hacen más que enunciar reglas del derecho internacional que ya han sido generalmente aceptadas en el marco del derecho internacional consuetudinario; no hay duda que las normas que allí se consagran son aplicables a todos los Estados, ya sean o no parte en el tratado» (ibíd., pág. 242)).

ius scriptum»⁷⁴. Los Estados partes en la Convención sobre la Alta Mar, por ejemplo, hacen referencia en el preámbulo de la Convención a su deseo de «codificar las normas de derecho internacional referentes a la alta mar» y «las disposiciones siguientes como declaratorias en términos generales de los principios establecidos de derecho internacional». Por su parte, los autores de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, si bien en el preámbulo de la Convención consideraron que «las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario», expresaron la idea de que una convención internacional «contribuiría a codificar y desarrollar el derecho internacional y a armonizar la práctica en este ámbito». En otros casos, la noción de codificación también puede quedar implícita en el texto⁷⁵.

37. Sin embargo, los tratados que pretenden codificar las normas del derecho internacional consuetudinario «no logran hacerlo por sí solos»⁷⁶. Los convenios de

⁷⁴ Dinstein, «The Interaction Between Customary International Law and Treaties», pág. 357. Como explica Baxter, «[L]a 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).

⁷⁵ Como en el caso de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en la que las partes «confirman» que el genocidio es un crimen con arreglo al derecho internacional (véase también *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 23).

⁷⁶ Gamble, «The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview», pág. 310. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 97 y 98, párr. 184 («El mero hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de determinadas normas no alcanza para que la Corte las considere parte del derecho internacional consuetudinario y aplicables en carácter de tal a dichos Estados. Al estar obligada por el Artículo 38 de su Estatuto a aplicar, entre otras cosas, la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, la Corte Internacional de Justicia no puede desconocer la función esencial que desempeña la práctica general [...] en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran ser la norma no es suficiente. La Corte debe constatar que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica»); Murphy, *Principles of International Law*, pág. 99 («A falta de pruebas que indiquen lo contrario, existe la fundada opinión de que un nuevo tratado no codifica el derecho internacional consuetudinario existente ya que, si lo hiciera, ese tratado no sería necesario»); Danilenko, *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»); Guzman, «Saving Customary International Law», pág. 162 («una de las principales funciones de los tratados consiste en establecer nuevas obligaciones entre los Estados, obligaciones que no existen en virtud del derecho internacional consuetudinario. Cuando se trata de práctica basada en obligaciones derivadas de los tratados, resulta difícil saber si ello refleja la *opinio juris*»); Sohn, «Unratified Treaties as a Source of Customary International Law», pág. 237 («un tratado puede representar no el derecho aceptado sino una derogación del mismo entre las partes en el tratado»).

codificación pueden contener (y a menudo contienen) disposiciones que desarrollan el derecho⁷⁷ o representan modalidades especiales acordadas por las partes negociadoras, e incluso una disposición única podría ser solo parcialmente declaratoria del derecho internacional consuetudinario⁷⁸. También existe la posibilidad de que la afirmación en el texto de un tratado relativa a la condición de derecho internacional consuetudinario sea incorrecta, o que el derecho internacional consuetudinario haya evolucionado desde que se celebró el tratado⁷⁹. Por ende, es necesario en cada caso verificar si con la disposición de que se trate se procuró efectivamente codificar la costumbre, y si ella refleja el derecho internacional consuetudinario vigente; vale decir, es necesario confirmar que «la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica»⁸⁰. Al hacerlo, es preciso fijarse en las declaraciones y la conducta de los Estados:

la prueba de la práctica de las partes consolidada en el tratado debe ponderarse a la luz de todas las demás pruebas [concordantes y no concordantes] del derecho internacional consuetudinario, de conformidad con el procedimiento empleado normalmente para acreditar la existencia de ese derecho, [en particular] la práctica o las declaraciones anteriores del Estado o los Estados en cuestión⁸¹.

Los trabajos preparatorios de la disposición de que se trate pueden indicar si las partes en el tratado consideraron que la disposición era declaratoria del derecho internacional vigente⁸² y en qué medida lo era; las declaraciones formuladas con posterioridad al tratado también pueden ser

⁷⁷ El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por ejemplo, hace referencia al «desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar logrados en esta Convención».

⁷⁸ Véase también Pocar, «To What Extent Is Protocol I Customary International Law?», pág. 339 («dado que el proceso de codificación requiere necesariamente una evaluación de la norma consuetudinaria o del principio en cuestión, así como de su definición por escrito, se puede considerar que el texto escrito resultante afecta su alcance y contenido. Por ende, cada precisión o nuevo elemento que pueda haberse añadido —como suele suceder— por la disposición del tratado al principio de derecho consuetudinario al cual codifica debe verificarse cuidadosamente a fin de determinar si se le considera generalmente aplicable. Sin embargo, ha de distinguirse entre la adición de nuevos elementos por disposición del tratado a un principio consuetudinario y las especificaciones derivadas de la implicación necesaria del principio consuetudinario general aceptado»).

⁷⁹ Véase también Wolfke, «Treaties and Custom: Aspects of Interrelation», pág. 35 («a lo máximo un tratado podría ser una réplica aproximada de una práctica viva, como una fotografía de una persona en vida»).

⁸⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 98, párr. 184.

⁸¹ Baxter, «Treaties and Custom», págs. 43 y 44.

⁸² Véase, por ejemplo, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 47, párr. 94 («Las normas que contempla la Convención de Viena de 1969 relativas a la terminación de la relación convencional a causa de un incumplimiento (aprobadas sin voto disidente) pueden en muchos aspectos considerarse una codificación del derecho consuetudinario vigente en esta materia»). En los casos en que los trabajos preparatorios indican que la disposición pertinente generó una importante oposición o requirió concesiones sustantivas, por ejemplo, ello puede dar a entender que no se trataba de una norma consuetudinaria. Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 38, párr. 62; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, págs. 131 y 132 («si las fases preparatorias muestran incoherencias en la práctica de los Estados, o si los Estados rechazan o denuncian la norma convencional (declaratoria), ello restará argumentos a favor de la norma consuetudinaria»).

pertinentes⁸³. El examen de la práctica al margen del tratado, es decir la de los Estados que no son partes o de los Estados que son partes respecto a los que no lo son, puede revestir particular importancia.

38. En segundo lugar, los tratados (o, para ser más precisos, la celebración de tratados) pueden materializar las normas de derecho internacional consuetudinario que estén surgiendo. Esto sucede cuando el derecho evoluciona «a través de la práctica de los Estados sobre la base de los debates y casi acuerdos en la conferencia [...] resultantes del consenso general que se hace patente» en dicha conferencia⁸⁴. Según el magistrado Sørensen:

Un tratado que pretende crear nuevo derecho puede basarse en una cierta cantidad de práctica de los Estados y opinión doctrinal que aún no se

⁸³ Véase Akehurst, «Custom as a Source of International Law», págs. 49 y 52.

⁸⁴ *Fisheries Jurisdiction* (Reino Unido c. Islandia), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 23, párr. 52 («después de esa conferencia el derecho evolucionó a través de la práctica de los Estados sobre la base de los debates y casi acuerdos en la conferencia. En los últimos años dos conceptos han adquirido el carácter de derecho consuetudinario a partir del consenso general patente en la conferencia»). Véase también *Continental Shelf* (Túnez/ Jamahiriya Árabe Libia), fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 38, párr. 24, y pág. 170, párr. 23 (opinión disidente del magistrado Oda) («Sin embargo, es posible que, antes de que el proyecto de un tratado multilateral entre en vigor y sea vinculante para los Estados partes de conformidad con su cláusula final, algunas de sus disposiciones habrán pasado a ser derecho internacional consuetudinario a raíz de su práctica repetida por parte de los Estados interesados»); *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 305 (opinión separada del magistrado Ammoun) («Los convenios que no contemplan la codificación de las normas existentes igual pueden constituir elementos de una naciente costumbre internacional»); Sohn, «Unratified Treaties as a Source of Customary International Law», págs. 245 y 246 («Por ende, la Corte está dispuesta a prestar atención no solo a un texto que haya codificado un derecho consuetudinario preexistente sino también a uno que haya materializado “una regla emergente del derecho internacional”. Para ese propósito, alcanza con que la regla en cuestión sea aprobada por consenso en una conferencia internacional o [...] sin una voz disidente [...]. Se crea una nueva regla por aceptación general de todos los Estados interesados [...] Si la mayoría de los Estados, incluidos casi todos los Estados que tienen un interés especial en la aplicación de la norma, actúan en consonancia con esta, existe una clara presunción de que la norma convenida en la conferencia, aunque el acuerdo aún no haya sido ratificado, se ha convertido en una norma aceptada del derecho internacional consuetudinario»); Cassese, *International Law in a Divided World*, pág. 183 («Una característica interesante de la etapa actual del desarrollo de la comunidad mundial es el hecho de que el derecho internacional consuetudinario se desarrolla al margen, por decirlo así, de las conferencias diplomáticas organizadas para codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional»); Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», págs. 16 a 18; Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General, *Report of the Sixty-Ninth Conference held in London, 25–29 July 2000*, Londres, Asociación de Derecho Internacional (ILA), 2000, págs. 712 a 777, resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general) (Declaración de Londres), pág. 49 («si la práctica de los Estados se desarrolla en paralelo con la redacción de un tratado [...] esta puede influir a aquella (y viceversa también), de modo que el derecho consuetudinario emergente efectivamente se consolida y logra una definición más precisa. Lo mismo sucede con la etapa final, es decir la aprobación de la convención. Por cierto, cuanto más tiempo tome el proceso de redacción y negociación, mayor será el ámbito en que se materializará la práctica de los Estados»); Henckaerts, «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados», pág. 12 («En la práctica, la redacción de normas convencionales contribuye a centrar la opinión jurídica mundial y tiene una influencia innegable en el ulterior comportamiento y en la convicción jurídica de los Estados»).

ha convertido en derecho consuetudinario. Puede tener su origen no en una *tabula rasa* sino en una norma consuetudinaria en *statu nascendi*⁸⁵.

Podría entonces “plasmarse una regla del derecho internacional consuetudinario que solo «estaba en *statu nascendi* al inicio del ejercicio de codificación [...] la costumbre embrionaria [...] se materializará [no por la sola redacción del tratado sino] a consecuencia de las reacciones de los gobiernos a las negociaciones y consultas durante la marcha de los trabajos”⁸⁶. Un ejemplo importante a este respecto es la elaboración del concepto de la zona económica exclusiva durante la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1973-1982) y su aceptación por los Estados como derecho internacional consuetudinario aun antes de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982 y su entrada en vigor en 1994⁸⁷.

39. En tercer lugar, si bien «es un principio del derecho internacional que las partes en un tratado multilateral, independientemente de su número o importancia, no pueden perjudicar los derechos jurídicos de otros Estados»⁸⁸ los tratados pueden también servir de base para la elaboración de nuevas normas del derecho internacional consuetudinario⁸⁹. Como observó la Corte Internacional de

⁸⁵ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 243 (opinión disidente del magistrado Sørensen) (que añade, en la página 244, que «un convenio aprobado en el marco de un proceso combinado de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional bien puede constituir, o llegar a constituir, la prueba decisiva de las nuevas normas del derecho internacional generalmente aceptadas. El hecho de que no pretenda solamente ser declaratoria del derecho consuetudinario vigente no reviste importancia en este contexto. El convenio puede servir como guía fidedigna para la práctica de los Estados que afrontan los nuevos problemas jurídicos pertinentes, y por ende sus disposiciones pasan a ser el núcleo alrededor del cual pueden llegar a materializarse normas jurídicas generalmente reconocidas»).

⁸⁶ Dinstein, «The Interaction Between Customary International Law and Treaties», pág. 358, explica que «[I]a situación es tal que, antes del inicio de la labor dirigida a celebrar tratados, la costumbre ha venido floreciendo pero aún no ha alcanzado su máxima expresión. Las negociaciones y consultas en marcha contribuyen a la aceleración de la práctica de los Estados —si era lenta en el pasado, ahora avanza con rapidez—, así como a asegurar una *opinio juris* generalizada. Luego el tratado plasma en derecho positivo esa costumbre que ya se había materializado [...]. La clave para que se materialice con éxito es que en el curso de la formulación de un tratado haya cuajado una nueva *lex lata* consuetudinaria».

⁸⁷ *Continental Shelf* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), fallo, *I.C.J. Reports 1985*, pág. 33, párr. 34 («en opinión de la Corte es indiscutible que [...] la práctica de los Estados muestra que la institución de la zona económica exclusiva, que concede derechos en razón de la distancia, ha pasado a ser parte del derecho consuetudinario»). Para la elaboración del concepto de zona económica exclusiva véase, por ejemplo, Tanaka, *The International Law of the Sea*, págs. 124 y 125.

⁸⁸ *International status of South-West Africa*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 165 (opinión separada del magistrado Read). Véase también *Fisheries Jurisdiction* (Reino Unido c. Islandia), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 90 (opinión separada del magistrado De Castro) («La existencia de una tendencia mayoritaria, e incluso su aceptación en una convención internacional, no significa que a raíz de la convención la norma se haya materializado o canonizado como normal del derecho consuetudinario»); Convención de Viena de 1969, art. 34.

⁸⁹ El artículo 38 de la Convención de Viena de 1969, se titula «Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional» (y dispone lo siguiente: «Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 [relativo a tratados y terceros Estados] no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal». El artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 se expresa en términos similares: «Lo dispuesto en los

Justicia, el proceso por el cual una norma de origen convencional pasa a ser parte del derecho internacional general «es perfectamente posible y ocurre de vez en cuando: constituye por cierto uno de los métodos reconocidos por el cual se forman nuevas normas del derecho internacional consuetudinario»⁹⁰. Para determinar si ha tenido

artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado o una tercera organización como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal». Con respecto al artículo 38 de la Convención de Viena, véase Gaja, «Article 38».

⁹⁰ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 41, párr. 71; véase también *ibíd.*, pág. 96 (opinión separada del magistrado Padilla Nervo) («Un tratado no crea ni derechos ni obligaciones para un tercer Estado sin su consentimiento, pero las normas enunciadas en un tratado pueden llegar a ser vinculantes para un Estado que no es parte en tanto que normas consuetudinarias»); *ibíd.*, pág. 225 (opinión disidente del magistrado Lachs) («Se reconoce generalmente que las disposiciones de los instrumentos internacionales pueden adquirir el carácter de normas generales del derecho internacional. Aun los tratados no ratificados pueden constituir el punto de partida de una práctica jurídica. Los tratados que obligan a un gran número de países son, con mayor razón, capaces de producir este efecto, fenómeno que no resulta desconocido en las relaciones internacionales»); e *ibíd.*, pág. 241 (opinión disidente del magistrado Sørensen) («Se reconoce generalmente que las normas enunciadas en un tratado o convención pueden obligar a un Estado no contratante en tanto que normas consuetudinarias del derecho internacional o normas que de otra forma han sido aceptadas generalmente como normas internacionales jurídicamente vinculantes»). Véase también Tribunal Especial para el Líbano, causa núm. STL-11-01/I, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging* (Sala de Apelaciones), 16 de febrero de 2011, párrs. 107 a 109; *Prosecutor v. Delalić*, causa núm. IT-96-21-T, fallo (Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), 16 de noviembre de 1998, *Judicial Reports 1998*, párrs. 301 a 306 (en que se señala que «esta formulación [de una disposición de un tratado que pasa a formar parte del derecho internacional consuetudinario] constituye un ejemplo del carácter evolutivo del derecho internacional consuetudinario, que es su punto fuerte»); *Prosecutor v. Kallon* (Corte Especial de la Sala de Apelaciones de Sierra Leona), causas núms. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), decisión sobre la impugnación de la competencia: Acuerdo de Lomé sobre amnistía, 13 de marzo de 2004, párr. 82; *Prosecutor v. Tadić a/k/a "Dule"*, causa núm. IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, *Judicial Reports 1994-1995*, párr. 98 («la interrelación entre estos dos conjuntos de normas es tal que algunas normas convencionales se han ido incorporando gradualmente al derecho consuetudinario»); TIDM, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, párr. 135 («La Sala observa que el criterio de precaución ha sido incorporado a un número cada vez mayor de tratados internacionales y otros instrumentos, muchos de los cuales reflejan la formulación del Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En opinión de la Sala, ello ha dado lugar a una tendencia a incorporar este criterio al derecho internacional consuetudinario»); *Prosecutor v. Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo (Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), 10 de diciembre de 1998, *Judicial Reports 1998, Part One*, párrs. 138 y 168, «El hecho de que estas cláusulas de tratados [que prohíben la tortura] se hayan convertido en normas consuetudinarias obedece a diversos factores. En primer lugar, esos tratados [...] han sido ratificados por prácticamente todos los Estados del mundo [...] la participación prácticamente universal en esos tratados demuestra que todos los Estados aceptan, entre otras cosas, la prohibición de la tortura [...]. En segundo lugar, nunca ningún Estado ha sostenido que está autorizado a practicar la tortura en tiempos de conflicto armado, ni ningún Estado ha mostrado ni manifestado oposición a la aplicación de las disposiciones de los tratados contra la tortura [...]. En tercer lugar, la Corte Internacional de Justicia ha confirmado fehacientemente, aunque no con expresa referencia a la tortura, este proceso de formación de la costumbre»; *Michael Domingues vs. Estados Unidos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02, caso 12285 (2002), párr. 104 («Puede entenderse que las normas de un tratado cristalizan nuevos principios o normas del

éxito este «mecanismo de expansión»⁹¹ por el cual la aplicación de las reglas enunciadas en las disposiciones de los tratados puede ampliarse a Estados que no son partes, «ha de seguirse un criterio riguroso»⁹². Requiere, en primer lugar, «que la disposición de que se trate [...] tenga un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho»⁹³. Por ejemplo, es poco

derecho consuetudinario. También es posible que se forme una nueva norma del derecho internacional consuetudinario, incluso en un breve período de tiempo, sobre la base de lo que originalmente era una norma puramente convencional, siempre que estén presentes los elementos para establecer la costumbre»; CIADI, *Camuzzi International S.A. v. la República Argentina*, caso núm. ARB/03/2, decisión sobre excepciones a la jurisdicción, 11 de mayo de 2005), *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 41 (2005), párr. 144 («no hay ningún obstáculo en el derecho internacional para que la expresión de la voluntad de los Estados mediante tratados sea a la vez una expresión de la práctica y del *opinio juris* necesario para el nacimiento de una norma de costumbre internacional si se reúnen las condiciones»); *van Anraat v. The Netherlands*, demanda núm. 65389/09, decisión sobre la admisibilidad (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 6 de julio de 2010, párr. 88 («Como señaló la Corte Internacional de Justicia [...] es posible que una disposición de un tratado se convierta en norma de derecho internacional consuetudinario. Para ello, es necesario que la disposición del caso, por lo menos potencialmente, tenga un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho; debe existir una práctica correspondiente de los Estados bien arraigada; y debe haber pruebas de la creencia de que la práctica se ha vuelto obligatoria a raíz de la existencia de la norma jurídica que así lo exige (*opinio juris sive necessitatis*). Al respecto, véase también Barboza, «The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly», pág. 12 («En nuestra opinión, no obstante, sería prácticamente imposible que una costumbre se originara en un texto. Por más nueva que sea una determinada esfera del derecho, esta tiene que haber sido precedida por algunas actividades, y esas actividades seguramente deben haber dado lugar a prácticas forjadas por la necesidad y principios aplicados por analogía. De no haber habido *ninguna actividad*, resulta difícil concebir que un tratado se ocupe de un tema»).

⁹¹ Barboza, «The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly», pág. 4 (refiriéndose a una «comunidad jurídica pionera» de los Estados, que al redactar una convención desempeñan «un papel de pioneros en el proceso "legislativo"» y cuya repercusión en las relaciones internacionales [debido a la participación, por lo general, de algunas de las Potencias mundiales y de la mayoría de los Estados que se ven especialmente afectados por el asunto pertinente de la convención, brindan un importante impulso a la invitación de la comunidad a incorporarse a ella]).

⁹² *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 41, párr. 71. Véase también *Mondev International Ltd v. United States of America* (CIADI, laudo, 11 de octubre de 2002), *ICSID Reports*, vol. 6, párr. 111 («A menudo resulta difícil en la práctica internacional establecer en qué punto las obligaciones aceptadas en tratados, ya sean multilaterales o bilaterales, llegan a condicionar el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario vinculante para los Estados que no son partes en esos tratados»); Schwebel, «The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law», pág. 29 («El proceso por el cual las disposiciones de los tratados vinculantes solo para las partes en ellos pueden filtrarse al derecho internacional general y por ende obligar al conjunto de la comunidad internacional es sutil e inaprensible»); y Weil, «Towards Relative Normativity in International Law?», págs. 413, 433 a 438.

⁹³ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 41 y 42, párr. 72. Véase también Verdier y Voeten, «Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory», pág. 426 (donde sugiere que el criterio de «carácter creador de normas» «al parecer requiere que la norma se articule en términos generales, para poder llegar a ser vinculante universalmente»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 84 («debe ser de un tipo que pueda servir de regla general»); Brölmann, «Law-Making Treaties: Form and Function in International Law», pág. 384; Jia, «The Relations between Treaties and Custom», pág. 92 (donde sugiere que «fundamentalmente la creación de normas» es

(Continuación en la página siguiente.)

probable que entre esas disposiciones se encuentren aquellas que fijan un papel para las instituciones que establece el tratado⁹⁴. Se requiere además que

la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyo interés se ve especialmente afectado, sea amplia y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada; y además ocurra de forma tal de mostrar un reconocimiento general de que lo que está en cuestión es una norma de derecho o una obligación jurídica⁹⁵.

40. Podrían darse muchos ejemplos de la forma en que las disposiciones de los tratados, en particular los llamados tratados «normativos», reflejan o han pasado a reflejar normas del derecho internacional consuetudinario. El derecho del mar es especialmente rico en este aspecto, lo que puede apreciarse, por ejemplo, en la influencia que

(Continuación de la nota 93.)

«una ambiciosa tarea que solo se puede lograr por medio de tratados multilaterales»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, págs. 177 y 179 («Puede definirse a las normas generales como aquellas que pretenden regular *pro futuro*, respecto a un número potencialmente ilimitado y general de temas, más que a temas individualizados [...]. Otro criterio [...] es que las normas convencionales para “la creación del derecho” también tienen carácter abstracto, es decir potencialmente regulatorio de un número abstracto de situaciones, más que relativo a una situación concreta»). Al respecto, véase Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», págs. 147 y 148 («Se han presentado distintas interpretaciones de esa sentencia, por ejemplo que la Corte se refería a normas susceptibles de obligar a los Estados generalmente, o el hecho de que una disposición no contiene demasiadas excepciones que limiten su contenido normativo. En cualquier caso, el criterio de ser “fundamentalmente creadora de derecho” no parece muy convincente. Se basa en alguna forma de inversión lógica. No es porque una regla sea fundamentalmente creadora de derecho que pasa a ser consuetudinaria; es porque adquiere el carácter de consuetudinaria gracias a la práctica de los Estados que se le puede calificar, si así se desea, de fundamentalmente creadora de derecho. Sin embargo, en ese caso el criterio pasa a ser superfluo. Puede significar solamente que a la hora de interpretar una disposición con miras a establecer su carácter consuetudinario, pueda resultar razonable presumir que una norma excesivamente estrecha o específica no adquiere fácilmente el carácter de derecho internacional general. Pero eso es todo. Incluso una norma muy específica (por ejemplo, fijar una prescripción en cifras) puede convertirse en consuetudinaria si los Estados la adoptan en su práctica. Por ende, lo que realmente cuenta es la práctica efectiva de los Estados y a la larga su *opinio juris*, no alguna cualidad intrínseca de la norma en cuestión. Por otra parte, se podría añadir que toda norma es, por su propia naturaleza, “creadora de derecho”, es decir, normativa o susceptible de generalización. Se trata de una cuestión de grado, y por ende abierta a una interpretación contextual»); ILA, Declaración de Londres (nota 84 *supra*), págs. 763 y 764; Baxter, «Treaties and Custom», pág. 62.

⁹⁴ En *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua c. Colombia), la Corte Internacional de Justicia concluyó que el párrafo 1 del artículo 76 de Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (límite exterior de la plataforma continental) reflejaba el derecho internacional consuetudinario, pero no abordó los párrafos subsiguientes (fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 666, párr. 118 («La Corte considera que la definición de plataforma continental que figura en el artículo 76, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar forma parte del derecho internacional consuetudinario. Por el momento [...] no necesita decidir si otras disposiciones del artículo 76 de la Convención forman parte del derecho internacional consuetudinario»)).

⁹⁵ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 43, párr. 74. Véase también Cheng, «Custom: The Future of General State Practice In a Divided World», pág. 533 («En cada caso, el hecho de si ha ocurrido o no esa metamorfosis [de disposición de un tratado a norma del derecho internacional general] es una cuestión de hecho que se establecerá por prueba concreta, como en los intentos de determinar la existencia de alguna norma del derecho internacional general»); Scott y Carr, «Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law», pág. 82 («por lo general, los tratados multilaterales no pueden crear por sí solos derecho internacional consuetudinario “instantáneo” para todos los Estados en el sistema internacional, sino que deben esperar las reacciones «subsiguientes»). La Corte

tuvo la Convención sobre la Plataforma Continental en la aceptación de ese concepto en el derecho internacional consuetudinario y la emergencia del concepto de zona económica exclusiva⁹⁶. Asimismo, muchas de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) reflejaban el derecho internacional consuetudinario o al menos se las considera derecho consuetudinario desde entonces⁹⁷. Entre las normas más importantes de la Convención de Viena figuran las relativas a la interpretación de los tratados, en que los tribunales nacionales e internacionales han visto muchas veces un reflejo del derecho internacional consuetudinario, y que como tal han sido aplicadas a los tratados desde hace tiempo⁹⁸. La inmunidad del Estado es otra de las esferas en que las convenciones multilaterales se han convertido en instrumentos centrales para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario⁹⁹, aunque

Internacional señaló también que si se registra «en la convención una participación muy amplia y representativa [...] siempre que incluya a los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados», ello puede alcanzar por sí solo para transformar una norma convencional en una norma de derecho internacional consuetudinario (párr. 73). Vale decir, en determinadas circunstancias un tratado multilateral podría «debido a su propio impacto» (párr. 70) dar lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, tal como se ha escrito en fecha reciente «la Corte tuvo cuidado en no determinar de forma definitiva si el método era siquiera posible [...]». En cualquier caso, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, la participación generalizada en un convenio de codificación nunca ha sido suficiente, por sí sola, para la confirmación de una norma consuetudinaria» (Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 207). Véase también ILA, Declaración de Londres (nota 84 *supra*), págs. 763 y 765 («cabe señalar que la Corte no dio ejemplos ni se explayó adecuadamente sobre este punto. Por lo tanto, no se debe hacer demasiado hincapié en las pocas palabras que pronunció. Y por cierto, en un convenio por lo general no figuran las pruebas de una intención más que meramente contractual [...] A partir del anterior análisis se concluye que un solo tratado plurilateral o bilateral no puede crear de forma instantánea derecho consuetudinario general “por su propio impacto”, y parece poco probable que incluso una serie de tratados de ese tipo produzca dicho efecto, salvo en circunstancias (extremadamente) inusuales»); Schachter, «Entangled Treaty and Custom», págs. 724 a 726; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, págs. 86 a 91. Véase también *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 52 y 53 (opinión disidente del magistrado Alvarez); *Prosecutor v. Norman*, causa núm. SCSL-2004-14-AR72(E), decisión sobre la moción preliminar fundada en la falta de jurisdicción (Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona), 31 de mayo de 2004, párrs. 18 a 20 y 50.

⁹⁶ Treves, «Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer»; Roach, «Today's Customary International Law of the Sea».

⁹⁷ Véase la sección sobre «estatus consuetudinario» en relación con cada artículo de la Convención de Viena en Corten y Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Véase también Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 5 a 28.

⁹⁸ *Kasikili/Sedudu Island* (Botswana/Namibia), fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1059, párr. 18 (en que se aplican las disposiciones de la Convención de Viena sobre interpretación a un tratado de 1890). La jurisprudencia al respecto fue bien resumida por el tribunal arbitral en el caso *Iron Rhine* («Ijzeren Rijn») *Railway* entre Bélgica y los Países Bajos, laudo de 24 de mayo de 2005, párr. 45 (UNRIAA, vol. XXVII (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E/F.06.V.8)). Véase también el proyecto de conclusión 1, párr. 1, de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (y los párrafos 4 a 6 del comentario), aprobados provisionalmente por la Comisión en 2013, *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 38 y 39.

⁹⁹ Véase también O'Keefe y Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, pág. xli («Hay poca duda de que el proceso de elaboración de la Convención ha revelado y muchas veces cristalizado, gracias a la estrecha participación de los Estados, el contenido del concepto de inmunidad del Estado en el derecho internacional consuetudinario.

distintos tribunales han llegado a veces a conclusiones distintas¹⁰⁰.

41. La práctica de las partes en un tratado (la práctica que existe entre ellas) probablemente se funde principalmente en la obligación convencional, y por lo tanto en general resulta menos útil para constatar la existencia o el desarrollo de una norma de derecho internacional consuetudinario¹⁰¹. Esa práctica normalmente es solo eso, y a veces sirve como medio de interpretación del tratado con arreglo a las disposiciones del artículo 31, parr. 3, apdo. *b*, o el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 (una cuestión que la Comisión examina actualmente en conexión con el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»). Como señaló Baxter, esta circunstancia puede hacer que sea especialmente difícil determinar si ha surgido una

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

¹⁰⁰ En su fallo de 5 de febrero de 2015 en la causa *Benkhrouche and Anor v. Embassy of the Republic of Sudan* [2015] EWCA Civ 33, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales examinó si el artículo 11 («Contratos de trabajo») de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes reflejaba el derecho internacional consuetudinario: el Tribunal señaló (párr. 36) que es «necesario examinar con cuidado cada una de sus disposiciones a fin de determinar si satisface los requisitos exigentes que deben darse para que esas disposiciones sean consideradas derecho internacional consuetudinario». Tras examinar las sentencias y la legislación de otras jurisdicciones, el Tribunal (párr. 46) «consideró imposible llegar a la conclusión de que existe una norma de derecho internacional que establece que debe otorgarse inmunidad ante reclamaciones laborales de los funcionarios de una misión a menos que se dé alguna circunstancia especial [...]». Al examinar el alcance de la excepción del «ilícito territorial» a que se refiere el artículo 12 («Lesiones a las personas y daños a los bienes») de la Convención, la Corte Internacional de Justicia tuvo que tener en cuenta las diferentes opiniones de los tribunales nacionales (*Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 129 a 135, párrs. 62 a 79).

¹⁰¹ 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 y, por tanto, se suponía que en su caso, actuaban efectiva o potencialmente en aplicación de la Convención. No se podía inferir legítimamente de su actuación la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario en favor del principio de la equidistancia»); *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 199; *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” 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* (Bélgica c. Senegal), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 479, párr. 37 (opinión separada del magistrado Abraham). Compárese con *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 96 y 97, párr. 181 («la Carta refleja en esa esfera los principios que ya existían en el derecho internacional consuetudinario, y ese derecho se ha desarrollado en las cuatro décadas subsiguientes bajo la influencia de la Carta, hasta tal punto que algunas de las disposiciones que figuran en la Carta han adquirido un estatus que no depende de ella»).

norma de derecho internacional consuetudinario cuando la participación en un tratado es casi universal¹⁰². Ese problema no se presenta en relación con la conducta de los Estados que no son parte, ni en relación con la de los Estados partes hacia los Estados que no son partes, lo que puede constituir claramente un ejemplo de práctica a los fines de determinar si la disposición establecida en un tratado también tiene fuerza de norma consuetudinaria¹⁰³. De todos modos, como señaló Crawford recientemente:

Para que se pueda conocer la práctica de los Estados es necesario que se cumpla la paradoja de Baxter, es decir, que la participación en el tratado no sea suficiente. La costumbre es más que el tratado, más incluso que un tratado generalmente aceptado [...] [sin embargo] la coexistencia de la costumbre y el tratado sugiere que la paradoja de Baxter no es en realidad una verdadera paradoja¹⁰⁴.

42. Como se señaló en el segundo informe¹⁰⁵, aunque la reiteración de disposiciones similares o idénticas en un gran número de tratados bilaterales puede generar una norma de derecho internacional consuetudinario o constituir una prueba de su aceptación como derecho¹⁰⁶, ello no siempre es así. En este caso también es necesario analizar

¹⁰² «Treaties and Custom», pág. 64 («la prueba de que existe un patrón coherente en la conducta de quienes no son parte se hace más difícil a medida que aumenta el número de partes en los instrumentos. El número de participantes en el proceso de creación del derecho consuetudinario puede volverse tan pequeño que la prueba de su práctica será mínima o totalmente inexistente. De ahí la paradoja de que a medida que aumenta el número de partes en un tratado, se vuelve más difícil demostrar cuál es la situación del derecho internacional consuetudinario fuera del tratado»). Véase también *Prosecutor v. Delalić*, causa núm. IT-96-21-T, fallo (Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), 16 de noviembre de 1998, párr. 302 («que existe ese derecho consuetudinario —la práctica de los Estados y la *opinio juris*— puede, en algunas situaciones, ser extremadamente difícil de comprobar, en particular en los casos en que existe previamente un tratado multilateral que ha sido aprobado por la enorme mayoría de los Estados. La prueba de que existe una práctica fuera del tratado, que demuestre que existen normas consuetudinarias con independencia de ese tratado o que normas convencionales han pasado a integrar el ámbito de la costumbre, se vuelve cada vez más difícil, dado que parecería que solo puede considerarse pertinente la práctica de quienes no son parte en el tratado»).

¹⁰³ Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *Derecho internacional humanitario consuetudinario*, pág. L («En este estudio se sigue el cauto proceder de tomar una amplia ratificación solo como una indicación que hay que evaluar respecto de otros elementos de la práctica, en particular de la práctica de los Estados que no son partes en el tratado en cuestión. Una práctica concordante de los Estados que no son parte se ha considerado como una importante prueba positiva, mientras que una práctica contraria se ha estimado como una importante prueba negativa. Especialmente pertinente es, asimismo, la práctica de los Estados partes en relación con otros Estados que no son partes en el tratado»).

¹⁰⁴ «Chance, order, change: the course of international law», págs. 107 y 110. Véase también Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», págs. 145 y 146 (en que se sugiere que la paradoja solo es real cuando se la formula en abstracto, dado que «en casos concretos las características contextuales generalmente [la] disipan»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 155.

¹⁰⁵ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 76, apdo. *f*.

¹⁰⁶ Véase también Thirlway, *International Customary Law and Codification* pág. 59 («una serie de tratados bilaterales concluidos a lo largo de un período de tiempo por varios Estados, en que todos adoptan sistemáticamente la misma solución para el mismo problema en las relaciones que mantienen entre sí, puede dar lugar a una nueva regla de derecho internacional consuetudinario»); *Mondev International Ltd v. United States of America* (CIADI, laudo, 11 de octubre de 2002), párr. 125 («el derecho internacional consuetudinario, cuyo contenido depende de la conclusión de más de 2.000 tratados bilaterales de inversión y muchos otros tratados de amistad y comercio»).

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»¹⁰⁷:

la concordancia entre diversos tratados, incluso si se tratara de un número considerable de tratados, no constituye *per se* una prueba suficiente, ni siquiera una presunción suficiente, de que la comunidad internacional en su conjunto considere esos tratados son prueba del derecho consuetudinario general. Por el contrario, hay algunos casos en que esos tratados parecen constituir prueba de que son una excepción respecto de la normativa general¹⁰⁸.

43. Como se sugiere en el segundo informe¹⁰⁹, que los Estados afectados hayan firmado o ratificado el tratado¹¹⁰, y que las partes tengan capacidad para formular

¹⁰⁷ *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 306 (opinión separada del magistrado Ammoun).

¹⁰⁸ Wolfke, «Treaties and Custom: Aspects of Interrelation», pág. 36. Véase también *Diallo*, excepción preliminar, 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 la protección de las inversiones extranjeras y el Convenio [sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados] de Washington, han establecido regímenes jurídicos especiales para la protección de las inversiones, o que disposiciones al respecto suelen incluirse en general en los acuerdos que suscriben directamente los Estados y los inversores extranjeros, no es suficiente para mostrar que se ha producido una modificación de las normas consuetudinarias relativas a la protección diplomática, y podría del mismo modo mostrar lo contrario.»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 317 y 318 (opinión disidente del vicepresidente Schwebel) («¿Por qué concluir [tantos] tratados de esa índole si su esencia ya existe en el derecho internacional [...]?»); Schachter, «Entangled Treaty and Custom», pág. 732 («Los Estados no consideran en general que esos tratados estandarizados constituyan prueba del derecho consuetudinario dado que en la mayoría de los casos los acuerdos bilaterales son acuerdos que se negocian *quid pro quo*»); Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 143; Kopelmanas, «Custom as a Means of the Creation of International Law», pág. 137; I.L.A. Declaración de Londres (nota 84 *supra*), págs. 758 y 759 («No existe ninguna presunción de que una sucesión de disposiciones similares en tratados dé lugar a una nueva norma consuetudinaria con ese contenido»); Bishop, «General course of public international law», págs. 229 y 230.

¹⁰⁹ Véase la nota 105 *supra*.

¹¹⁰ Véase también *Continental Shelf* (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia), fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 38 («[la Corte] no podría ignorar ninguna disposición del proyecto de convenio si llegara a la conclusión de que el contenido de esa disposición es vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional porque encarna o cristaliza una norma preexistente o emergente de derecho consuetudinario»); *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 277 («El escaso número de Estados que ha ratificado la Convención pone en evidencia la fragilidad de este argumento [según el cual la Convención en cuestión se ha limitado a codificar principios que ya había reconocido la costumbre]»); *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 368 («Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario»); Sinclair, «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»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 165 («los instrumentos no ratificados no siempre surten efectos negativos [en relación con la norma subyacente de derecho internacional consuetudinario], y pero tampoco puede una convención generar derecho consuetudinario de forma

reservas a los artículos del tratado¹¹¹, también puede ser pertinente para evaluar la existencia de una *opinio juris* respecto de las disposiciones pertinentes. En este caso también las circunstancias particulares que rodean la aprobación del texto del tratado deben examinarse con cuidado, así como con la práctica sobre su contenido.

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

«*Proyecto de conclusión 12. Tratados*

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

- a) codifica, en el momento en que se concluye el tratado, una norma vigente de derecho internacional consuetudinario;
- b) ha propiciado la cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario; o
- c) ha generado una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, al dar lugar a una práctica general aceptada como derecho.»

B. Resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales y en conferencias internacionales

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

instantánea»); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 226 (opinión disidente del magistrado Lachs) («La demora en la ratificación de tratados multilaterales y en la adhesión a ellos constituye un fenómeno muy conocido en la práctica contemporánea relativa a los tratados [...] el número de ratificaciones y adhesiones no puede, por sí mismo, ser considerado prueba concluyente de la aceptación general de un instrumento dado»); Silva, «Treaties as Evidence of Customary International Law», pág. 397 («Una convención que no ha sido ratificada tendrá más autoridad en el derecho internacional general si es aprobada por una mayoría importante y recibe las ratificaciones de un considerable número de Estados, que sea representativo. *A contrario sensu*, dicha convención perderá fuerza si transcurre un largo período de tiempo y muy pocos Estados la ratifican o se adhieren a ella. La importancia de las convenciones que no han sido ratificadas también aumentará si las complementa posteriormente la práctica internacional, especialmente si la Corte Internacional de Justicia tomó en consideración que se basaba en sus disposiciones»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 87 («debe tenerse en cuenta que toda ponderación de la importancia de la ratificación de un tratado de codificación debe hacerse con cautela, al igual que toda evaluación de las abstenciones que se produzcan en cuanto a su ratificación»).

¹¹¹ La directriz 3.1.5.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados establece que: «El hecho de que una disposición convencional refleje una norma de derecho internacional consuetudinario no impide por sí mismo la formulación de una reserva a esa disposición» (*Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 31). Como explicó la Comisión en su comentario a esta directriz, en el caso *Plateau continental de la mer du Nord* la Corte Internacional de Justicia siguió mostrándose circunspecta en cuanto a las deducciones a que conduce la exclusión de determinadas reservas (ibid., párr. 4 del comentario). La Comisión señaló que no era cierto que la Corte hubiera afirmado que no era admisible formular las reservas a las disposiciones de tratados que reflejaban el derecho consuetudinario (ibid., párr. 5 del comentario).

internacional consuetudinario, se asigna a esas resoluciones una importancia considerable.

46. En este contexto, los magistrados y los publicistas han prestado especial atención a las resoluciones de la Asamblea General, un foro que cuenta con participación casi universal, y gran parte de la presente sección tratará específicamente sobre ellas. Esas resoluciones pueden ser especialmente pertinentes como prueba del derecho internacional consuetudinario o para darle impulso¹¹². Sin embargo, otras reuniones y conferencias de Estados también pueden ser importantes¹¹³. Los órganos de las organizaciones internacionales¹¹⁴ y las conferencias internacionales con un número más reducido de miembros pueden cumplir una función similar, pero en general tendrán menos peso como prueba del derecho internacional consuetudinario general; sin embargo, es posible que ocupen un papel central en la formación y la determinación de una costumbre en particular (véase al respecto el capítulo V *infra*).

47. Si bien esas resoluciones no pueden por sí mismas generar derecho internacional consuetudinario, «es posible que tengan a veces valor normativo» al dar prueba del derecho vigente o emergente¹¹⁵. Sin embargo, es necesario

¹¹² Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*, contiene una cantidad de información sobre las resoluciones de las organizaciones internacionales, así como sobre todos los aspectos del papel que desempeñan las organizaciones internacionales en relación con el derecho internacional consuetudinario. Véase también Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* y «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies», pág. 205; Forteau, «Organisations internationales et sources du droit», pág. 257; Cassese, *International Law in a Divided World*, pág. 193 («Es lógico que la única oportunidad que ofrezcan las Naciones Unidas a prácticamente todos los miembros de la comunidad internacional de reunirse e intercambiar sus opiniones no pueda sino tener fuertes consecuencias en el surgimiento y la reformulación de las normas de derecho consuetudinario»).

¹¹³ Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia al Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 107, párr. 204 («puede inferirse que del texto se desprende la existencia [...] del principio consuetudinario [de la no intervención] que goza de aplicación universal»).

¹¹⁴ Por ejemplo, el Consejo de Seguridad: véase Corten, «La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières»; *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 437 y 438, párr. 81; *Prosecutor v. Tadić*, causa núm. IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, párr. 133 («De gran pertinencia para la formación de *opinio juris* en el sentido de que las violaciones del derecho internacional humanitario general, que rigen los conflictos armados internacionales acarrearán responsabilidad penal de quienes cometen u ordenan esas violaciones, son ciertas resoluciones aprobadas por unanimidad por el Consejo de Seguridad»). En la resolución 2125 (2013) del Consejo de Seguridad sobre Somalia, párr. 13, el Consejo de Seguridad subrayó que «la presente resolución no se considerará precedente del derecho consuetudinario internacional»; véase también, en el mismo contexto, el párrafo 8 de la resolución 1838 (2008) del Consejo de Seguridad.

¹¹⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 254 y 255, párr. 70 («La Corte señala que las resoluciones de la Asamblea General, incluso si no son vinculantes, pueden tener a veces valor normativo. Pueden, en ciertas circunstancias, constituir una prueba importante para establecer la existencia de una norma o el surgimiento de una *opinio juris*»). La resolución 3232 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de noviembre de 1974, que fue aprobada por consenso, contiene la siguiente disposición: «Reconociendo que el desarrollo del derecho internacional

ser cautelosos a la hora de determinar si una resolución en particular constituye efectivamente prueba de ese derecho: «se produce en cada caso un proceso de articulación,

puede reflejarse, entre otras cosas, en las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General que, en esa medida, pueden ser tomadas en consideración por la Corte Internacional de Justicia». Véase también *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 31, y *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 31 a 33 (en que se hace referencia a la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, como un «nuevo paso importante» en el desarrollo del derecho internacional relativo a los territorios no autónomos); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 103, párr. 195 («Esta descripción, que figura en [...] la definición de agresión contenida en el anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, puede interpretarse como un reflejo del derecho internacional consuetudinario»); *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, ILR, vol. 62 pág. 189 («esas resoluciones, aunque no constituyen una fuente unánime de derecho, son prueba de la creciente tendencia dominante de la opinión internacional»); Conclusiones de la 13ª comisión del Instituto de Derecho Internacional respecto de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conclusión 1 («Si bien la Carta de las Naciones Unidas no otorga a la Asamblea General la facultad de aprobar normas que sean vinculantes para los Estados en sus relaciones *inter se*, la Asamblea puede formular recomendaciones que contribuyan al desarrollo progresivo del derecho internacional, su consolidación y codificación, lo que puede lograrse mediante distintas resoluciones») (*Yearbook*, vol. 62, parte II, pág. 66, sesión de El Cairo, 1987); Abi-Saab, «La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté», págs. 53 y 56 («en la actualidad la gran mayoría de los autores considera que las resoluciones normativas de la Asamblea General pueden suscitar los mismos modos de interacción con la costumbre que los que la Corte señaló en relación con los tratados de codificación, es decir, que esas resoluciones pueden generar los mismos efectos que estos: declaratorios, cristalizadores o generadores de normas consuetudinarias»); Barberis, «Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens», págs. 21 a 23 («la Asamblea General de las Naciones Unidas no posee, en general, según la Carta, el poder de formular resoluciones jurídicamente vinculantes para los Estados, y [...] no ha podido adquirir ese poder mediante la costumbre. Sin embargo, es indudable que las resoluciones de la Asamblea General constituyen un factor importante en la formación de la costumbre»); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 111 («Las resoluciones aprobadas por los órganos de las organizaciones intergubernamentales deben formar parte hoy del acervo general de recursos internacionales que [...] el jurista debe tener en consideración»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 44 («No puede caber duda de que esas resoluciones [declaratorias de la Asamblea General] pueden hacer una contribución importante al desarrollo del derecho internacional [...] pero que ello no [...] les otorga carácter legislativo»); Tomuschat, «The Concluding Documents of World Order Conferences», pág. 568 («Las conferencias internacionales no son órganos de creación del derecho. Cuando los gobiernos elaboran un texto en que se resumen los resultados de una conferencia, en general no lo hacen con la intención de generar derecho vinculante. En vez de ello, su finalidad es trazar un curso de acción política que deberá seguirse en el futuro [...]. Incluso si se llegara a un acuerdo en un documento final, surten efectos jurídicos vinculantes solo si así lo desean las partes. En efecto, si los gobiernos tienen la intención de asumir un compromiso jurídico, siempre tienen la posibilidad de optar por un instrumento convencional inequívoco [...]. Sin embargo, sería tener poca visión quitar importancia al resultado de todas esas reuniones, en la medida en que no se han materializado en instrumentos jurídicamente vinculantes en el sentido tradicional del término, dado que la retórica pura no es susceptible de generar efectos jurídicos» (en cuanto a «declaraciones relativas a la exención de responsabilidad y reservas», véanse también las págs. 568 a 580)); Weil, «Towards Relative Normativity in International Law?», pág. 417 («Las resoluciones, como expresión sociológica y política de tendencias, intenciones, deseos, muy probablemente constituyan una etapa importante en el proceso de elaboración de normas internacionales; en sí mismas, sin embargo, no constituyen una fuente formal de nuevas normas»).

valoración y evaluación»¹¹⁶. Cabe señalar que «como ocurre con cualquier declaración que formule un Estado, siempre es necesario considerar lo que los Estados realmente quieren decir cuando votan a favor o en contra de ciertas resoluciones en foros internacionales»¹¹⁷. Como destacan los propios Estados, la Asamblea General constituye un órgano político en el cual a menudo no es para nada claro que sus actos tengan trascendencia jurídica¹¹⁸. Establecer si puede asignarse a una resolución ese valor normativo es una tarea que debe realizarse con «toda la debida cautela»¹¹⁹. Como ha explicado la Corte Internacional de Justicia:

Es necesario observar el contenido y las condiciones que llevaron a su aprobación; también es necesario ver si existe una *opinio juris* en lo que respecta a su carácter normativo. También es posible que a partir de una serie de resoluciones evolucione gradualmente la *opinio juris* que se requiere para el establecimiento de una nueva norma¹²⁰.

¹¹⁶ Crawford, «Chance, order, change: the course of international law», págs. 90 y 112. Véase también Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 225 («Las resoluciones de las organizaciones internacionales y las declaraciones multilaterales de los Estados también pueden tener efectos en el derecho internacional consuetudinario. Que [lo hagan] dependerá de diversos factores que deberán evaluarse en cada caso»); Treves, «Customary International Law», párrs. 44 a 46.

¹¹⁷ Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, pág. 88. Véase también Shaw, *International Law*, pág. 63.

¹¹⁸ Véase también Divac Öberg, «The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ», pág. 902 («La Asamblea General posee la atractiva cualidad de representar muy ampliamente a los Estados existentes y de constituir una forma centralizada y muy conveniente de conocer simultáneamente los puntos de vista de todos los Estados Miembros presentes sobre un tema en particular. Sin embargo, la Asamblea General también constituye un órgano político, lo que no la convierte en un foro ideal para determinar el derecho. Es posible que los Estados tengan razones para votar como lo hacen que no sean de índole jurídica, por ejemplo, razones morales, políticas o pragmáticas (por ejemplo, como parte de una negociación). Más aún, quizás un Estado vote en contra de una resolución porque considere que va demasiado lejos, o no lo suficientemente lejos. Por lo tanto, no es muy justo obligar a un Estado a respetar un voto favorable, cuando los Estados “actúan en el marco de ciertas normas y mecanismos que normalmente afectan el significado jurídico de su voto” y cuando las resoluciones no se imputan a los miembros a título individual sino al órgano y a la organización que aprueban la resolución. Por último, los representantes que votan en la Asamblea en general no tienen la facultad de obligar jurídicamente a sus Estados»); Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, págs. 434 y 435 («¿Tenemos el derecho de suponer que un voto positivo refleja las opiniones del Estado sobre el derecho? No es seguro. El voto pudo haberse emitido como gesto político, la confirmación de una alianza, por ejemplo, y no tener para nada relación con lo que el Estado considera costumbre. También puede responder a la presión que ejerce por un Estado poderoso o emitirse para incomodar a un adversario. En ningún caso «refleja» la *opinio juris* del Estado de que se trate. Más aún [...] es posible (y frecuente) interpretar la adopción de decisiones por las Naciones Unidas a la luz de que no se suponen vinculantes — algo que queda de manifiesto por la falta de poderes de los representantes del Estado—»); Kirchner, «Thoughts About a Methodology of Customary International Law», pág. 235 («Debemos tener en cuenta que las resoluciones, por su naturaleza, en general no crean obligaciones jurídicas. Los Estados que no recurren a la forma de un tratado, presumiblemente no desean vincularse en absoluto»).

¹¹⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 99, párr. 188.

¹²⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 255, párr. 70. Véase también Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pág. 28 («Como ocurre con gran parte del derecho internacional, no existe una respuesta fácil a este interrogante: ¿qué función cumplen las resoluciones de las organizaciones internacionales en el proceso de creación de normas en el sistema internacional? Para responder a esta pregunta es necesario que tengamos en cuenta el tema sobre el

48. Al realizar ese tipo de evaluación, las palabras que se hayan utilizado concretamente en una resolución determinada resultan de importancia fundamental: «como ocurre con la práctica de los Estados, el contenido de una determinada decisión y la medida en que se hayan examinado las cuestiones jurídicas deben ponderarse antes de asignarles peso jurídico»¹²¹. Las resoluciones redactadas «en lenguaje normativo»¹²² son las que pueden tener pertinencia, y la decisión de emplear (o evitar) determinados

que versan las resoluciones de que se trate, su carácter vinculante o de mera recomendación, la cantidad de votos con los que se logró su aprobación, las prácticas reiteradas de lo dispuesto en ellas, la prueba de la *opinio juris*. Cuando sacudimos el caleidoscopio y observamos qué imagen se forma, es innegable que esas resoluciones desempeñan un papel importante en la elaboración de normas»; Sloan, «General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)», pág. 138 («Muchos o todos los factores que anteceden, combinados adecuadamente para cada resolución, pueden tenerse en cuenta al considerar los distintos efectos o el peso dado a una resolución en particular. Quizás esos factores no tengan la misma pertinencia o importancia en lo que respecta a ciertos efectos como la eficiencia, la aceptación generalizada que tenga la resolución como interpretación, su efecto declaratorio o su fuerza vinculante. Su trascendencia varía según la resolución de que se trate»); Brownlie, «Presentation», pág. 69 («algunas resoluciones de la Asamblea General, no las resoluciones de la Asamblea General en general, sino algunas de las resoluciones de la Asamblea General, constituyen una prueba importante del estado general del derecho internacional. El texto de la resolución y los debates que llevan a su aprobación, la explicación de los votos por parte de las delegaciones, son todas pruebas del derecho internacional, aunque no más que eso. Cuando digo pruebas no necesariamente quiero decir pruebas favorables o positivas. Por lo tanto, las pruebas pueden poner de manifiesto diferencias de opinión sobre distintos aspectos de la resolución que, vistas a la luz de los criterios que se emplean respecto del derecho internacional consuetudinario, sugiere que todavía estamos lejos de la creación de derecho internacional sobre un tema determinado»); Economides, «Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international», págs. 143 y 144 («si se dan las condiciones citadas precedentemente (contenido normativo, mayoría importante, etc.), esas resoluciones pueden evolucionar y pasar a constituir normas consuetudinarias, si los Estados las aplican realmente en los hechos, lo que es siempre indispensable para la creación de la costumbre»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 65 («Es esencial tener en cuenta resoluciones de toda índole, además de cada resolución en sí misma, dado el peso relativo que tiene cada una de ellas, y las posiciones de los Estados Miembros variarán según la forma y el tema de la resolución de que se trate»).

¹²¹ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, págs. 194 y 195. Véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 102 y 103, párr. 193; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 255, párr. 72. Véase también Barberis, «Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens», pág. 34 («las resoluciones que formulan recomendaciones, proclaman deseos, instan a adoptar una conducta determinada, solicitan colaboración, invitan a adoptar determinadas medidas o utilizan expresiones semejantes no tienen carácter prescriptivo. Las resoluciones que utilizan ese vocabulario no confieren ningún derecho ni imponen ninguna obligación en el plano jurídico; se limitan a formular una recomendación o hacer una invitación, lo que no entra en la esfera normativa»).

¹²² Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 198. Véase también las Conclusiones de la 13ª comisión del Instituto de Derecho Internacional sobre las resoluciones de la Asamblea General (nota 115 *supra*), pág. 68, conclusión 10 («El lenguaje y contexto de una resolución ayudan a determinar su tenor normativo. Las referencias al derecho internacional o frases equivalentes, o su omisión deliberada, son pertinentes pero no decisivas en sí mismas»); Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 225 («Una resolución o declaración normativa no necesariamente proclama derechos o principios que tengan valor como derecho, sino que, como ocurre con los tratados, para que ello ocurra su redacción debe ser de índole tal que cree derecho, que pueda ser considerada formadora de la base de una norma jurídica general» (en que se cita el caso *North Sea Continental Shelf*)).

términos puede ser importante. «Se dice que [la naturaleza del lenguaje utilizado en la resolución] arroja luz sobre la intención de los Estados Miembros en lo que respecta a la trascendencia jurídica de la resolución»¹²³.

49. También es importante en este sentido tener en cuenta las circunstancias que rodean a la aprobación de la resolución de que se trate, entre ellas, en particular, el método que se emplee para aprobar la resolución; los resultados de la votación (cuando proceda); y las razones que esgriman los Estados en apoyo de su posición (por ejemplo, cuando negocian la resolución o explican su posición o su voto o formulan cualquier otra declaración). Es claro que

el grado de apoyo resulta importante. Una resolución aprobada por consenso o por unanimidad tendrá necesariamente más peso que una resolución que cuenta solo con el apoyo de dos terceras partes de los Estados. Las resoluciones a las que se opone incluso un número pequeño de Estados pueden tener poco efecto si esos Estados figuran entre los Estados afectados de forma más inmediata¹²⁴.

50. De todos modos, como señaló Higgins,

debemos tener cuidado de no utilizar las resoluciones de la Asamblea General como una forma expeditiva de determinar la práctica internacional en su totalidad respecto de una cuestión: la práctica que se da en el mundo exterior sigue siendo el tamiz que debe utilizarse, aunque las resoluciones de las Naciones Unidas son parte del panorama. Las resoluciones no pueden sustituir a otras formas de determinación de la costumbre: esta tarea seguirá requiriendo el examen de otras pruebas de la práctica de los Estados además de los actos colectivos que quedan plasmados en las resoluciones de la Asamblea General¹²⁵.

51. En los casos en que la intención de quienes aprueban una resolución sea declarar el derecho (en vez de promover la adopción de una nueva norma, aunque en la práctica no siempre es fácil hacer esa distinción¹²⁶), esas resoluciones (incluso si se las llama «declaraciones»¹²⁷) no

¹²³ Prost y Clark, «Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?», págs. 341 y 362.

¹²⁴ Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 226 (en que se añade que «incluso la aprobación por consenso no será tan trascendente como podría parecer a simple vista si va acompañada de declaraciones que condicionan en gran medida lo que se ha acordado, o si simplemente disimula un acuerdo que permita disentir sin ejercer presiones a fin de llevar el asunto a una votación»). Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 255, párr. 71 («varias de las resoluciones que se examinan en la presente causa han sido aprobadas a pesar de que hubo un considerable número de votos negativos y de abstenciones; por lo tanto, aunque esas resoluciones constituyen una clara señal de la profunda preocupación que existe sobre el problema de las armas nucleares, siguen sin lograr establecer la existencia de una *opinio juris* sobre la ilegalidad del uso de esas armas»); Divac Öberg, «The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ», págs. 900 y 901 («Es fundamental que haya una gran mayoría [...]. [También] es razonable que los Estados que participan efectivamente en determinada actividad tengan una fuerte opinión sobre cómo debe regularse esa actividad [...] también resulta pertinente) el mecanismo de aprobación de la resolución»); Akehurst, «Custom as a Source of International Law», págs. 6 y 7.

¹²⁵ *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pág. 28.

¹²⁶ Véase también Divac Öberg, «The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ», pág. 896 («Es cierto que en la práctica puede ser difícil trazar una distinción entre lo que, por un lado, constituye una mera interpretación o declaración y lo que, por otro, es verdaderamente creativo»).

¹²⁷ Véase también el memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos, E/CN.4/L.610, 2 de abril de 1962, párr. 4 («Tanto las “declaraciones”

constituyen prueba concluyente de la costumbre y deben evaluarse con cuidado: en primer lugar, solo en ciertas circunstancias, como se sugirió anteriormente, puede «entenderse que [la conformidad de los Estados con ese texto] constituye una aceptación de la validez de la norma o del conjunto de normas declarados en la resolución»¹²⁸.

como las “recomendaciones” se aprueban por medio de una resolución de un órgano de las Naciones Unidas. Por ello no pueden convertirse en obligatorias para los Estados Miembros, en el sentido de que un tratado o convención es vinculante para las partes, simplemente por denominarlas “declaración” en vez de “recomendación” [...]. Sin embargo, en vistas de la mayor solemnidad y trascendencia de una “declaración”, puede considerarse que conlleva, en nombre del órgano que la aprueba, la fuerte expectativa de que los miembros de la comunidad internacional van a acatarla. Por lo tanto, en la medida en que la expectativa va quedando gradualmente justificada por la práctica de los Estados, una declaración puede, por costumbre, reconocerse como un instrumento que sienta normas vinculantes para los Estados»); Suy, «Innovation in International Law-Making Processes», pág. 190 («Las facultades de la Asamblea General se limitan a la aprobación de las resoluciones. Las resoluciones son meras recomendaciones sin fuerza vinculante para los Estados Miembros. Las declaraciones solemnes aprobadas por unanimidad o por consenso no tienen un estatuto distinto, aunque su impacto moral y político será un factor importante en la orientación de las políticas nacionales. Las declaraciones a menudo contienen referencias a normas vigentes del derecho internacional. No las crean, sino que solo las repiten y les dan su apoyo. Otros principios que figuran en esas declaraciones pueden parecer nuevas declaraciones de normas jurídicas, pero el mero hecho de que se las apruebe no les confiere ninguna autoridad específica ni automática [...]. La Asamblea General, mediante sus declaraciones solemnes, puede, por lo tanto, dar un ímpetu importante al surgimiento de nuevas normas, a pesar de que la aprobación de declaraciones en sí misma no les otorga la calidad de normas vinculantes»); *Kaing Guek Eav alias Duch*, causa núm. 001/18-07-2007-ECCC/SC, sentencia de apelación de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, Sala de la Corte Suprema (3 de febrero de 2012), párr. 194 («La Declaración sobre la Tortura de 1975 es una resolución no vinculante de la Asamblea General, y por lo tanto, es necesario contar con más pruebas para llegar a la conclusión de que la definición de tortura que figura en ella refleja el derecho internacional consuetudinario de ese momento»).

¹²⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 100, párr. 188 («Las consecuencias de consentir el texto de esas resoluciones no pueden entenderse meramente como una “reiteración o elucidación” del compromiso convencional asumido en la Carta. Por el contrario, pueden entenderse como la aceptación de que la norma o conjunto de normas que se plasman en la resolución tienen validez por sí mismas»). Véase también la opinión separada del magistrado Ago («Asimismo, me siento obligado a expresar mis dudas respecto de la idea [...] de que la aceptación de ciertas resoluciones o declaraciones formuladas en el marco de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos, así como en otros contextos, puede considerarse una prueba concluyente de la existencia entre los Estados en cuestión, de una *opinio juris* concordante con la fuerza de una auténtica norma de derecho internacional») (ibíd., pág. 184); Detter, «The Effect of Resolutions of International Organizations», pág. 387 («Un voto muy mayoritario de la Asamblea General puede constituir un indicio de que existe una norma jurídica, pero no constituye una prueba concluyente de ello: cada situación debe examinarse teniendo en cuenta su propio mérito. Si las recomendaciones reflejan el derecho ya existente, naturalmente, no son las recomendaciones las que son vinculantes por su propia fuerza en esos casos: son vinculantes en razón de la fuente subyacente de la obligación en los tratados o derecho consuetudinario»); Schachter, «Entangled Treaty and Custom», pág. 730 («El apoyo a las resoluciones de la Asamblea que declaran el derecho deberían evaluarse a la luz de las condiciones que rodean esa acción. No es para nada claro que el hecho de que se haya votado a favor de una resolución que declare el derecho sea por sí mismo prueba concluyente de la creencia de que la resolución expresa una norma jurídica. Pueden concurrir otros factores»); Gaja, «The protection of general interests in the international community: general course of public international law», pág. 40 («una resolución en que se declara la existencia de cierto principio o norma de derecho internacional puede considerarse una expresión de la *opinio juris* de casi la totalidad de los Estados: los que votaron a favor o los que aceptaron la resolución por consenso. Sin embargo, una razón por la

En segundo lugar, la norma de que se trate también debe ser observada en la práctica de los Estados¹²⁹.

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

(Continuación de la nota 128.)

que se duda en dar peso a esa resolución como expresión de la *opinio juris* es que la resolución a menudo se acepta “solo como declaración de una intención política y no como la formulación de derecho”, como lo señaló el Gobierno de los Estados Unidos al explicar su voto a favor de la resolución sobre la no injerencia»; *Restatement of the Law Third of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), vol. 1, párr. 103 («Las organizaciones internacionales en general no tienen autoridad para crear derecho, y su determinación del derecho a menudo no acarrea un peso especial; sin embargo sus afirmaciones de carácter declaratorio prueban en alguna medida lo que los Estados que votaron a favor consideran que constituye derecho. El valor probatorio de esas resoluciones es variable. A las resoluciones de organizaciones internacionales de carácter universal, si no son controvertidas y se adoptan por consenso o virtual unanimidad, se les confiere un peso considerable»).

¹²⁹ Véase también Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», pág. 267 («debe admitirse que las declaraciones verbales no pueden crear normas de derecho consuetudinario si la práctica real es diferente»); Schwebel, «United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law», pág. 210 («Tener carácter declaratorio significa ser un reflejo de las percepciones y la práctica de la comunidad internacional en su conjunto; si se quiebra un espejo, su reflejo no puede no mostrar esa quebradura. No solo se exige unanimidad virtual o, por lo menos, el apoyo decidido de todos los grupos; también se exige conformidad con la práctica de los Estados, si se quiere que lo que se declara derecho vigente constituya una declaración de lo que realmente existe. La Asamblea General, al no estar dotada de facultades legislativas, no puede crear ni derogar derecho con solo decirlo (y ello es así, incluso si lo hace por unanimidad y en repetidas ocasiones). Los Estados que se reúnen en la Asamblea General solo pueden declarar el derecho cuando tienen la intención de hacerlo, algo que ocurre excepcionalmente, y cuando lo hacen con arreglo a la práctica de los Estados en que este se funda»).

¹³⁰ Danilenko, «The Theory of International Customary Law», pág. 25.

¹³¹ Sloan, «General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)», pág. 70. Véase también Corte Suprema de Justicia de El Salvador, causa núm. 26-2006 (12 de marzo de 2007), págs. 14 y 15 («las declaraciones internacionales despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, en el sentido que proponen una conducta no obligatoria, pero deseable. [...] [L]as declaraciones anticipan una *opinio juris* (conciencia de obligatoriedad), a la que la práctica de los Estados debe adecuarse, con miras a cristalizar, a mediano o largo plazo, una costumbre internacional. [...] [L]as declaraciones internacionales, aunque no sean obligatorias, sí contribuyen significativamente a la formación de fuentes obligatorias del derecho internacional, ya sea, adelantando la convicción de obligatoriedad de una determinada práctica estatal, o bien, incitando la elaboración de un tratado a partir de ciertas recomendaciones [incluidas en esas declaraciones]»); Tribunal Constitucional Federal de Alemania, orden de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2007, *Argentine necessity case* (núm. 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, párr. 39) (ILR, vol. 138, pág. 1) («El documento [proyecto de codificación de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados] fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001. Esto, sin embargo, no conduce *eo ipso* a la aplicación del derecho consuetudinario, ni a que sea jurídicamente vinculante por otra razón, pero puede servir como indicación de que existe la convicción jurídica que es necesaria para constituir derecho consuetudinario»); *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, providencia de 22 de septiembre de 1995, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 406 (opinión disidente del magistrado Palmer) («Puede afirmarse con confianza que algunos de los principios formulados en la Declaración [de Estocolmo] [de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano] han

Asimismo, una resolución puede consolidar una norma emergente de derecho internacional consuetudinario¹³².

53. La Asamblea General solo puede formular recomendaciones, y sus resoluciones no son vinculantes de por sí¹³³. Como se señala más arriba, es muy posible que esas recomendaciones tengan un papel trascendente en la formación y la determinación del derecho internacional consuetudinario; sin embargo, no pueden por sí mismas generar ese tipo de derecho *ipso facto*¹³⁴, lo que

recibido un apoyo tan amplio en la práctica de los Estados, que se añade a un sentimiento de parte de los Estados de que son jurídicamente vinculantes de modo que ahora han pasado a integrar el marco del derecho internacional consuetudinario»); Conclusiones de la 13ª comisión del Instituto de Derecho Internacional respecto de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (nota 115 *supra*), págs. 66 y 70, conclusiones 1 y 23 («Los principios y las normas proclamados en una resolución pueden influir en la práctica de los Estados, o iniciar una nueva práctica que constituya un ingrediente de un nuevo derecho consuetudinario. Una resolución puede contribuir a la consolidación de la práctica del Estado, o a la formación de la *opinio juris communis*»).

¹³² Véase también Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 70 («Ciertamente puede aceptarse que una resolución de la Asamblea General pueda contribuir al proceso de cristalización, y que la existencia de una resolución que declare, o se proponga declarar el derecho solo requerirá una prueba relativamente menor de la práctica real para apoyar la conclusión de que la norma en cuestión ha pasado a constituir una norma de derecho consuetudinario general. Sin embargo, cabe destacar que la Asamblea no puede modificar el derecho ni crear derecho nuevo [...] La idea de que el derecho sea *creado* por una resolución de la Asamblea General resulta [...] inapropiada excepto en ciertas áreas limitadas, vinculadas con la Carta»); Conclusiones de la 13ª comisión del Instituto de Derecho Internacional respecto de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (nota 115 *supra*), pág. 69, conclusión 14 («En situaciones en que una norma de derecho consuetudinario está emergiendo de la práctica de los Estados o cuando todavía exista duda sobre si una regla constituye una norma jurídica, aunque ya haya sido aplicada por un órgano internacional o por algunos Estados, una resolución que haya sido aprobada sin que mediaran votos negativos ni abstenciones puede consolidar una costumbre o eliminar dudas que podrían haber existido»).

¹³³ Excepto las que se refieren a asuntos presupuestarios y otros asuntos internos de las Naciones Unidas. Véase también, por ejemplo, Schwebel, «The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law», pág. 301 («Resulta manido señalarlo pero no es menos cierto que la Asamblea General de las Naciones Unidas carece de facultades legislativas. Sus resoluciones no son, en términos generales, vinculantes para los Estados Miembros de las Naciones Unidas ni vinculantes en derecho internacional en general. Difícilmente podría ser de otro modo. No tenemos una asamblea legislativa a nivel mundial. [...] [N]inguna disposición de la Carta da a entender que la Asamblea tenga el poder de crear normas legislativas o modificar el derecho internacional»).

¹³⁴ Sin embargo, véase *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 99 (opinión separada del vicepresidente Ammoun) («La Asamblea General ha afirmado la legitimidad de esa lucha [para liberarse de la dominación extranjera] en al menos cuatro resoluciones [...] que, consideradas en su conjunto, constituyen una costumbre»); Cheng, «United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?», pág. 37 («no hay razón que impida que una *opinio juris communis* crezca en un lapso muy breve entre todos o simplemente algunos Estados Miembros de las Naciones Unidas, con el resultado de que entre ellos nazca una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. Tampoco hay motivo alguno que les impida utilizar una resolución de la Asamblea General para “positivizar” su nueva *opinio juris* común»); ILA, Declaración de Londres (nota 84 *supra*), pág. 772 («Las resoluciones que se aceptan por unanimidad o prácticamente por unanimidad, y que revelan la clara intención de quienes las apoyan de establecer una norma de derecho internacional son capaces, muy excepcionalmente, de crear un norma de derecho consuetudinario general por el mero hecho de haberlas aprobado»); Lockwood, «Report on the Trial of Mercenaries: Luanda, Angola», págs. 195 y 197; Wolfrum, «Sources of International Law», párr. 43 («las resoluciones de la Asamblea General aprobadas por consenso o por unanimidad pueden considerarse práctica de los Estados, estableciendo de ese modo nuevas normas de derecho internacional consuetudinario»).

responde no solo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, sino también al requisito básico de que debe existir una práctica general (aceptada como derecho) para que una surja (o se considere demostrada) una norma de derecho internacional consuetudinario:

Lo más que se puede decir [de las resoluciones de la Asamblea General] es que su aprobación por una abrumadora mayoría (o incluso por unanimidad) constituye un indicio de *opinio juris sive necessitatis*; sin embargo, ello de por sí no crea derecho si no existe una práctica concomitante, y esa práctica no se genera hasta que los Estados modifican sus políticas y legislaciones nacionales¹³⁵.

En otras palabras,

¹³⁵ Suy, «Innovation in International Law-Making Processes», pág. 190. Véase también *South West Africa*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1966*, págs. 169 y 170 (opinión separada del magistrado Van Wyk) («Los solicitantes no buscan aplicar las normas tradicionales relativas a la creación del derecho consuetudinario. Por el contrario, el argumento de los peticionantes implica la novedosa proposición de que los órganos de las Naciones Unidas poseen algún tipo de competencia legislativa que les permitiría obligar a una minoría disidente. Resulta claro de las disposiciones de la Carta que no tienen esa competencia, y en mi opinión sería totalmente erróneo importarla dándole una insostenible y novedosa interpretación al Artículo 38, párr. 1, apdo. b, del Estatuto de esta Corte»); Buergenthal y Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, pág. 36 («el modo en que votan los Estados y lo que sostienen en las organizaciones internacionales es una forma de la práctica de los Estados. Su trascendencia en el proceso de elaboración de normas depende de la medida en que esa práctica del Estado resulta coherente con la conducta y los pronunciamientos contemporáneos de los Estados en otros contextos»); Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 211 («La resolución no tiene efectos por sí misma, y debe considerarse si existe realmente una opinión general, que sostengan los Estados, en el sentido de que la resolución expresa una norma vinculante de derecho internacional, de tal modo que los casos de la práctica de los Estados con arreglo a dicha norma podrían considerarse motivados por ella»); Divac Öberg, «The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ», pág. 904 («Dado que las resoluciones solo contribuyen a formar la *opinio juris*, en tanto que el elemento de la práctica del derecho consuetudinario es, en la jurisprudencia actual de la Corte Internacional de Justicia, externo, las resoluciones no surten ningún efecto sustantivo que sea real y autónomo. Sus efectos son, se podría decir, pre-sustantivos, y sientan las bases para que pueda tener un efecto sustantivo real si se proporciona el elemento faltante»); de Visscher, «Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies», pág. 182 («En efecto, las votaciones, incluso unánimes y repetidas, de esas resoluciones no constituirán jamás la práctica entre Estados que es el primer elemento de toda costumbre. Esas votaciones pueden, sin embargo, en cuanto a la génesis misma de una costumbre, constituir el elemento subjetivo de esta, es decir, la *opinio juris* o la convicción de que se trata de una norma jurídica. Es lo que conocemos habitualmente cuando hablamos como consolidación o cristalización de una costumbre en vía de formación. Además, esas votaciones proporcionan un elemento de prueba que persuade de la existencia de una costumbre cuestionada»); Weisburd, «The International Court of Justice and the Concept of State Practice», pág. 363 («Hay otro problema que va más allá del que presenta el hecho de que los Estados y sus representantes sepan que las resoluciones de la Asamblea General no tienen efectos jurídicos, un problema de lógica [...] la votación de una resolución puede indicar que existe *opinio juris* solo si compromete al Estado que emite el voto con la proposición de que lo que la resolución establezca será jurídicamente vinculante. En cambio, si la votación no es vinculante, no resulta claro cómo podría comprometer al Estado a algo»); Mendelson, «The International Court of Justice and the Sources of International Law», pág. 87 («si bien es discutible que formular una declaración o emitir un voto en la Asamblea constituya una forma (débil) de la práctica, tratar la misma acción como práctica y *opinio juris* a la vez parece, como ya se ha señalado, ser una forma de contar dos veces que no es permisible, no solo porque no cuadra con la determinación de la Corte de que deben existir dos elementos separados para que una norma constituya derecho consuetudinario, sino también porque la consecuencia sería la creación de "derecho (consuetudinario) instantáneo". Esto es algo que no fue parte de la intención de los autores de la Carta, y que, incluso hoy, los Estados en general no dan muestras de aceptar»).

la resolución no surte ningún efecto jurídica en sí misma y debe examinarse si existe en realidad una opinión general, sostenida por los Estados, de que la resolución expresa una norma obligatoria de derecho internacional, que permite sostener que ciertos casos de práctica de los Estados que aplican esa norma están motivados por ella¹³⁶.

Las repetidas declaraciones que figuran en resoluciones consecutivas no son distintas en este sentido¹³⁷.

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

«Proyecto de conclusión 13. Resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales»

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

¹³⁶ Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 211 (en que añade que «a fin de cuentas, es la "práctica general aceptada como derecho" lo que constituye la fuente de la costumbre, aunque determinar que los Estados aceptan una cierta resolución de la Asamblea General como instrumento normativo constituirá una importante prueba de que la práctica concordante se acepta como derecho»). Véase también MacGibbon, «Means for the Identification of International Law. General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity», pág. 22 («La función que cumplen las resoluciones es [...] solo indirecta. Es posible que dé inicio a una práctica futura; puede aclarar o confirmar la práctica actual o pasada; es parte del proceso de formación del derecho, pero no es en sí misma creadora de derecho. El efecto que produce la creación del derecho o el efecto vinculante surge de la combinación de la práctica pertinente y la aceptación como derecho»); P.M. Dupuy, «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain», pág. 67 («el asentimiento del Estado al carácter jurídicamente vinculante de esas normas [declaraciones de la Asamblea General] será siempre necesario bajo una forma u otra, sea que se trate de una declaración formal en su favor, de una práctica efectiva que demuestre la convicción de su autor o de un silencio que tarde o temprano será considerado como una aprobación»).

¹³⁷ Véase también MacGibbon, «Means for the Identification of International Law...», pág. 17 («En efecto, la ausencia de toda nueva norma convencional o consuetudinaria de derecho internacional que confiera a la Asamblea General la capacidad de crear el derecho de que carece en la actualidad parece destinada a hacer fracasar todo intento de atribuir efectos jurídicamente vinculantes sea a una única resolución de la Asamblea General en particular o a una serie o sucesión de resoluciones de esa índole, por numerosas que sean. Una recomendación no se traduce en una obligación jurídica simplemente por el hecho de ser reafirmada o citada nuevamente, con independencia de cuántas veces lo sea [...]. La mera repetición no produce una modificación mágica de la naturaleza jurídica de una resolución»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 532 (opinión disidente del magistrado Weeramantry) («Las declaraciones de la Asamblea General, principal órgano representativo de la comunidad mundial, quizás no constituyan derecho por sí mismas, pero, cuando se reiteran en forma continua, [pueden] con igual frecuencia y fuerza afianzar considerablemente la opinión [sobre qué constituye una norma de derecho internacional consuetudinario]»; *Nuclear Tests (Australia c. Francia)*, 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 la prohibición de realizar ensayos de armas nucleares»). Sin embargo, véase *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. 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»).

CAPÍTULO IV

Jurisprudencia y doctrina

55. Las decisiones judiciales y las obras de los publicistas (doctrina) son medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho internacional (Artículo 38, párr. 1, apdo. *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Como tales, es posible que sea pertinente tenerlas en cuenta en relación con todas las fuentes formales de derecho internacional, y ello es especialmente así en el caso del derecho internacional consuetudinario¹³⁸.

56. El Artículo 38, párr. 1, apdo. *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece lo siguiente:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

[...]

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

57. La importancia práctica de la jurisprudencia y la doctrina en lo que respecta a la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario fue puesta de relieve en el memorando de la Secretaría, en que se señala que «en muchas ocasiones la Comisión, en su análisis del derecho internacional consuetudinario, ha examinado decisiones judiciales y los escritos de la doctrina»¹³⁹. En el memorando se incluyen cinco «observaciones» en que se hace referencia a estas cuestiones, con ejemplos¹⁴⁰.

¹³⁸ También es posible que sean pertinentes en relación con los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párr. 1, apdo. *c*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esos principios son una fuente de derecho distinta del derecho internacional consuetudinario, y como tal exceden el alcance del tema actual. Cuando van acompañados de la práctica y la *opinio juris*, pueden cristalizarse en normas de derecho internacional consuetudinario (Según Waldock, «siempre existirá la tendencia de que un principio general de derecho nacional que se encuentre reconocido en el derecho internacional se cristalice en el derecho consuetudinario» («General Course on Public International Law», pág. 62)). Es posible que esos principios se conviertan en una «fuente transitoria», en el sentido de que su utilización en repetidas ocasiones a nivel internacional podría transformarlas en normas de derecho internacional consuetudinario, Pellet, «L'adaptation du droit international aux besoins changeant de la société internationale», pág. 26.

¹³⁹ Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 30.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 12 y 30 a 33. Las observaciones 1 y 15 a 18 establecen lo siguiente:

«Observación 1

Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la Comisión ha realizado frecuentemente un estudio de toda la documentación disponible sobre la práctica general de los Estados, así como sobre sus actitudes o posiciones, a menudo poniéndola en relación con los fallos de los tribunales internacionales y la doctrina».

«Observación 15

En algunas ocasiones, la Comisión se ha apoyado en las decisiones de tribunales internacionales considerando que expresaban con autoridad el estatus de una norma de derecho internacional consuetudinario».

«Observación 16

Además, la Comisión se ha apoyado con frecuencia en decisiones judiciales como un factor que respaldaba la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario».

«Observación 17

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

A. Jurisprudencia¹⁴¹

58. Es posible que las decisiones¹⁴² de los tribunales nacionales desempeñen un doble papel en relación con el derecho internacional consuetudinario: no solo como práctica de los Estados¹⁴³, sino también como forma de determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario¹⁴⁴. En este último respecto, debe examinárselas con especial cautela, dado que «los tribunales nacionales consideran el derecho internacional de forma distinta a como lo consideran los tribunales internacionales»¹⁴⁵.

59. Si bien las decisiones de los tribunales internacionales en lo que respecta a la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido no constituyen «práctica», sí cumplen una función importante como «medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho»¹⁴⁶.

«Observación 18

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

¹⁴¹ Véase Lauterpacht, «Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law», pág. 65, y *The Development of International Law by the International Court*; Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, págs. 91 a 103; Jennings, «The Judiciary, National and International, and the Development of International Law», págs. ix a xiii, y «Reflections on the Subsidiary Means for the Determination of Rules of Law»; Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, págs. 41 y 42; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, págs. 1552 a 1558; Daillier, Forteau y Pellet, *Droit International Public*, párrs. 259 y 260; Pellet, «Article 38», págs. 854 a 868, párrs. 306 a 334; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, págs. 37 a 42; Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty years of jurisprudence*, págs. 247 a 252 y 1206 a 1210; Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, págs. 127 a 131; Shaw, *International Law*, págs. 78 a 80.

¹⁴² El término «decisiones» en este contexto incluye las opiniones consultivas y las providencias que se dictan en los incidentes. Si bien las cortes y tribunales internacionales son a menudo órganos de organizaciones internacionales, es más pertinente considerar que sus decisiones constituyen medios subsidiarios para determinar las normas de derecho más que considerar que contribuyen como «práctica» de la organización.

¹⁴³ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 41, apdo. *e*. Véase también Gattini, «Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale».

¹⁴⁴ Esto es algo que se cuestiona a veces, pero es difícil ver por qué las decisiones de los tribunales nacionales, en que a menudo se plantean cuestiones de derecho internacional, deberían quedar excluidas de la expresión «decisiones judiciales» del Artículo 38, párr. 1, apdo. *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No hay razón para suponer que los autores del Estatuto se propusieron ese resultado.

¹⁴⁵ Christopher Greenwood, «The Contribution of National Courts to the Development of International Law», Annual Grotius Lecture, Londres, 4 de febrero de 2014, disponible en www.bicil.org/documents/159_annual_grotius_lecture_2014_summary.pdf. Para dos estudios recientes de tribunales nacionales, véase Reinisch y Bachmayer, «The Identification of Customary International Law by Austrian Courts», y Pellet y Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*.

¹⁴⁶ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 46; sin embargo véase Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», pág. 270 («Como es bien sabido, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona entre las fuentes de derecho internacional las decisiones judiciales, aunque solo “como medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho”. Esta fórmula subestima el papel que desempeñan las decisiones de los tribunales internacionales en el proceso de creación de normas. Las

60. La doctrina de *stare decisis* no existe en derecho internacional¹⁴⁷. No puede decirse que las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales sean decisivas en lo que respecta a la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, dado que su peso varía según la calidad del razonamiento, la composición del órgano jurisdiccional y el número de magistrados que haya constituido mayoría para adoptar la decisión. Además, es necesario tener en cuenta que el derecho internacional consuetudinario puede haberse seguido desarrollando desde la fecha en que se adoptó esa decisión en particular¹⁴⁸. Sin embargo, a menudo se considera que las decisiones judiciales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia y las de tribunales especializados, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, tienen mucho peso¹⁴⁹. Lo mismo puede decirse de ciertos laudos arbitrales¹⁵⁰.

61. Es innumerable la cantidad de casos en que se ha recurrido a decisiones judiciales a los efectos de determinar la existencia de normas internacionales de derecho consuetudinario. La Corte Internacional de Justicia a menudo cita

sentencias que han sido elaboradas de forma convincente a menudo ejercen una importante influencia en el proceso de creación de normas, incluso si en teoría los tribunales aplican el derecho vigente y no crean derecho nuevo». De todos modos, las decisiones de las cortes y tribunales internacionales y la doctrina pueden constituir también fuentes secundarias a los efectos de determinar la práctica de los Estados, véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), observación 17 y párr. 33. Véase también Barberis, «Réflexions sur la coutume internationale», pág. 34 («El derecho consuetudinario también puede crearse a través de las decisiones de los tribunales internacionales. Por lo tanto, hemos considerado que la norma según la cual una parte no puede oponer a otra el incumplimiento de una obligación ni el hecho de no haber interpuesto un recurso judicial si la primera, actuando de forma contraria a derecho, ha impedido a la segunda cumplir esa obligación o recurrir al órgano jurisdiccional, es “un principio generalmente reconocido por la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales”. Las principales normas que constituyen la base de un procedimiento arbitral han sido establecidas por la práctica de los tribunales arbitrales. En ese sentido, podemos citar en primer lugar la norma según la cual todo juez es juez de su propia competencia. Esta norma, conocida en general como “norma de la competencia de la competencia”, tiene su origen en los laudos arbitrales [...]. La norma que otorga a un tribunal la facultad de dictar medidas de conservación pertenece hoy al derecho consuetudinario y ha sido creada por la jurisprudencia internacional. Asimismo, ciertas normas hermenéuticas tienen el mismo origen, y por ejemplo, puede mencionarse en ese sentido la norma del efecto útil»).

¹⁴⁷ Acquaviva y Pocar, «*Stare decisis*».

¹⁴⁸ Véase también Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, pág. 25 («existe el peligro de que los Estados y los publicistas perciban las sentencias [de las cortes y los tribunales internacionales] como una expresión del derecho internacional, cuando, en realidad toda sentencia representa, en el mejor de los casos, una “imagen congelada” de ese derecho»).

¹⁴⁹ Véase también Crawford, «The Identification and Development of Customary International Law», discurso inaugural pronunciado en la conferencia de primavera de la sección británica de la Asociación de Derecho Internacional, el 23 de mayo de 2014 («Incluso las sentencias de la Corte tienen un efecto vinculante solo entre las partes en la controversia, y son meramente un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”; en la práctica se las considera “pronunciamientos de peso acerca del estado actual del derecho internacional”. Esto es evidente en la práctica de los Estados en respuesta a las decisiones de la Corte respecto del derecho internacional consuetudinario. Tras la decisión recaída en la causa *Nicaragua*, el carácter consuetudinario de los artículos 1 y 3 de los Convenios de Ginebra de 1949 “se da ahora por sentado y no se cuestiona casi nunca”. También es evidente en la influencia que la Corte ejerce sobre otras cortes y tribunales internacionales»).

¹⁵⁰ Existen distintas colecciones de laudos arbitrales, principalmente la importante publicación de las Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*.

sus propias decisiones anteriores o las de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. En efecto, la Corte Internacional de Justicia parece demasiado renuente a apartarse de sus decisiones previas.

B. Doctrina¹⁵¹

62. A veces se sugiere que las obras de los publicistas fueron especialmente importantes para la sistematización e incluso para el desarrollo del derecho de las naciones en los siglos pasados¹⁵². Ahora se considera que su papel es quizás menos prominente, pero, aunque dependiendo en gran medida de su calidad, siguen constituyendo una fuente útil de información y análisis para la determinación de las normas del derecho internacional consuetudinario.

63. La función que cumplen «las enseñanzas de los publicistas más altamente calificados de las distintas naciones»¹⁵³ como forma subsidiaria de determinación de las normas de derecho fue correctamente captada en las palabras tan a menudo citadas del magistrado Gray en la causa *The Paquete Habana*: «A esas obras recurren con frecuencia los tribunales judiciales, no para conocer las especulaciones de sus autores sobre qué debería constituir derecho, sino para encontrar en ellas pruebas fidedignas de qué es derecho en realidad»¹⁵⁴.

64. Las opiniones de los publicistas deben examinarse teniendo en cuenta a su vez varios factores, como la medida en que han procurado reflejar las posiciones de determinados Estados o grupos de Estados, el enfoque que han adoptado en lo que respecta a la determinación del derecho internacional consuetudinario, y si están procurando promover un punto de vista particular o formular propuestas para nuevas normas jurídicas¹⁵⁵.

¹⁵¹ Véase Schwarzenberger, «The Province of Doctrine of International Law»; François, «L'influence des publicistes sur le développement du droit international»; Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, págs. 103 a 108; Münch, «Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht»; Lachs, «Teachings and Teaching of International Law»; Oraison, «Réflexions sur la “doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations”: Flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées»; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, págs. 1558 a 1560; Pellet, «Article 38», págs. 868 a 870, párrs. 335 a 339; Wood, «Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)»; Daillier, Forteau y Pellet, *Droit International Public*, párrs. 256 a 258; Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, pág. 131; Thirlway, *The Sources of International Law*, págs. 126 a 128; Shaw, *International Law*, págs. 80 y 81.

¹⁵² Greig sugiere que «antes de que existiera un gran cuerpo de prácticas de los Estados o de precedentes judiciales, los publicistas ostentaban una posición preeminente» (*International Law*, pág. 40).

¹⁵³ A menudo conocidos simplemente como «doctrina» u «obras de los autores».

¹⁵⁴ *The Paquete Habana and The Lola*, Corte Suprema de los Estados Unidos [8 de enero de 1900] 175 US 677, pág. 700 y ss. El residente de la Corte Suprema, magistrado Fuller, emitió un voto en disidencia, y advirtió que las «elucubraciones [de los autores] pueden ser persuasivas, pero no tienen autoridad como derecho» (pág. 720).

¹⁵⁵ Jennings, «Reflections on the subsidiary means for the determination of rules of law», págs. 328 y 329 («Estas y otras fuentes de doctrina pueden quizás dejar claro en determinados casos si se refieren a la cuestión de *lex lata* o *lex ferenda* [...] grupos de presión que crean doctrina a menudo consideran que es ventajoso desdibujar la distinción y presentar sus propuestas como si se trataran de derecho vigente»). Véase también Kammerhofer, «Law-Making by Scholars».

65. Entre las obras de doctrina, las obras colectivas pueden tener una importancia especial, en particular los textos y comentarios que dimanen de la labor de la Comisión¹⁵⁶, aunque también las de los órganos privados como el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional. Sin embargo, como ocurre con todas las obras de doctrina, es importante, aunque no siempre fácil, distinguir entre las obras que describen el derecho internacional vigente (el derecho codificado, o *lex lata*) de las que encarnan normas de desarrollo progresivo (o *lex ferenda*). Como se ha señalado en relación con el proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales¹⁵⁷, «los tribunales y quienes consulten los artículos deben hacerlo [...] con cierto grado de circunspección. Deben [...] ponderar la prueba al determinar el estado de ciertas disposiciones del proyecto»¹⁵⁸.

66. Los casos en que las decisiones se fundan expresamente en las obras de autores individuales (en vez de en

¹⁵⁶ Algunos ejemplos de ello son la referencia a la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados en *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* en lo que respecta al *ius cogens* (párr. 190); y la importancia que se da a la primera lectura en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungría/Eslovaquia), fallo, *I.C.J. Reports 1997*, párr. 50. Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia al proyecto sobre la responsabilidad del Estado, por ejemplo en su fallo de 19 de diciembre de 2005 recaído en *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, párr. 160, en que la Corte hizo referencia a los artículos 4, 5, y 8 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Asimismo, en la causa *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 43, la Corte hizo amplia referencia al proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Véase también Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 202 («las codificaciones de la Comisión de Derecho Internacional han resultado ser sumamente valiosas [para la Corte, al corroborar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario], en primer lugar en razón del carácter exhaustivo de los procedimientos utilizados por la Comisión de Derecho Internacional»).

¹⁵⁷ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88.

¹⁵⁸ Wood, «Weighing the articles on responsibility of international organizations», pág. 66.

las obras de la Comisión y algunas otras obras colectivas) siguen siendo muy poco frecuentes en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁹, lo que no necesariamente significa que esas obras no sean importantes, y de hecho a menudo se las invoca en opiniones separadas o disidentes, y en decisiones de otras cortes y tribunales internacionales y de órganos jurisdiccionales nacionales¹⁶⁰.

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

«*Proyecto de conclusión 14. Jurisprudencia y doctrina*

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

¹⁵⁹ Peil, «Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice», pág. 136.

¹⁶⁰ Véase, por ejemplo, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor* [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Tribunal Supremo de Singapur – Tribunal de Apelaciones, 14 de mayo de 2010), párrs. 95 y 98; Tribunal Constitucional Federal de Alemania, orden de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, párrs. 64 y 65; *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica (4 de agosto de 2004), párrs. 25 a 29; *Prosecutor v. Ntakirutimana*, causas núm. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Rwanda), 13 de diciembre de 2004, párr. 518; Sala de Cuestiones Preliminares de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, causa penal núm. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), decisión respecto de la apelación contra la orden de los jueces de instrucción relativa a la empresa criminal conjunta (JCE), 20 de mayo de 2010, párr. 61 (en que se hace referencia a una causa anterior del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre la cuestión); *Prosecutor v. Delalić*, causa núm. IT-96-21-T, fallo (Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 16 de noviembre de 1998, párr. 342; *Kaing Guek Eav alias Duch*, causa núm. 001/18-07-2007-ECCC/SC, fallo en apelación de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, Sala de la Corte Suprema (3 de febrero de 2012), párrs. 114 a 116; *Prosecutor v. Šainović and Others*, causa núm. IT-05-87-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 23 de enero de 2014, párr. 1647 (y referencia contenida en él); 2 BvR 1506/03, orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003 (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), párr. 47; TIDM, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, párr. 169.

CAPÍTULO V

Pertinencia de las organizaciones internacionales

68. En el segundo informe se indicó que la práctica de las organizaciones internacionales también podía ser pertinente para la determinación del derecho internacional consuetudinario¹⁶¹. Dicho planteamiento recibió el apoyo

¹⁶¹ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párrs. 43 y 44. El segundo informe proponía que por «organización internacional» se entendiera (a los efectos del proyecto de conclusiones) «una organización intergubernamental». Sin embargo, en 2014 el Comité de Redacción consideró que tal vez fuera prematuro elegir entre las posibles definiciones hasta que no se examinara el presente informe. La intención del Relator Especial es que la expresión «organización internacional» en el proyecto de conclusiones debería referirse a las organizaciones con personalidad jurídica internacional cuyos miembros son principalmente Estados u otras organizaciones internacionales. En la actualidad, el Relator Especial no considera necesario incluir una definición en el proyecto de conclusiones, siempre que se dé una

mayoritario de la Comisión¹⁶², aunque surgieron varios interrogantes en cuanto a la naturaleza particular de tal

explicación en el comentario. Se trata de una cuestión que el Comité de Redacción tal vez desee considerar más a fondo.

¹⁶² La Comisión reconoció ya en 1950 que «las pruebas de una práctica acumulativa de las organizaciones internacionales puede considerarse una prueba del derecho internacional consuetudinario en lo que respecta a las relaciones de los Estados con las organizaciones» (*Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 372, párr. 78); véase también el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), observación 13 («En determinadas circunstancias, la Comisión se ha basado en la práctica de organizaciones internacionales para determinar que existía una norma de derecho internacional consuetudinario, remitiéndose a diversos aspectos de la práctica de las organizaciones internacionales, como sus relaciones externas, el ejercicio de sus funciones y las posturas adoptadas por sus órganos con respecto a situaciones concretas o cuestiones generales de las relaciones internacionales»).

función¹⁶³. El proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 2, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014, disponía:

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

En una nota del informe del presidente del Comité de Redacción se indicó que el proyecto de conclusión 4 [5] sería examinado nuevamente por la Comisión en su 67º período de sesiones, en 2015, teniendo en cuenta el análisis de la cuestión de la práctica de las organizaciones internacionales que se realizara en el presente informe. En una nota al proyecto de conclusión 6 [7], párr. 3, se señalaba igualmente que «en el futuro se examinarían las formas de la práctica de las organizaciones internacionales»¹⁶⁴.

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

Las organizaciones internacionales son muy distintas de los Estados, y también se diferencian mucho entre ellas. A diferencia de los Estados, no gozan de competencias generales y se crean para ejercer funciones específicas («principio de especialidad»). Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas¹⁶⁵.

70. Los Estados siguen siendo los principales sujetos de derecho internacional y, como se explicó en el segundo informe, es principalmente su práctica la que contribuye a la formación y expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario¹⁶⁶. También son los Estados los que (en su mayor parte) crean y controlan las organizaciones internacionales, y les otorgan atribuciones para que desempeñen, como personas jurídicas internacionales autónomas, una serie de funciones en el plano internacional destinadas a conseguir ciertos objetivos comunes a sus miembros¹⁶⁷. Por lo tanto, en general, «parece

prematureo equiparar las atribuciones normativas [que algunas organizaciones internacionales pueden tener] con una verdadera facultad autónoma de crear disposiciones jurídicas»¹⁶⁸; al mismo tiempo, teniendo en cuenta que, de hecho, «los sujetos de derecho de cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en el alcance de sus derechos, y que su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad»¹⁶⁹, es evidente que el ejercicio por las organizaciones internacionales de sus funciones puede ser de interés para la determinación del derecho internacional consuetudinario. Este concepto general recibió un apoyo considerable en el debate que la Sexta Comisión mantuvo en 2014¹⁷⁰.

y Sivakumaran, «Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law», págs. 117 y 118 («Desde el punto de vista normativo, los órganos a los que se atribuyen facultades estatales son creados por los Estados y reciben sus atribuciones de ellos, lo que permite argumentar que cualquier facultad normativa que dichos órganos ejerzan se deriva del consentimiento del Estado. Además, después de realizar la delegación inicial de atribuciones normativas, los Estados conservan diversas facultades oficiales y oficiosas para sancionar a los órganos receptores de dichas atribuciones si se extralimitan en sus actividades de elaboración de disposiciones [...]. Por consiguiente, cualquier función que los referidos órganos desempeñen en la creación de normas depende del consentimiento inicial del Estado y de, cuando menos, cierto grado de consentimiento que el Estado mantiene a lo largo del tiempo»); Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, págs. 8 y 9 («en caso de que se identifique algún elemento de legislación internacional en las operaciones de las organizaciones internacionales, los entusiastas de esas estructuras harían bien en recordar que la teoría en que se basa su creación es la de las facultades delegadas del Estado»). Los Estados (tanto los miembros de las organizaciones como los que no lo son) también pueden formular objeciones al comportamiento de una organización internacional, véase, por ejemplo, Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, pág. 116 («puede que un Estado formule objeciones de manera persistente a la forma en que se ejerce la delegación de poderes dentro de una organización precisamente para evitar cualquier norma consuetudinaria futura que pueda derivarse de actos de la organización que vinculen al Estado y, por lo tanto, limiten su ejercicio unilateral de facultades fuera del contexto de la organización»); Alvarez, *International Organization as Law-Makers*, pág. 593.

¹⁶⁸ Prost y Clark, «Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law...», págs. 354, 367 y 368 (donde se añade que «el factor decisivo, a estos efectos, es si la organización es capaz de expresar una voluntad verdaderamente autónoma, es decir, una voluntad que no solo es la suma de las voluntades individuales de sus miembros, y si esa voluntad independiente es vinculante para los Estados miembros [...]. Sobre esta cuestión, sigue existiendo [...] un amplio debate [...]. En la actual etapa de desarrollo de la comunidad jurídica internacional, las organizaciones internacionales siguen siendo en gran medida incapaces de dar lugar al surgimiento de facultades que sean realmente autónomas de los Estados soberanos. De hecho, la lógica institucional nunca eclipsa la lógica de los Estados. Por el contrario, presupone, refleja y, en cierta medida, intensifica el sistema de los Estados-nación»). Véase también Klappers, «International Organizations in the Formation of Customary International Law», pág. 183 («Para decir algo sensato sobre el papel de las organizaciones internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario, se requiere una cierta perspectiva sobre la relación entre las organizaciones y sus miembros. Por un lado, los que consideran que las organizaciones son poco más que vehículos de sus Estados miembros apenas tendrán problemas para aceptar la idea de que los actos de los órganos [de las organizaciones internacionales] pueden de algún modo considerarse actos de los Estados. Por el otro, puede que quienes insisten en la identidad autónoma de la organización no se inclinen tan fácilmente por considerar los actos de las organizaciones como actos del Estado»).

¹⁶⁹ *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports, 1949*, pág. 178.

¹⁷⁰ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de Eslovenia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 20ª sesión (A/C.6/69/SR.20), párrs. 41 y 42; Francia, *ibíd.*, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párrs. 30 y 31; Eslovaquia, *ibíd.*,

(Continuación en la página siguiente.)

¹⁶³ Véase, por ejemplo, la intervención del Sr. Murphy, *Anuario... 2014*, vol. I, 3224ª sesión. Para una ulterior reflexión sobre algunas de las cuestiones planteadas, véase Wood, «International Organizations and Customary International Law».

¹⁶⁴ Véase también el informe provisional del presidente del Comité de Redacción, 7 de agosto de 2014 (nota 10 *supra*), págs. 9 y 10.

¹⁶⁵ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 7 del comentario general; véase también Ragazzi, *The Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*, págs. 449 a 451.

¹⁶⁶ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 43.

¹⁶⁷ Véase también Hannikainen, «The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law», pág. 130 («La creciente importancia de las organizaciones internacionales no significa que hayan superado a los Estados o constituyan una grave amenaza para su soberanía. Los Estados siguen siendo los principales actores en la escena internacional; como fundadores y miembros de las organizaciones internacionales, pueden controlar esas instituciones creadas por ellos, incluso disolverlas. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que los Estados deliberadamente han atribuido a las organizaciones internacionales distintos tipos de poderes, otorgando incluso facultades supra-nacionales a determinadas organizaciones internacionales»); Roberts

71. Para empezar, hay que hacer una doble distinción. En primer lugar, y esto es fundamental, hay que distinguir entre la práctica de los Estados en el marco de las organizaciones internacionales como tales. Aunque puede que esto no siempre sea fácil de hacer (en particular cuando el órgano competente de una organización está integrado por Estados)¹⁷¹ y la doctrina suele ser poco clara al respecto, en principio la práctica de las organizaciones internacionales, como personas jurídicas internacionales separadas, no debe asimilarse a la de los propios Estados (de los «representantes de los miembros, es decir, de personas delegadas por sus respectivos gobiernos, de los cuales reciben instrucciones y cuya responsabilidad generan») ¹⁷². El presente informe, al igual que el segundo, parte de la base de que, cuando resulta pertinente, la práctica de los Estados en el marco de las organizaciones internacionales debe atribuirse a los propios Estados ¹⁷³.

(Continuación de la nota 170.)

23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 88; Austria, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 106; Noruega (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 130; Grecia, *ibíd.*, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 31; los Países Bajos; Polonia, *ibíd.*, párr. 57; Portugal, *ibíd.*, párr. 3; Rumania, *ibíd.*, párr. 89; Sudáfrica, *ibíd.*, párr. 93; España, *ibíd.*, párr. 102; Trinidad y Tabago, *ibíd.*, párr. 117; la República Islámica del Irán (las organizaciones internacionales como pertinentes para la determinación del derecho internacional consuetudinario «en la medida en que refleja la práctica de los Estados»), *ibíd.*, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 9; Jamaica, *ibíd.*, párr. 37; República de Corea, *ibíd.*, párr. 70; Estados Unidos («en algunas circunstancias definidas»), *ibíd.*, párr. 15.

¹⁷¹ Como declaró la Sra. Jacobsson, a veces puede ser difícil distinguir a los Estados y las organizaciones internacionales en lo que respecta a su participación» (*Anuario... 2014*, vol. I, 3226ª sesión). Véase también Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 11 («la práctica de las organizaciones internacionales también puede crear normas de derecho consuetudinario. Es cierto que la mayoría de los órganos de la mayor parte de las organizaciones internacionales están integrados por representantes de los Estados, y que es mejor que su práctica se considere como práctica de los Estados. Sin embargo, la práctica de órganos que no están compuestos por representantes de los Estados, como la Secretaría de las Naciones Unidas, también puede crear normas de derecho consuetudinario [...]. Tampoco se deben pasar por alto las opiniones jurídicas de la Secretaría de las Naciones Unidas»); Wesel y Blockmans, «The Legal Status and Influence of Decisions of International Organizations and other Bodies in the European Union» («una importante función de las organizaciones internacionales es poner de manifiesto la práctica de los Estados (y la *opinio juris*) y permitir una rápida creación del derecho consuetudinario, aunque es necesario ser conscientes de la distinción entre la práctica de los Estados y la práctica de una organización internacional»); DeBartolo, «Identifying International Organizations' Contributions to Custom» («Aunque tales actos [en relación con las resoluciones de las organizaciones internacionales, por ejemplo] tienen lugar en el foro de una organización internacional, son actos del Estado, realizados por funcionarios del Estado (generalmente miembros de una delegación o misión permanente del Estado ante la organización internacional) y, como tales, constituyen práctica de los Estados, no práctica de las organizaciones internacionales»); Alvarez, «International Organizations: Then and Now», pág. 333 («Aunque algunos tal vez prefieran describirlas como meros «escenarios» para actividades relacionadas con la creación de normas, las organizaciones internacionales [...] son a todos los efectos prácticos un nuevo tipo de actor que genera normas que son hasta cierto punto autónomas de los Estados que las establecen»); Johnstone, «Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations», pág. 87 («en la medida en que las organizaciones internacionales actúan de manera autónoma al llevar a cabo [...] sus prácticas, el proceso de elaboración de normas se aleja un tanto del consentimiento del Estado»); Wouters y De Man, «International Organizations as Law-Makers», pág. 208.

¹⁷² Para reproducir las palabras de la opinión consultiva *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne, 1925, P.C.I.J., Series B, No. 12*, pág. 29 (donde se analiza, en un contexto diferente, la composición del Consejo de la Sociedad de las Naciones).

¹⁷³ Véase también Treves, «Customary international law», párr. 50 («Como sujetos de derecho internacional, las organizaciones intergu-

72. Por otra parte, también debe distinguirse entre el comportamiento de la organización que tiene que ver con su funcionamiento interno (a menudo denominado «práctica de la organización» o «práctica establecida de la organización»), para ello véanse las definiciones de «reglas de la organización» en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales) y el comportamiento de la organización en sus relaciones con los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades (práctica externa). Aunque el primero puede, en determinadas circunstancias, dar lugar a «una especie de derecho consuetudinario de la organización, creado por esta última y aplicable solo a ella»¹⁷⁴, en principio es el segundo el que puede ser pertinente para la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario¹⁷⁵.

73. La existencia de una gran diversidad de organizaciones internacionales exige especial cautela al evaluar

bernamentales participan en el proceso consuetudinario de la misma manera que los Estados. No obstante, la determinación y evaluación de esa participación y de su importancia deben hacerse con especial cautela: en primer lugar, por el limitado alcance de la competencia de las organizaciones y, en segundo término, porque tal vez sea preferible que muchas manifestaciones de esa práctica, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se consideren práctica de los Estados participantes más que de las organizaciones».

¹⁷⁴ Peters, «Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?», págs. 630 y 631 (donde se añade, sin embargo, que «en cualquier caso no es tan sencillo, porque al mismo tiempo la práctica establecida tiene un carácter que responde a sus orígenes en el seno de la organización: se basa en gran medida en el derecho derivado de la organización, en las resoluciones y decisiones vinculantes de sus órganos»). Ese derecho consuetudinario abarcaría «principalmente normas que se refieren a las relaciones entre los órganos de las organizaciones y entre esas organizaciones y los miembros de su personal» (Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 80). Este tipo de «costumbre» va más allá del alcance del presente tema.

¹⁷⁵ Véase también, por ejemplo, Pellet, «Article 38», págs. 816 y 817 («la práctica de las propias organizaciones [internacionales] también puede ser de importancia primordial en la determinación de la existencia del elemento material. En este sentido, sin embargo, es necesario establecer una distinción entre la práctica interna y puramente institucional, que da lugar a una norma consuetudinaria en el marco de la «ley adecuada» de la organización de que se trate, por un lado, y la contribución de la organización u organizaciones a la formación de normas generales de derecho consuetudinario aplicables fuera del marco de la organización, por el otro»); Barberis, «Réflexions sur la coutume internationale», pág. 33 («En lo que respecta a la práctica de las organizaciones internacionales, es necesario distinguir entre la actividad que sus órganos realizan en su seno y que está relacionada con el orden jurídico interno de la organización, y la actividad que despliegan en el plano internacional. La actividad realizada en el marco de la organización puede dar lugar a normas consuetudinarias relativas al orden jurídico interno de dicha organización. [...]. Sin embargo, la práctica de una organización en el plano internacional puede generar normas consuetudinarias internacionales»). Para un enfoque conceptual distinto según el cual en la actualidad «la mayor parte de las decisiones de las organizaciones internacionales tienen un efecto normativo interno y externo [y] la distinción entre capacidad normativa interna y externa está desapareciendo», véase Wouters y De Man, «International Organizations as Law-Makers», pág. 194. En el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*) se observa que, «[e]n algunas ocasiones, la Comisión se ha referido a la posibilidad de que la práctica de una organización internacional termine por convertirse en una costumbre específica de esa organización. Esas costumbres pueden referirse a diversos aspectos de las funciones o actividades de la organización, como por ejemplo la potestad de una organización internacional para celebrar tratados o las normas aplicables a los tratados aprobados dentro de la organización» (observación 14).

su práctica y la importancia que se atribuye a ella¹⁷⁶. Por ejemplo, cuanto más Estados miembros tiene la organización¹⁷⁷, o cuánto más se refrenda expresamente la práctica de la organización (de una u otra forma) por parte de los Estados miembros, más peso puede adquirir la práctica. Esas consideraciones reflejan el papel central de los Estados en el proceso consuetudinario.

74. La práctica relacionada con las organizaciones internacionales puede surgir de diversas formas, aunque a veces es difícil diferenciarlas claramente. En primer lugar, los actos de las organizaciones internacionales pueden reflejar la práctica y las convicciones de sus Estados miembros¹⁷⁸. Como se examinó en el capítulo III del presente informe, las resoluciones de órganos integrados por Estados reflejan las opiniones expresadas y los votos emitidos por los Estados que los componen y, por lo tanto, pueden constituir práctica de los Estados o prueba de *opinio juris*¹⁷⁹. Del mismo modo, las políticas adoptadas por

¹⁷⁶ En el debate celebrado en la Sexta Comisión en 2014, Malasia sugirió que «[d]ado que las organizaciones internacionales difieren en cuanto a su composición y estructura, no debe presumirse que los actos o la inacción de cualquiera de ellas representa la práctica general de los Estados a los efectos de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27)*, párr. 44). De modo similar, Singapur declaró que «es necesario actuar con suma cautela al valorar la pertinencia de los actos, incluida la inacción, de las organizaciones internacionales. Hay grandes variaciones en la estructura, el mandato, la composición de los órganos de decisión y los procedimientos de adopción de decisiones de esas organizaciones, factores todos ellos que inciden en el papel que esas organizaciones desempeñan, en su caso, en la formación del derecho internacional consuetudinario» (*ibíd.*, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 65). Véase también Wouters y De Man, «International Organizations as Law-Makers», pág. 208 («Que las acciones de las organizaciones internacionales puedan atribuirse o no a la comunidad de los Estados en su conjunto es una cuestión compleja y la respuesta depende de factores tan diversos como, entre otros, la naturaleza de la organización (política vs. técnica), el grado de inclusividad de su composición (universal y total vs. regional y limitada), la composición del órgano pertinente que adopta una determinada medida (plenario vs. parcial) y el método de adopción de decisiones aplicado (unanimidad y consenso vs. mayoría)»).

¹⁷⁷ Véase Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*, para un tratamiento integral de todos los aspectos. Véase también Skubiszewski, «Forms of Participation of International Organizations in the Lawmaking Processes», pág. 791 («la costumbre internacional se modifica y desarrolla mediante la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, especialmente las de carácter universal»); Gunning, «Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights», pág. 225 («Cuanto mayor sea el número de Estados y más amplia sea la representación de los Estados que apoyan al organismo y, por lo tanto, la autoridad que le ha sido delegada, más sólidos serán los argumentos en favor de que las acciones del organismo crean derecho consuetudinario»); Alexandrowicz, *The Law Making Functions of the Specialized Agencies of the United Nations*, pág. 98 («Dado su carácter mayoritariamente universal, los organismos [especializados de las Naciones Unidas] son un foro adecuado para la generación de normas consuetudinarias que gozan de aceptación en todo el mundo»).

¹⁷⁸ Crawford ha escrito que «las actividades de las organizaciones internacionales no aparecen en las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, están en condiciones de contribuir a su desarrollo. Esto se debe principalmente a la capacidad de las organizaciones internacionales de expresar colectivamente la práctica de los Estados miembros» (*Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 192). Véase también Gunning, «Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights», pág. 222 («El argumento de que las organizaciones internacionales deberían influir en la costumbre se basa en la premisa de que las prácticas de las organizaciones internacionales [...] constituyen una acción colectiva de los Estados»).

¹⁷⁹ Véase también Prost y Clark, «Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law...?», pág. 360 («por muy importantes

las organizaciones internacionales y los actos realizados por ellas suelen ser examinados de cerca y/o respaldados por sus Estados miembros.

75. En segundo lugar, la conducta de las organizaciones internacionales puede servir como catalizador de la práctica de los Estados. En esencia, la labor de las organizaciones internacionales en el plano internacional puede provocar reacciones de los Estados, que pueden considerarse como práctica o testimonio de sus opiniones jurídicas¹⁸⁰. Esto ocurre, por ejemplo, cuando las organizaciones internacionales presentan proyectos de textos para que los Estados los debatan o participen en actividades a las que los Estados responden. Del mismo modo, los informes elaborados o aprobados por órganos de las organizaciones internacionales, o las declaraciones realizadas en su nombre, a menudo provocan la reacción de los Estados. Las resoluciones en las que se insta a los Estados a actuar, esto es, a adoptar normativa nacional u otras medidas internas, también pueden dar lugar a práctica de los Estados.

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

¹⁸⁰ Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 258, párr. 81 (Informe del Secretario General de las Naciones Unidas «aprobado unánimemente por el Consejo de Seguridad»). Véase también Cassese, *International Law in a Divided World*, pág. 193 («las Naciones Unidas alientan a los Estados a formular opiniones sobre las cuestiones en relación con las cuales suelen recabarse sus comentarios. Una vez más, esto garantiza que se recojan una serie de declaraciones que, de lo contrario, sería difícil obtener»); Charney, «Universal international law», págs. 543 y 544; Vignes, «The Impact of International Organizations on the Development and Application of Public International Law», pág. 829; Hannikainen, «The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law», pág. 140 («Las resoluciones no son el único tipo de actividad de las organizaciones internacionales que importa para la creación de normas consuetudinarias. Muchos órganos internacionales entablan un diálogo con los Estados con el propósito de convencerlos de que adopten determinadas buenas prácticas o formas de conducta. Existen poderosos órganos internacionales que pueden no limitarse a la persuasión, sino emplear formas de presión en relación con un Estado miembro»); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, pág. 346 («A diferencia de la arraigada creencia de que disponen de escasas competencias prescriptivas directas, tales organizaciones [internacionales gubernamentales] desempeñan un papel cada vez más importante como foros que sirven de cauce para comunicaciones explícitas y actos de colaboración que generan en las personas expectativas acerca de cuáles son las políticas comunitarias autorizadas. Esto es especialmente cierto en el caso de las Naciones Unidas y sus organismos afiliados»).

76. En tercer lugar, generalmente la práctica de las organizaciones internacionales en relación con la conducta internacional de la organización o las organizaciones internacionales puede, como tal, servir como práctica pertinente a los efectos de la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario¹⁸¹. En gran medida, esto «tal vez tenga su mejor ilustración en los actos de los órganos administrativos u operacionales»¹⁸²,

¹⁸¹ Véase también Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 2 BvR 1506/03, Orden del Segundo Senado de 5 de noviembre de 2003, párr. 52 («al evaluar la práctica de los Estados deben tenerse en cuenta los acontecimientos más recientes en el plano internacional, que se caracterizan por una creciente diferenciación y el número cada vez mayor de sujetos de derecho internacional que se reconocen. Por consiguiente, los actos de los órganos de organizaciones internacionales [...] merecen especial atención»); Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 47 («las organizaciones internacionales son por sí mismas personas internacionales. Pueden por derecho propio dar lugar a prácticas que con el tiempo sean susceptibles de adquirir el carácter de derecho consuetudinario o contribuir a su desarrollo, puesto que nada de lo dispuesto en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia restringe la costumbre internacional exclusivamente a la práctica de los Estados. Sin embargo, la personalidad internacional impone límites a las esferas del derecho internacional a las que pueden afectar directamente sus prácticas»); Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pág. 25 («La práctica reiterada de un órgano [de las Naciones Unidas] a la hora de interpretar el tratado puede establecer una práctica que, si el tratado se ocupa de cuestiones de derecho internacional general, puede en último término convertirse en costumbre. Aunque la práctica del órgano puede no ser una buena prueba de la intención de los Estados partes originales, tiene valor probatorio como derecho consuetudinario. En este sentido, las Naciones Unidas son un participante en el proceso jurídico internacional»); Skubiszewski, «Forms of Participation of International Organizations in the Lawmaking Processes», pág. 791 («La aplicación del derecho internacional consuetudinario por los órganos de la organización y en su seno puede llevar a la aparición de nuevas normas»); Boisson de Chazournes, «Qu'est-ce que la pratique en droit international?», pág. 38 («De manera general, como sujetos de derecho internacional, las organizaciones internacionales contribuyen a la configuración del derecho internacional. Esta contribución reviste formas diferentes, lo que muestra una vez más el carácter plural de la práctica. [...] Así, una organización internacional puede ser vehículo de la práctica de sus Estados miembros. Además, puede tener su propia práctica externa por conducto de sus órganos políticos e integrados. Por último, también es posible que desarrolle prácticas que le son propias en su orden interno»); Danilenko, «The Theory of International Customary Law», pág. 20 («Es indiscutible que la práctica de los Estados ejerce una influencia decisiva en la formación de la costumbre. Al mismo tiempo, es un hecho ampliamente reconocido que la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la creación de normas consuetudinarias en esferas de su competencia»); Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, pág. XL («Las organizaciones internacionales tienen personalidad jurídica internacional y pueden participar a título propio en las relaciones internacionales, independientemente de sus Estados miembros. Su práctica a este respecto puede contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario»); Lowe, «Can the European Community Bind the Member States on Questions of Customary International Law?», pág. 158 («Tampoco estoy planteando si esas declaraciones de la Comunidad [Europea] pueden considerarse práctica de los Estados en virtud del Artículo 38, párr. 1, apdo. b, del Estatuto de la Corte [Internacional de Justicia]. Está claro que, en la medida en que son actos de una persona internacional, sí que pueden»); Akehurst, «The Hierarchy of the Sources of International Law», pág. 281 («Muchos actos de las organizaciones internacionales no son por sí mismos fuentes de derecho internacional, ya sea porque solo son parte de la práctica a partir de la cual se desarrolla el derecho internacional consuetudinario*, o porque simplemente reflejan acuerdos entre los Estados (o promesas de estos últimos)»); Mendelson, «The formation of customary international law», pág. 201 («Lo que convenientemente es y de forma tradicional se denomina práctica de los Estados [...] es, para ser más exactos, la práctica de los sujetos de derecho internacional»); ILA, Declaración de Londres (nota 84 *supra*), pág. 730 («La práctica de las organizaciones intergubernamentales por derecho propio es una forma de "práctica estatal"»).

¹⁸² Sloan, «General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)», pág. 74 (donde sugiere que «dado que las organizaciones

y se refiere a las «actividades operacionales» de las organizaciones que se asemejan a las actividades emprendidas por los Estados, que un autor define como «la labor programática de las organizaciones internacionales llevada a cabo en el marco de su misión general o en cumplimiento de un mandato específico»¹⁸³. Tales actividades son sumamente variadas y, dependiendo de las funciones y facultades atribuidas a las organizaciones internacionales, pueden ir desde las medidas coercitivas de las Naciones Unidas a las funciones de depositario de tratados de la Secretaría. Excepto en esos ámbitos, es poco probable que los actos y opiniones de la Secretaría tengan la consideración de práctica¹⁸⁴.

77. La contribución de las organizaciones internacionales como tales a la formación e identificación de normas de derecho internacional consuetudinario es más clara cuando los Estados les han atribuido competencias estatales. «Cuando, como en el caso de la [UE], la organización internacional sustituye, en su totalidad o en parte, a sus Estados miembros en las relaciones internacionales, su práctica puede ser pertinente en ámbitos más amplios [que los estrictamente relativos a las cuestiones jurídicas que son directamente pertinentes para su participación en las relaciones internacionales]»¹⁸⁵. En esencia, esa práctica puede equipararse a la práctica de los Estados. Como se explicó en el segundo informe, si

internacionales son sujetos de derecho internacional, la práctica de las organizaciones también es pertinente para la creación de la costumbre». Véase también Schachter, «The Development of International Law Through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat», pág. 93 (donde se hace referencia a las intervenciones del Secretario General en importantes controversias políticas, que «casi siempre se han producido a los efectos de presentar declaraciones jurídicas»).

¹⁸³ Johnstone, «Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations», pág. 94 (donde, sin embargo, examina esas actividades en un contexto un tanto diferente, y las distingue «de las funciones normativas más explícitas de las organizaciones internacionales, como la elaboración de tratados o la aprobación de resoluciones, declaraciones y reglamentaciones por órganos intergubernamentales»). Véase también Schmalenbach, «International Organizations or Institutions, General Aspects», párr. 78 («algunas organizaciones operan en la misma esfera o de la misma manera que los Estados. En estos casos, ambos contribuyen con su práctica y su *opinio iuris* a la creación de las mismas normas de derecho consuetudinario, siempre que el carácter específico de una organización internacional no exija modificaciones»); Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 195 («Las organizaciones pueden establecer acuerdos con los Estados miembros y los Estados no miembros y con otras organizaciones, y pueden presentar reclamaciones internacionales y hacer pronunciamientos oficiales sobre cuestiones que les afectan. Sin perjuicio de lo dicho acerca de la cautela necesaria en la evaluación de los actos de los órganos políticos, la práctica de las organizaciones representa una prueba del derecho. Además, el comportamiento de las organizaciones internacionales "en su respectiva esfera" puede influir en el discurso del derecho internacional y, de ese modo, influir indirectamente en la formación de la costumbre»).

¹⁸⁴ Corten, *Méthodologie du droit international public*, pág. 173 («Sucede periódicamente que el Secretario General de las Naciones Unidas expresa su postura sobre la licitud de una operación militar [...]. Tales posicionamientos no dejan de tener interés, en la medida en que pueden suscitar reacciones oficiales de los Estados Miembros de las Naciones Unidas. No obstante, como tal, una declaración del Secretario General no es susceptible de vincular jurídicamente a las Naciones Unidas como organización internacional. Ni *a fortiori* a los Estados Miembros de la Organización»).

¹⁸⁵ Treves, «Customary international law», párr. 52. Véase, por ejemplo, *Tadić*, causa núm. IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, párr. 115 (referencia a las declaraciones del Consejo de la Unión Europea).

no se equiparara la práctica de esas organizaciones internacionales a la de los Estados, ello significaría que, no solo no se tendría en cuenta la práctica de la organización, sino que se eliminaría o reduciría la capacidad de los Estados miembros de contribuir a la práctica de los Estados¹⁸⁶.

78. Además, cuando la práctica de las organizaciones internacionales resulte pertinente, las consideraciones enunciadas en el presente informe y el anterior que se aplican a la práctica de los Estados pueden resultar

¹⁸⁶ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 44. En el debate que la Sexta Comisión mantuvo en 2014, la UE subrayó que «[e]n ámbitos en que, de conformidad con las normas de los tratados de la Unión Europea, solo la Unión puede actuar [...] es práctica de la Unión en cuanto a la formación del derecho internacional consuetudinario tener presente paralelamente la aplicación por los Estados miembros de la legislación de la Unión Europea» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25)*), párr. 79. Véase también Vanhamme, «Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union's Contribution», pág. 130 («Puede [...] afirmarse con confianza que todas las relaciones externas de la Unión Europea basadas en el Tratado de la Comunidad Europea tienen la consideración de práctica pertinente en virtud del derecho internacional»); Hoffmeister, «The Contribution of EU Practice to International Law» sostiene que los tratados fundacionales de la UE disponen que la Unión «contribuirá [...] al estricto respeto y al desarrollo del derecho internacional» (Tratado de la Unión Europea, art. 3, párr. 5).

apropiadas, *mutatis mutandis*, para la práctica de las organizaciones internacionales¹⁸⁷.

79. Teniendo en cuenta lo que antecede, no se propone ningún cambio en el proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 2, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014, cuyo tenor es el siguiente: «En ciertos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario». No obstante, con el fin de aclarar la situación en lo que se refiere a los agentes no estatales, como se reflejó en el debate que tuvo lugar en la Comisión en su 66º período de sesiones, en 2014, se propone omitir la palabra «principalmente» en el proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 1 (aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción), e incluir un nuevo párrafo 3:

«Proyecto de conclusión 4 [5]. Requisito de la práctica

[...]

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

¹⁸⁷ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 43.

CAPÍTULO VI

La costumbre particular

80. Hasta el momento, el examen de este tema se ha referido al derecho internacional consuetudinario «general», es decir, las normas de derecho internacional consuetudinario que son «de aplicación general, válidas para todos los Estados»¹⁸⁸. Sin embargo, puede haber normas de derecho internacional consuetudinario que solo sean vinculantes para ciertos Estados. Esto ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia¹⁸⁹ y por magistrados

individuales de la Corte¹⁹⁰, así como por los tribunales nacionales¹⁹¹, los gobiernos¹⁹² y la doctrina¹⁹³. Se trata de

¹⁸⁸ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 292 y 293, párr. 90 («principios que ya han sido claramente afirmados en el derecho internacional consuetudinario, principios que, por esa razón, es indudable que son de aplicación general, válidos para todos los Estados»).

¹⁸⁹ Véase *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 276 (donde la Corte Internacional de Justicia se refirió al argumento de Colombia en favor de «una presunta costumbre regional o local propia de los Estados de América Latina»); *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 200 («una costumbre local»); *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 39 («una costumbre local»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 105, párr. 199 («el derecho internacional consuetudinario, ya sea de tipo general o el particular del sistema jurídico interamericano»); *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 565, párr. 21 («no como una mera práctica que contribuye a la aparición gradual de un principio de derecho internacional consuetudinario, limitado en sus efectos al continente africano, como previamente había ocurrido con la América hispana»); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica c. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 233, párrs. 34 y 36 («derecho internacional consuetudinario [...] ya sea de alcance universal o de carácter regional [...] costumbre universal o regional»).

¹⁹⁰ Véase, por ejemplo, *Fisheries Jurisdiction (Reino Unido c. Islandia)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 79 y 94 (opinión separada del magistrado de Castro) («las costumbres o prácticas regionales, así como las costumbres especiales»); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 62 (opinión separada del presidente Bustamante y Rivero) («un derecho consuetudinario regional»); *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 290 y 291 (opinión separada del magistrado Ammoun).

¹⁹¹ Véase, por ejemplo, *Nkondo v. Minister of Police and Another*, Tribunal Supremo de Sudáfrica (División Provincial del Estado Libre de Orange), 7 de marzo de 1980, ILR, vol. 82 (1990), págs. 368 a 375 (donde el magistrado Smuts alega que no había pruebas de una práctica de larga data entre Sudáfrica y Lesotho que hubiera cristalizado en un derecho consuetudinario local de tránsito exento de trámites de inmigración); *Service of Summons in Criminal Proceedings case*, Tribunal Supremo de Austria, 21 de febrero de 1961, ILR, vol. 38 (1969), págs. 133 y 135 (donde se mencionan las «normas generales del derecho internacional aplicables en la Europa continental»).

¹⁹² Véase, por ejemplo, la orientación del Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza de 15 de diciembre de 1993, según la cual la no devolución ha evolucionado para convertirse en una norma de derecho internacional consuetudinario regional en Europa (Caflich, «Pratique suisse en matière de droit international public 1993», págs. 601 a 603); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, respuestas complementarias de Bélgica a la pregunta planteada por el magistrado Greenwood en la clausura de la audiencia celebrada el 16 de marzo de 2012, párrs. 21, 37 y 38.

¹⁹³ Véase, por ejemplo, Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», pág. 830 («Generalidad [de la práctica] no es igual a universalidad, y el término “general” es en este caso [Artículo 38, párr. 1,

normas consuetudinarias «particulares», también llamadas normas consuetudinarias «especiales», y que en su mayor parte se manifiestan como una costumbre regional o local (bilateral)¹⁹⁴.

81. Las normas consuetudinarias particulares a menudo obligan a los Estados de una zona geográfica determinada o los que constituyen una comunidad de interés¹⁹⁵, pero también pueden ser bilaterales: como afirmó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Right of Passage*, «es difícil comprender por qué el número de Estados entre los que puede establecerse una costumbre local sobre la base de una práctica de larga data debe ser necesariamente mayor de dos»¹⁹⁶. Por consiguiente,

(Continuación de la nota 193.)

apdo. *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia] un término relativo. En diferentes ámbitos de las actividades externas del Estado este término abarca a grupos más pequeños o más amplios de Estados»; Thirlway, *The Sources of International Law*, págs. 88 y 89 («Si la práctica y la *opinio juris* no es general, sino que se limita a Estados pertenecientes a un grupo identificable, o vinculados de alguna otra forma por un interés común, una costumbre aún puede llegar a existir, aunque solo se aplicará entre los miembros de ese grupo, y no puede hacerse cumplir ni ser alegada en relación con otros Estados»); Mendelson, «The formation of customary international law», pág. 191; *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States* (1987), sección 102, párr. 102, comentarios *b* y *e* (que se refieren al «derecho consuetudinario particular» y la «costumbre general y especial»). La cuestión de la jerarquía entre las normas de derecho internacional consuetudinario generales y particulares supera el alcance del presente tema.

¹⁹⁴ Basdevant se ha referido a la costumbre «relativa» («Règles générales du droit de la paix», pág. 486); Cohen-Jonathan, a la «costumbre local» («La coutume locale», pág. 120); y MacGibbon, a «costumbres especiales o excepcionales» («The Scope of Acquiescence in International Law», págs. 116 y 117). Akehurst propuso «utilizar el término “costumbre especial” para incluir la costumbre regional y todas las demás costumbres que se practican en grupos limitados de Estados» («Custom as a Source of International Law», pág. 29); y Wolfke se refiere a «normas consuetudinarias excepcionales» («Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law», pág. 13). Véase también Degan, *Sources of International Law*, págs. 243 y 244 («Parecería útil poner orden en esta terminología, porque no todas las normas consuetudinarias de este tipo son lo mismo [...]. Sin embargo, todos estos tipos de normas consuetudinarias tienen algunas características comunes en el derecho internacional. Por lo tanto, deberían agruparse bajo la denominación genérica de “costumbre particular”, como algo distinto del derecho consuetudinario general»). No obstante, véase Gamio, «Costumbre universal y particular», págs. 69 a 98 (donde se sostiene que no es correcto hablar de costumbre particular, ya que las diferencias con la costumbre general son tan grandes que se trata, de hecho, de una fuente del derecho distinta, que tiene más que ver con los principios generales del derecho o los tratados que con la costumbre).

¹⁹⁵ Véase también Koroma, «The Application of International Law by the International Court of Justice», pág. 106 («La costumbre especial adopta la forma de una norma consuetudinaria que ha surgido entre dos Estados, en un grupo de Estados o en una región determinada»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 90 («La división de las normas particulares de derecho internacional consuetudinario puede ciertamente basarse también en criterios distintos del geográfico, por ejemplo políticos, étnicos, económicos, religiosos, de pertenencia a organizaciones, etc.»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 56 («La existencia de un derecho consuetudinario especial de carácter no regional puede concebirse, por ejemplo, entre Estados que comparten intereses socioeconómicos o, en última instancia, solo el interés en la propia norma consuetudinaria»); Elias, «The Relationship Between General and Particular Customary International Law», pág. 72 («no se necesita nada para que la práctica de un Estado pase a ser pertinente más allá del interés en un tema particular, y [...] los motivos de ese interés pueden o no estar relacionados con la geografía»); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 68.

¹⁹⁶ *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 39 (donde se añade que «la Corte no ve ninguna razón

la distinción entre el derecho internacional consuetudinario general y particular es «sencilla desde el punto de vista conceptual: el derecho consuetudinario general se aplica a todos los Estados, mientras que la costumbre especial se refiere a las relaciones entre un conjunto más pequeño de Estados»¹⁹⁷.

82. Las normas de la costumbre particular evolucionan a partir de una práctica aceptada como derecho entre un número limitado de Estados y, por lo tanto, no son vinculantes para terceros Estados que no han participado en la práctica o expresado que asienten de algún modo a obligarse por ella¹⁹⁸. Pueden «desarrollarse de manera autónoma o ser el resultado de la desintegración de una norma consuetudinaria general, o incluso de una norma convencional»¹⁹⁹, permitiendo que «se tengan en cuenta, en la creación o adaptación de normas de ámbito territorial limitado, circunstancias geográficas, históricas y políticas que son peculiares de los [Estados] interesados»²⁰⁰. No se puede descartar la posibilidad de que esas normas evolucionen con el tiempo para convertirse en normas de derecho internacional consuetudinario general²⁰¹.

83. A la hora de determinar si existen normas particulares del derecho internacional consuetudinario, la Corte Internacional de Justicia ha aplicado el Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, del Estatuto²⁰². Sin embargo, dado que,

por la que una práctica continua y reiterada entre dos Estados aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones no deba constituir la base de derechos y obligaciones recíprocos entre los dos Estados»). Véase también *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 265 y 266, párrs. 140 a 144.

¹⁹⁷ D'Amato, «The Concept of Special Custom in International Law», págs. 211 y 212. Véase también McDougal y Lasswell, «The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order», pág. 178 («Algunas prescripciones incluyen a todo el planeta; otras reconocen la capacidad normativa autónoma de unidades más pequeñas»). Sin embargo, Thirlway ha señalado que, «en general, en materia de derecho consuetudinario local a menudo puede resultar difícil determinar exactamente cuáles son los límites de la “comunidad” a la que debe considerarse que se aplica la costumbre en cuestión» (*International Customary Law and Codification*, pág. 135).

¹⁹⁸ Véase también Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, págs. 1198 a 1200; MacGibbon, «The Scope of Acquiescence in International Law», pág. 117 («Como sucede con todos los tipos de normas consuetudinarias, el proceso de formación es similar, a saber, la afirmación de un derecho, por un lado, y el consentimiento o la aquiescencia respecto de esa afirmación, por otro»).

¹⁹⁹ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 56.

²⁰⁰ *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 333 (opinión disidente del magistrado Azevedo, que se refiere al asilo diplomático en América Latina). R.J. Dupuy aludió en este contexto a la ventaja del «pluralismo consuetudinario» («Coutume sage et coutume sauvage», pág. 82).

²⁰¹ Véase también Barboza, «The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly», pág. 14 («Una costumbre especial, es decir, una que vincula por motivos particulares a un cierto número de Estados puede permanecer como tal o transformarse, mediante su difusión, en una costumbre universal. Una costumbre regional puede seguir revistiendo ese carácter indefinidamente o caer en desuso, y en ambos casos el consentimiento será el factor clave. También puede convertirse en una costumbre universal»).

²⁰² Véase *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 276 («la parte que alega una costumbre de este tipo debe demostrar que la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para la otra parte. Debe probar que la norma invocada se corresponde con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso es la expresión de un derecho [o una obligación]. [...] Esto se desprende del Artículo 38 del Estatuto de la Corte, que se refiere a la costumbre internacional “como prueba de

por su naturaleza, la costumbre particular solo vincula a un número limitado de Estados, es necesario determinar claramente qué Estados han participado en la práctica y la han aceptado como derecho²⁰³. Por lo tanto, se aplica un criterio estricto²⁰⁴.

una práctica generalmente aceptada como derecho”»). Véase también Crema, «The “Right Mix” and “Ambiguities” in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case», págs. 65 y 66; Elias, «The Relationship Between General and Particular Customary International Law», págs. 75 y 76. No obstante, véase *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 130 y 131 (opinión separada del magistrado Ammoun); y D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, págs. 249 y 250.

²⁰³ *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 276. Véase también *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 200; *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 130 y 131 (opinión separada del magistrado Ammoun) («Aunque una norma general de derecho consuetudinario no requiere el consentimiento de todos los Estados, como se desprende de los términos expresos del [Artículo 38, párr. 1, apdo. b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia] [...] no sucede lo mismo con una norma consuetudinaria regional, dado el pequeño número de Estados a los que está llamada a aplicarse y que están en condiciones de dar su consentimiento con respecto a ella. A falta de consentimiento expreso o tácito, una costumbre regional no puede ser impuesta a un Estado que se niega a aceptarla»); *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 279, párr. 24 (opinión separada del magistrado Sepúlveda-Amor); Waldock, «General Course on Public International Law», pág. 50 («para invocar una costumbre [general] contra un Estado no es necesario demostrar concretamente la aceptación de la costumbre como derecho por ese Estado; su aceptación se presume de modo que estará obligado a menos que pueda aportar pruebas de su oposición efectiva a la práctica en cuestión. Al aplicar una costumbre general, la Corte puede referirse a la práctica, en su caso, de las partes en el litigio en lo que respecta a la costumbre; pero hasta ahora nunca ha considerado la prueba de la aceptación de la práctica como condición *sine qua non* para que la costumbre se les aplique. La posición es, por supuesto, muy diferente en lo que respecta a una costumbre particular entre dos o tres Estados, como en el caso *Right of Passage*, porque se trata de una excepción a la norma general y la aceptación de la costumbre por las propias partes en litigio es la base misma de la norma excepcional»); Pellet, «Article 38», págs. 830 y 831.

²⁰⁴ Véase también Forteau, «Regional International Law», párr. 20 («Existe una alternativa: o la costumbre invocada es de carácter general y el demandante tiene que probar la existencia de una práctica general aceptada como derecho dimanante de la mayoría de los Estados; o se considera de carácter regional, local o bilateral, y el demandante tiene que cumplir un criterio bastante estricto. En estos casos, la costumbre es de naturaleza consensualista y debe demostrarse que “la regla invocada [...] se corresponde con un uso constante y uniforme practicado por [todos] los Estados” de que se trate (*Colombian-Peruvian asylum case* 276)); Crawford, «Chance, order, change: the course of international law», págs. 246 y 247 («La Corte consideró la existencia de esta “supuesta costumbre regional o local peculiar de los Estados de América Latina” [en *Colombian-Peruvian asylum case*] como una cuestión efectivamente *bilateral* [...] Parece evidente que la Corte, pese a invocar el Artículo 38, párr. 1, apdo. b, de su Estatuto, estaba aplicando un criterio de prueba más estricto del que habría aplicado a una norma de derecho internacional “universal”. [...] Esto no implica que *nunca* pueda alegarse una costumbre regional o local, simplemente hay que probar que rige entre los Estados partes en la controversia; no importa si la “región” en que existe la costumbre comprende 2 o 22 Estados. [...] Este punto se ilustra perfectamente en el caso *Right of Passage*»); Combacau y Sur, *Droit international public*, pág. 72 («puesto que esas

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

«Proyecto de conclusión 15. La costumbre particular

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

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

normas son propias de ciertos Estados, es preciso definir positivamente la esfera de sujetos afectados, lo que solo puede hacerse demostrando su participación directa. Por otra parte, y sobre todo, estas costumbres están virtualmente en conflicto o suponen excepciones a costumbres generales igualmente obligatorias. Por consiguiente, hay que demostrar que los Estados en cuestión han quedado exentos en sus relaciones mutuas, y solo en esas relaciones, de la norma general»); Shaw, *International Law*, pág. 66 («En tales casos [de costumbre regional o local], el grado de certeza de las pruebas exigidas, especialmente en lo que se refiere a la obligación aceptada por la parte contra la que se alega la costumbre local, es más alto que en los casos en que se invoca una costumbre común o general [...] una costumbre local necesita la aceptación positiva de ambas (o todas) las partes a las que se aplica la norma. Esto se debe a que las costumbres locales son siempre excepciones a la naturaleza general del derecho consuetudinario, que entraña un enfoque bastante flexible de la formación del derecho por todos los Estados y, por el contrario, constituyen un recordatorio de la teoría del consentimiento antes mencionada según la cual los Estados solo están obligados por aquello a lo que asienten. Puede que la excepción confirme la regla, pero se necesitan pruebas más concluyentes para demostrar la excepción que para acreditar la regla»); Degan, *Sources of International Law*, pág. 245 («Para esos Estados, u otros sujetos, que fueron pasivos en la práctica que generó la norma, que no mostraron ningún interés en ella y a los que no se puede oponer ningún tipo de *opinio juris*, una norma consuetudinaria particular tiene el carácter de *res inter alios acta*, lo mismo que un tratado respecto de terceros Estados ajenos a él. Precisamente por estos motivos, hay importantes diferencias en lo que respecta a la carga de la prueba de las normas consuetudinarias particulares en comparación con la costumbre general»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 56 («La conclusión es que las normas especiales solo difieren de las generales en que, para su formación, las normas especiales requieren el *reconocimiento expreso* (o *implícito*) de los Estados que se adhieren a la norma, Estados en los que, incidentalmente, también recae la carga de la prueba» (en referencia al fallo *Asylum*)). No obstante, véase *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 294 (opinión disidente del magistrado Alvarez): «No es necesario que un principio, una costumbre, una doctrina, etc., sean aceptados por todos los Estados del Nuevo Mundo para ser considerados parte del derecho internacional americano [vinculante para todos los Estados del Nuevo Mundo]. En este supuesto se da la misma situación que en el caso del derecho internacional universal». En una opinión separada, el magistrado de Castro observó que «[e]l tribunal debe aplicar [el derecho internacional consuetudinario general] de oficio; es su deber conocerlo como *quaestio iuris: iura novit curia*. Solo las costumbres o prácticas regionales, así como las costumbres especiales, deben probarse», *Fisheries Jurisdiction* (Reino Unido c. Islandia), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 79.

CAPÍTULO VII

El objeto persistente

85. Aunque las normas de derecho internacional consuetudinario (general) «por su propia naturaleza, deben tener la misma fuerza para todos los miembros de la

comunidad internacional, y, por lo tanto, no pueden ser objeto de ningún derecho de exclusión unilateral ejercitable a su voluntad y en su favor por cualquiera de

ellos»²⁰⁵, en general se considera que un Estado que ha objetado de forma persistente una norma *emergente* de derecho internacional consuetudinario, y mantiene su objeción después de que dicha norma haya cristalizado, no está obligado por ella²⁰⁶. Esto se conoce como la «norma del objetor persistente»²⁰⁷.

86. Las decisiones de los tribunales y cortes internacionales e internos se han referido a la norma, y como se destaca en la Declaración de Londres de la Asociación de Derecho Internacional, no hay pronunciamientos que la cuestionen²⁰⁸. En la causa *Asylum*, la Corte Internacional de Justicia indicó que no podía «declarar que el Gobierno de Colombia hubiera demostrado la existencia de una costumbre de ese tipo. No obstante, incluso si se pudiera suponer la existencia de tal costumbre solo entre ciertos Estados de América Latina, no podría invocarse contra el Perú, que, lejos de haberse adherido a ella a resultas de su actitud, por el contrario, la ha repudiado al abstenerse de ratificar las Convenciones de Montevideo de 1933 y 1939, que fueron las primeros en incluir [la norma en cuestión]»²⁰⁹. En el caso *Fisheries*, la Corte llegó a la conclusión similar de que «la norma de las diez millas no ha adquirido la autoridad de una regla general del derecho internacional. En cualquier caso, la norma de las diez millas resultaría inaplicable a Noruega, dado que este país siempre se ha opuesto a cualquier intento de aplicarla a las costas de Noruega»²¹⁰. Opiniones

²⁰⁵ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 38 y 39, párr. 63.

²⁰⁶ La aplicación de la norma del objetor persistente en el contexto de las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*) rebasa el alcance del presente tema.

²⁰⁷ Esto debe distinguirse, desde luego, de una situación en la que una norma emergente tropieza con discrepancias que le impiden cristalizar en una norma vinculante (general). En palabras del magistrado Ammoun, en una opinión separada, «por ser de sobra conocido, resulta innecesario que me extienda sobre el tema de cuáles son las consecuencias, para la aparición de una costumbre, de la oposición a ella, oposición que no se considera que deba ser tan abrumadora» (*Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 308. Véase también *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica (4 de agosto de 2004), párr. 148 (opinión separada del magistrado Ngcobo) («Una de las mayores ironías del derecho internacional consuetudinario es que su reconocimiento depende de la práctica de los Estados que lo ponen de manifiesto. Sin embargo, en ocasiones los Estados se niegan a reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario basándose en que la práctica estatal es insuficiente para que un uso en particular madure hasta convertirse en norma de derecho internacional consuetudinario. Al actuar de esa manera, los Estados impiden que la práctica se cristalice y pase a ser una norma de derecho internacional consuetudinario»).

²⁰⁸ ILA, Declaración de Londres (nota 84 *supra*), pág. 738.

²⁰⁹ *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 277 y 278. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 107, párr. 203.

²¹⁰ *Fisheries case*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 131. Algunos autores han puesto en tela de juicio la importancia de los pasajes de los fallos *Fisheries* y *Asylum* como apoyo de la existencia de la norma del objetor persistente: véase, por ejemplo, Tomuschat, «Obligations Arising for States Without or Against Their Will», págs. 284 a 287; Charney, «The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law», págs. 9 a 11; Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, pág. 60, nota 79 (donde se observa en relación con el caso *Asylum* que «este asunto estaba relacionado con la existencia de una costumbre local. La costumbre local no produce efectos generales, y el Estado que la invoca debe aportar pruebas de que el Estado que se opone ha dado su consentimiento a la regla. Por lo

individuales emitidas en otros casos también se han referido a la norma»²¹¹.

87. Aunque se ha afirmado que la norma del objetor persistente «ha desempeñado un papel sorprendentemente limitado en el discurso jurídico real de los Estados»²¹², las actuaciones judiciales, en particular, ofrecen varios ejemplos en que los Estados han tratado de invocar la norma (y las cortes y los tribunales han reconocido su existencia)²¹³.

tanto, la cuestión del objetor persistente realmente no puede plantearse, en sentido estricto, en relación con una costumbre local»). No obstante, véase, como respuesta, Mendelson, «The formation of customary international law», págs. 228 a 232; Kritsiotis, «On the Possibilities of and for Persistent Objection», pág. 129 («Para la Corte [...] esos asuntos [*Asylum de 1950* y *Fisheries de 1951*] se refirieron ambos a los efectos de la objeción persistente en la práctica»); Akehurst, «Custom as a Source of International Law», págs. 24 y 25. Véase también Charlesworth, «Customary International Law and the *Nicaragua Case*», pág. 30 («En su debate acerca de si existe una norma consuetudinaria de no intervención, la Corte reconoce la posibilidad de que un objetor persistente no esté obligado por una norma de derecho internacional consuetudinario»).

²¹¹ Véase *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 97 (opinión separada del magistrado Padilla Nervo) y pág. 229 (opinión disidente del magistrado Lachs); *South West Africa*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 291 (opinión disidente del magistrado Tanaka); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 312 (opinión disidente del magistrado Schwebel).

²¹² Stein, «The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law», pág. 463. Véase, por ejemplo, P.M. Dupuy, «A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'«objetor persistant»», pág. 266 («Raras veces, por no decir nunca, invocado en la práctica de los Estados, ausente en los fallos de la Corte, el objetor persistente parece en verdad un tanto evanescente»).

²¹³ Véanse, por ejemplo, los escritos presentados por el Reino Unido y Noruega en el caso *Fisheries (I.C.J. Pleadings, vol. I, contramemoria de Noruega, págs. 381 a 383, párrs. 256 a 260; vol. II, respuesta del Reino Unido, pág. 428, párrs. 162 a 164; vol. III, duplica de Noruega, págs. 291 a 296, párrs. 346 a 353)*; *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemisphere Associates LLC*, Tribunal de Apelación Definitiva de Hong Kong, FACV núms. 5, 6 y 7 de 2010 (2011), párr. 121 («Dado que no me estoy refiriendo —ni puedo referirme— a la posición en el Territorio Continental, huelga que me pronuncie sobre si considero que la inmunidad restringida es una norma de derecho internacional consuetudinario. Tampoco es preciso que dictamine sobre la eficacia de la objeción persistente. Si fuera necesario hacerlo, aceptaría que China ha sido un objetor persistente a la inmunidad restringida»); *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), vol. 46, sentencia de 13 de diciembre de 1977 (2 BvM 1/76), núm. 32 (Tubinga, 1978), págs. 388 y 389, párr. 6 («Esto no solo se refiere a las medidas que un Estado puede oponer con éxito desde el principio contra la aplicación de una norma general de derecho internacional vigente mediante una protesta perseverante en defensa de su derechos (en el sentido de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Fisheries, I.C.J. Reports 1951*, pág. 131); por el contrario, actualmente no puede asumirse la existencia de una norma general de derecho internacional correspondiente»); *C. v. Director of Immigration*, Tribunal de Apelación de Hong Kong [2010] HKCA 159 (2011), párr. 68 («El concepto de “objetor persistente” es un principio de derecho internacional público en los casos en que “un Estado [...] en el proceso de formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, se desliga de ese proceso, declara que no se considera obligado y mantiene esa actitud” (Fitzmaurice, págs. 99 y 100). La prueba de la objeción debe ser clara»); *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (arbitraje conforme al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Mar de 1982), respuesta de la República de Mauricio (2013), pág. 124, párr. 5.11 («La norma del objetor persistente obliga a un Estado a que demuestre su objeción continuada durante la formación de la regla en cuestión»); *Roach vs. Estados Unidos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 3/87, caso 9647 (1987), párr. 52 («La existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional requiere como base la existencia de una práctica estatal

Además, existe práctica de los Estados en apoyo de la norma²¹⁴.

88. La existencia de la norma del objetor persistente está ampliamente respaldada por la doctrina²¹⁵, aunque

generalizada. El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia [...] define “costumbre internacional” como “evidencia de una práctica general aceptada como ley”. Una norma consuetudinaria, sin embargo, no obliga a los Estados que la protestan»; *Michael Domingues vs. Estados Unidos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02, caso 12285 (2002), párrs. 48 y 49 («48. Una vez establecida, la norma del derecho internacional consuetudinario obliga a todos los Estados con excepción únicamente de aquellos que han rechazado sistemáticamente la práctica antes de transformarse en ley. Si bien ciertas prácticas no exigen aceptación universal para transformarse en normas del derecho internacional consuetudinario, la norma que ha sido aceptada por la mayoría de los Estados no tiene efecto obligatorio para el Estado que sistemáticamente ha rechazado la práctica en que esa norma se basa. 49. [...] [D]ado que el derecho internacional consuetudinario descansa en el consentimiento de las naciones, el Estado que persistentemente objeta una norma del derecho internacional consuetudinario no está obligado por la misma»); *BG Group Plc v. Republic of Argentina*, laudo definitivo (24 de diciembre de 2007) bajo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, párr. 410, nota 328; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, 965 F.2d (1992), 699, 715, párr. 54: «Un Estado que objeta persistentemente una norma de derecho internacional consuetudinario que otros Estados aceptan no está obligado por ella»; *Sabeh El Leil c. France*, demanda núm. 34869/05, sentencia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala)), 29 de junio de 2011, párr. 54 (donde se recuerda que una disposición de un tratado también puede ser vinculante para los Estados que no sean partes como derecho internacional consuetudinario «siempre que no se haya opuesto a ella»). Véase también Guillaume, *Avis d'amicus curiae*, págs. 19 y 20, párr. 11 (donde se argumenta en un escrito como *amicus curiae* solicitado por el Consejo de Estado que un Estado podría ser un objetor persistente si la regla enunciada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 (*ius cogens*) fuera una norma de derecho internacional consuetudinario; la sentencia del Consejo de Estado no se refería al *ius cogens* (véase núm. 303678, 23 de diciembre de 2011).

²¹⁴ Véase, por ejemplo, la intervención de Turquía en una de las reuniones plenarias de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que alegó que «[d]urante las labores preparatorias de la Conferencia y durante la Conferencia misma, Turquía ha sido un opositor persistente al límite de 12 millas. En cuanto a lo que se refiere a mares semicerrados, las enmiendas presentadas y las declaraciones hechas por las delegaciones de Turquía manifiestan la negativa constante e inequívoca de Turquía a aceptar el límite de 12 millas para tales mares. A la luz de todas estas consideraciones, el límite de 12 millas no podrá reivindicarse con respecto a Turquía» (*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII, sesiones plenarias, 189ª sesión (A/CONF.62/SR.189), párr. 150); Bellinger y Haynes, «A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law», pág. 457, nota 43 («El Gobierno de los Estados Unidos considera que la doctrina [del objetor persistente] sigue siendo válida»). Véase también Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 112 («la posibilidad de preservar efectivamente la condición de objetor persistente no debe confundirse con el derecho reconocido legalmente a no estar de acuerdo con nuevas normas consuetudinarias»).

²¹⁵ Véase, por ejemplo, Murphy, *Principles of International Law*, págs. 95 y 96. Lauterpacht, «International Law – The General Part», pág. 66 («aunque no es necesario demostrar el consentimiento de todos los Estados, la expresión de discrepancia en la etapa formativa de una norma consuetudinaria supone negar la existencia de la costumbre, al menos en relación con el Estado que discrepa»); Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», pág. 846 («una vez que la costumbre se ha constituido, obliga a los Estados a menos que expresaran su oposición en el período formativo»); Armstrong, Farrell y Lambert, *International Law and International Relations*, pág. 180 («Es posible que mediante la objeción persistente un Estado no quede obligado por una norma de derecho consuetudinario que está surgiendo (esta posibilidad no existe para las normas consuetudinarias ya establecidas)»; Dailier, Forteau y Pellet, *Droit International Public*, párr. 231; Díez de Velasco, *Instituciones de*

ocasionalmente algunos autores la han cuestionado²¹⁶. En palabras de Waldock

la opinión de la mayoría de los juristas internacionales es que [...] cuando una costumbre que satisface la definición contenida en el Artículo 38 queda establecida, constituye una norma general de derecho internacional que, a no ser que medie una reserva, se aplica a todos los Estados. La reserva se refiere al caso de un Estado que, durante el proceso de formación de la costumbre, deja constancia persistentemente y sin ambigüedades de su objeción a reconocer la práctica como derecho²¹⁷.

Koroma también observa que «el principio está bien establecido y aceptado en derecho internacional»²¹⁸.

89. La Comisión se refirió a la norma del objetor persistente en su reciente Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, indicando que

una reserva puede constituir para un «objetor persistente» el medio de manifestar la constancia de su objeción; por medio de un tratado este puede ciertamente rechazar la aplicación de una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general²¹⁹.

90. La norma del objetor persistente se percibe como una salvaguardia frente a la transformación del derecho

derecho internacional público, pág. 140; Santulli, *Introduction au droit international*, págs. 54 y 55; Danilenko, «The Theory of International Customary Law», pág. 41 («De conformidad con el derecho internacional vigente, un Estado particular no está obligado por una norma consuetudinaria, aunque haya práctica generalizada y *opinio juris* pertinente, si ese Estado ha formulado su objeción persistente a una norma incipiente»); Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, págs. 60 a 65; Quince, *The Persistent Objector and Customary International Law*. Véase también *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, art. 102, comentario d («Aunque el derecho consuetudinario puede ser construido tanto por la aquiescencia como por las acciones de los Estados [...] y generalmente se convierte en vinculante para todos ellos, en principio un Estado que manifiesta disensión de una práctica mientras la norma está aún en proceso de desarrollo no está obligado por esa norma incluso después de que madure»); Green, «Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings»; Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, pág. 443 («Aunque la jurisprudencia sobre la norma del objetor persistente es escasa, la doctrina la ha aceptado abrumadoramente»).

²¹⁶ Véase, por ejemplo, Abi-Saab, «Cours général de droit international public», págs. 180 a 182; Charney, «The persistent objector rule and the development of customary international law»; Cassese, *International Law*, págs. 162 y 163; Dumbery, «Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited», págs. 779 a 802; Lau, «Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law», págs. 495 a 510 (donde sugiere que el consentimiento desempeña una función no absoluta y cada vez menor en el derecho internacional y que la doctrina del objetor persistente, especialmente en casos de derechos humanos, debería ser limitada). Lowe responde lo siguiente: «Algunos autores han dudado de la vigencia del principio de la objeción persistente, considerándolo una reliquia anacrónica de la visión consensualista del derecho internacional del siglo XIX. Pero una vez que se comprende que el alcance del principio es limitado y que su invocación es extremadamente poco común, es difícil ver por qué existen esas dudas. Es perfectamente correcto que un Estado no resulte vinculado por obligaciones establecidas en un tratado en el que no es parte. ¿Por qué, entonces, podrían otros Estados obligar al Estado alegando que su práctica ha generado una norma de derecho internacional consuetudinario si (y solo si) el Estado en cuestión siempre ha manifestado persistentemente su objeción a la norma?» (*International Law*, pág. 58).

²¹⁷ Waldock, «General Course on Public International Law», pág. 49.

²¹⁸ Koroma, «The Application of International Law by the International Court of Justice», págs. 113 y 114.

²¹⁹ *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 7 del comentario a la directriz 3.1.5.3.

internacional consuetudinario en «el dominio exclusivo de los poderosos»²²⁰, y es especialmente atractiva porque no existe ninguna posibilidad de discrepar de una norma establecida. Además, la norma «suele considerarse una consecuencia lógica, cuando no una ilustración, de la naturaleza esencialmente consensual del derecho internacional consuetudinario»²²¹. Se han encontrado justificaciones adicionales de la norma del objeto persistente en los «principios éticos fundamentales de la autonomía significativa del Estado y la unidad en la diversidad» y la afirmación de que los propios Estados han llegado a reconocerla como obligatoria²²². Se ha comprobado que desempeña «una serie de funciones importantes en el sistema de derecho consuetudinario», entre ellas permitir a los Estados objetores «la posibilidad, a corto plazo, de adaptarse a las nuevas realidades a las que tal vez deban hacer frente» y

²²⁰ Mendelson, «The formation of customary international law», pág. 227. Véase también Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 26 («Si la discrepancia de un solo Estado pudiera impedir la creación de una nueva norma, apenas surgirían nuevas normas [consuetudinarias]. Si un Estado discrepante pudiera ser obligado contra su voluntad, el derecho consuetudinario se crearía de hecho mediante un sistema de votación por mayoría; pero sería imposible llegar a un acuerdo sobre el alcance de la mayoría necesaria y sobre si los “votos” de los diferentes Estados deberían ponderarse y, en su caso, de qué modo. Por otra parte, los Estados que tuvieran la certeza de estar en mayoría adoptarían una actitud intransigente hacia la minoría»); Elias, «Persistent Objector», párr. 2 («el principio del objeto persistente proporciona un medio para que los Estados que dan su consentimiento queden exentos de las tendencias mayoritarias que, según se ha determinado, han llegado a caracterizar el proceso de creación del derecho internacional consuetudinario desde mediados del siglo XX»); Stein, «The Approach of the Different Drummer...», págs. 457 a 482 (donde argumenta que en el proceso contemporáneo de creación del derecho consuetudinario, que se caracteriza por una gran cautela, la norma del objeto persistente desempeña una función cada vez más importante); ILA, Declaración de Londres (nota 84 *supra*), pág. 739 («Como cuestión de política, la norma del objeto persistente podría considerarse una buena solución de avenencia. Respeta la soberanía de los Estados y los protege frente a la imposición de una nueva norma contra su voluntad por una mayoría; pero al mismo tiempo, si el apoyo a la nueva norma es suficientemente amplio, el convoy del desarrollo progresivo del derecho puede avanzar sin tener que esperar al vehículo más lento»).

²²¹ Elias, «Persistent Objector», párr. 2. Véase también Weil, «Towards Relative Normativity in International Law?», págs. 433 y 434 (donde se describe la capacidad de un Estado particular de desvincularse de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario como «la prueba del carácter voluntarista de la costumbre» dentro de la doctrina ortodoxa de las fuentes del derecho internacional); Murphy, *Principles of International Law*, pág. 96 («Esta norma del “objeto persistente” supone un reconocimiento del papel central del consentimiento del Estado en el derecho internacional»); Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 17 («la noción de objeción persistente es esencial, dada la estructura de la comunidad de los Estados. Si los Estados son los sujetos creadores de normas del derecho internacional, están facultados para, por sus propios motivos, *in casu* y respecto de sí mismos, excluirse del proceso de formación del derecho»); Colson, «How Persistent Must the Persistent Objector Be?», págs. 957 y 958 («El principio del objeto persistente es la consecuencia lógica de la naturaleza consensual de la formación del derecho internacional»); Reisman y otros, *International Law in Contemporary Perspective*, pág. 15 («En consonancia con la concepción tradicional del carácter consensual del derecho internacional, los Estados que objetan persistentemente una nueva limitación de su libertad para actuar mediante una norma consuetudinaria emergente pueden evitar con éxito quedar obligados por ella»).

²²² Lopard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, pág. 229; Fidler, «Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law», pág. 209.

posibilitar «la modificación de la nueva norma a fin de lograr un acercamiento entre las opiniones de los Estados que se adhieren a la nueva norma y las del Estado o los Estados que formulan la objeción»²²³, así como proporcionar «un medio por el que un Estado puede proteger sus intereses jurídicos sin utilizar medidas de confrontación»²²⁴, y reducir los costos que para el sistema jurídico internacional se desprenden del incumplimiento de los Estados (así como los que repercuten en el propio Estado objeto, al permitirle evitar que infrinja el derecho internacional)²²⁵.

91. En palabras de Fitzmaurice, «la esencia de la cuestión es la discrepancia de la norma *mientras está en proceso de materializarse, y antes de que haya cristalizado en una norma de derecho definida y aceptada generalmente*»²²⁶. Tal vez no siempre sea fácil distinguir entre objeción e infracción²²⁷, pero es evidente que, una vez que una norma de derecho consuetudinario ha cristalizado, los Estados ya no pueden alegar *de novo* la norma del objeto persistente²²⁸. No puede haber un «objeto

²²³ Elias, «Persistent Objector», párr. 6.

²²⁴ Colson, «How Persistent Must the Persistent Objector Be?», pág. 964.

²²⁵ Véase Guzman, «Saving Customary International Law», pág. 169 (donde demuestra que la teoría de la elección racional aplicada al derecho internacional consuetudinario apoya la doctrina del objeto persistente). No obstante, véase Kelly, «The Twilight of Customary International Law», págs. 523 a 526; Verdier y Voeten, «Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory», págs. 427 a 429 (donde se argumenta que la doctrina tiene una importancia práctica limitada).

²²⁶ G. Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law», pág. 26.

²²⁷ Véase también Colson, «How Persistent Must the Persistent Objector Be?», pág. 958 («La distinción entre estos dos casos [Estados que se oponen a nuevas tendencias en la práctica jurídica internacional y Estados que objetan las tendencias que han cristalizado en una norma jurídica] nunca es clara, salvo quizás retrospectivamente»); Elias, «Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law», pág. 38 («Puede haber casos en que sea difícil distinguir entre la objeción persistente y la objeción subsiguiente, pero en principio la distinción no es problemática»).

²²⁸ Véase, por ejemplo, *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 336 (opinión disidente del magistrado Azevedo) («esas denegaciones ocasionales constituyen violaciones de una norma ya establecida, puesto que un Estado no puede oponerse a una costumbre aceptada previamente»); McClane, «How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?», pág. 7 («Por definición, una objeción después de que la norma haya comenzado a existir es una objeción subsiguiente y, como tal, ineficaz»); Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 24 («La oposición que se manifiesta por primera vez después de que la norma haya quedado firmemente establecida es demasiado tardía para impedir que el Estado resulte obligado»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 110 («si existe una aceptación general de la práctica “como derecho”, y los Estados que discrepan no han dado a conocer su opinión hasta después de que la norma haya cristalizado y quedado firmemente establecida, la norma será vinculante para todos, incluidos los Estados discrepantes»); Mendelson, «The formation of customary international law», pág. 244 («la norma del objeto persistente [...] solo se aplica a quienes hacen su objeción cuando la regla general está surgiendo: no existe una norma del “objeto subsiguiente”»); Barberis, «Réflexions sur la coutume internationale», pág. 39 («Un Estado solo puede desligarse de la vinculación de una norma consuetudinaria si se ha opuesto a ella de manera clara y reiterada desde el momento de su formación. [...] La oposición clara y reiterada tiene efecto cuando comienza en el momento de la formación de la norma consuetudinaria, pero pasa a ser ineficaz si se manifiesta cuando la norma consuetudinaria ya ha surgido»).

subsiguiente»²²⁹. El Estado debe oponerse a una norma que se está desarrollando tan pronto como sea posible²³⁰.

92. Para que una objeción persistente sea eficaz, debe expresarse claramente²³¹. Sin embargo, «no se requiere que la declaración de una postura revista una forma o tono determinado»²³². En particular, frente a la exigencia de una acción física, bastaría una objeción verbal para preservar la posición jurídica del Estado que objeta²³³. En la

²²⁹ En relación con la sugerencia de que la objeción subsiguiente debería permitirse en determinadas circunstancias, véase Bradley y Gulati, «Withdrawing from International Custom»; Guzman, «Saving Customary International Law», págs. 169 a 171; tal propuesta encuentra respuesta en Estreicher, «A Post-Formation Right of Withdrawal From Customary International Law?: Some Cautionary Notes».

²³⁰ Véase Elias, «Persistent Objector», párr. 15 («El Estado en cuestión debe expresar su objeción lo antes posible»); Kaczorowska, *Public International Law*, pág. 41 («un Estado debe formular su objeción tan pronto como sea posible y reaccionar ante acontecimientos indeseados no solo cuando exista la certeza de que su contenido afectará directamente a sus intereses sino también cuando, de forma inmediata, los acontecimientos no tengan gran pertinencia para ese Estado»).

²³¹ Véase, por ejemplo, Steinfeld, «Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons», pág. 1652 («El Estado disidente debe reaccionar a declaraciones públicas de política jurídica con una objeción pública si prevé reservarse cualquier derecho jurídico con arreglo al derecho internacional vigente»); Bederman, «Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law», pág. 35 («Los Estados están obligados a prestar ostensiblemente y a menudo si desean evitar verse obligados por una norma consuetudinaria emergente de alcance mundial»); Mendelson, «The formation of customary international law», págs. 240 y 241 («En primer lugar, es obvio que la objeción tiene que expresarse: no tiene sentido que los funcionarios y ministros de un gobierno expresen dudas entre sí, pero no las comuniquen al mundo exterior. Si un Estado que está directamente afectado por una práctica no la objeta, es razonable que en muchos casos se considere que la consiente o que queda excluido de cualquier otra forma de la posibilidad de oponerse a ella»); MacGibbon, «Some Observations on the Part of Protest in International Law», pág. 318 (un Estado debe protestar «enérgicamente y sin ambigüedades»); Stern, «Custom at the Heart of International Law», pág. 108. Véase también *Mauritius v. United Kingdom* (nota 213 *supra*), pág. 124, párr. 5.11 («La norma del objetor persistente obliga a un Estado a que demuestre su objeción continuada durante la formación de la regla en cuestión»);

²³² Colson, «How Persistent Must the Persistent Objector Be?», pág. 969. Véase también Lepad, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, pág. 238 («En resumen, no es posible afirmar que la objeción debe revestir una forma determinada o manifestar un cierto grado de intensidad en todos los casos») y págs. 230 a 232; Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 67 («Las maneras de expresar un desacuerdo individual efectivo respecto de la aparición de una costumbre pueden ser diversas, tanto expresas como indirectas, es decir, tácitas. Es evidente que las más eficaces son las protestas inequívocas y expresas contra una práctica, su aceptación como derecho o una norma consuetudinaria madura, ya que inferir el desacuerdo a partir de una mera conducta es mucho menos concluyente y difícil de demostrar»). Algunos han argumentado que la objeción debe estar basada en principios (un «disenso por motivos de conciencia»); sin embargo, véase Postema, «Custom in International Law: A Normative Practice Account», pág. 299. Stein sostiene que la objeción persistente debería permitirse «por motivos de principio o de conveniencia», aunque sugiere que «un requisito de coherencia sustantiva» en las objeciones podría resultar ventajoso («The Approach of the Different Drummer...», pág. 476).

²³³ Véase también ILA, Declaración de Londres (nota 84 *supra*), pág. 739 («Las protestas verbales son suficientes: no hay ninguna norma según la cual los Estados deban tomar medidas físicas para preservar sus derechos»); Guldahl, «The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law», pág. 55 («Aunque está establecido que, en general, la prueba de la práctica de los Estados conforme al derecho internacional consuetudinario puede consistir en actos tanto verbales como físicos, ese requisito [que los objetores persistentes ejerzan efectivamente el derecho que reclaman] aseguraría que esta excepción a la aplicación general del derecho internacional

práctica, un Estado puede desmentir que una norma incipiente se ha convertido en norma de derecho internacional consuetudinario, oponerse a que la norma se le aplique a sí mismo, o hacer ambas cosas»²³⁴.

93. Un Estado debe mantener su objeción de forma persistente y coherente, para que no se considere que consistente²³⁵. Se ha dicho que la objeción «debe repetirse tan a menudo como lo requieran las circunstancias (de lo contrario, no será «persistente»)»²³⁶, aunque puede ser poco

consuetudinario en realidad solo se utilizara en circunstancias excepcionales, por Estados que están verdaderamente comprometidos con su posición. También haría que las posiciones jurídicas de un Estado fueran más claras. Sin embargo, podría tener consecuencias adversas y de hecho desastrosas, como en el caso de la prohibición del empleo de armas nucleares o, para dar un ejemplo menos extremo, el uso de represalias beligerantes contra civiles. Es evidente que tal requisito no es deseable y, por lo general, no se considera necesario»; Mendelson, «The formation of customary international law», pág. 241 («la simple objeción verbal, no acompañada de acción física para respaldarla, parece ser suficiente. De hecho, el caso contrario sería subversivo para la paz mundial, al tiempo que pondría en desventaja a los Estados que carecen de recursos militares o del personal técnico adecuado para adoptar medidas de esa índole»); Colson, «How Persistent Must the Persistent Objector Be?», págs. 963 a 965 («una declaración de objeción puede redactarse de distintas formas y transmitirse por diversos medios. Probablemente no es necesario que las posiciones de un país se materialicen en hechos para constituir una objeción jurídica válida. Las palabras, expresadas con claridad y corrección, bastan en derecho internacional para proteger la posición del objetor persistente»); Lepad, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, pág. 239 («Naturalmente, incluso en los casos en que la objeción persistente sea difícil, principios éticos fundamentales como la prohibición del uso de la fuerza implican que la protesta inequívoca no debe exigir medidas no verbales (y especialmente la acción militar) para imponer la aplicación de la norma. La mera protesta verbal debe ser suficiente»).

²³⁴ Véase también Elias y Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, pág. 106; Elias, «Persistent Objector», párr. 17 («asimismo, parecería que no importa si los Estados objetores expresan su objeción o falta de consentimiento en relación con la formación o existencia de una norma, o si manifiestan su objeción a que la norma en cuestión se aplique solo en lo que respecta a sí mismos»).

²³⁵ Véase también Gaja, «The protection of general interests in the international community: general course of public international law», pág. 43 («la oposición que la Corte consideró pertinente [en el caso *Fisheries*] era algo más que una simple actitud negativa ante una norma. Se trataba de una oposición a «cualquier intento de aplicar» la norma, con la sugerencia de que esos intentos habían fracasado. Por lo tanto, lo que parece pertinente, con respecto a un Estado disidente, es determinar si una norma ha pasado a ser eficaz también en relación con ese Estado»); Crawford, «Chance, order, change: the course of international law», pág. 247 («La objeción persistente [...] debe ser coherente y clara, y no se manifiesta por el mero hecho de no ratificar un tratado»); Elias, «Persistent Objector», párr. 16 («Si un Estado no mantiene su objeción, puede considerarse que ha dado su aquiescencia»); Kritsiotis, «On the Possibilities of and for Persistent Objection», págs. 129 y 130 («Por lo tanto, las objeciones deben plantearse en el momento oportuno y adecuado, y deben ser, por así decirlo, persistentes; puede suponerse con cierto grado de certeza que las objeciones esporádicas o aisladas no cumplen las condiciones necesarias»); Mendelson, «The formation of customary international law», pág. 241 («la protesta debe mantenerse. Se trata, en efecto, de algo implícito en la palabra «persistente» [...] si el Estado, tras haber objetado, no reitera esa objeción, tal vez sea adecuado (según las circunstancias) suponer que la ha abandonado»).

²³⁶ ILA, Declaración de Londres (nota 84 *supra*), pág. 739. Véase también Elias, «Persistent Objector», párr. 16 («Cuanto más generalizada y conocida sea la práctica, mayor peso habrá de tener la prueba de la objeción requerida del Estado objetor, dado que la falta de objeción a una práctica que se considera suficientemente general para dar lugar a una nueva norma puede equivaler a la aquiescencia»); Steinfeld, «Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons», pág. 1652 («la naturaleza de la propia costumbre debe determinar la naturaleza de la objeción que se necesita»).

realista exigir una coherencia total²³⁷. Por supuesto, el Estado puede abandonar su objeción en cualquier momento.

94. La carga de demostrar el derecho a beneficiarse de la norma del objetor persistente recae en el Estado autor de la objeción, que debe rebatir la presunción de que la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario como tal es vinculante para él²³⁸.

²³⁷ Véase el fallo *Fisheries, I.C.J. Reports 1951*, pág. 138 («La Corte considera que no es necesario dar una importancia excesiva a las escasas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes, que el Gobierno del Reino Unido afirma haber descubierto en la práctica de Noruega»); Colson, «How Persistent Must the Persistent Objector Be?», pág. 957 («cualquier respuesta a la pregunta de “cuán persistente ha de ser el objetor persistente” debe tener en cuenta el contexto en el que se aplica el principio»).

²³⁸ Véase también Crawford, «Chance, order, change: the course of international law», pág. 57 («al mismo tiempo, lo importante es que

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

«*Proyecto de conclusión 16. Objetor persistente*

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

existe una presunción rebatible de la aceptación de la norma»); R.J. Dupuy, «Coutume sage et coutume sauvage», pág. 78 («la no oponibilidad [de la costumbre] depende de que el Estado que la invoque acredite su protesta, la existencia de declaraciones que manifiesten claramente que no forma parte de la comunidad jurídica que sirve de fundamento a la costumbre»).

CAPÍTULO VIII

Programa de trabajo futuro

96. Como se indica en el capítulo I, el presente informe tiene por objeto completar el conjunto de proyectos de conclusiones propuesto por el Relator Especial²³⁹. El programa de trabajo futuro depende de los progresos que la Comisión realice en su período de sesiones de 2015. Si la Comisión consigue aprobar provisionalmente un conjunto de proyectos de conclusiones, con comentarios, en 2015, el Relator Especial propondrá en su próximo informe previsto para 2016 los cambios que pudieran introducirse en las conclusiones y los comentarios, a la luz del debate de la Sexta Comisión en 2015 y las observaciones escritas que formulen los gobiernos y otras entidades. El objetivo sigue siendo concluir la labor sobre el tema, en la medida de lo posible, en el período de sesiones que la Comisión celebrará en 2016, tras un examen y una revisión detallados y exhaustivos, en ese período de sesiones, del texto de los proyectos de conclusiones y los comentarios aprobados en 2015²⁴⁰. No obstante, es importante que no se

²³⁹ Véase el párrafo 8 *supra*.

²⁴⁰ Cabe recordar que se siguió un procedimiento similar en relación con la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, cuya primera versión completa fue aprobada provisionalmente por la Comisión en 2010, para aprobarse en su formato definitivo un año más tarde, en 2011 (véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 54 a 64).

avance con prisas indebidas si da la impresión de que se necesita más tiempo²⁴¹.

97. En el cuarto informe, además de los proyectos de conclusiones y los comentarios (y con independencia de ellos), el Relator Especial se propone examinar los medios prácticos de mejorar la disponibilidad de los materiales a partir de los cuales puede determinarse una práctica general y la aceptación como derecho²⁴².

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

También se recordará que en el período de sesiones de 2011 un grupo de trabajo (presidido por el Sr. Vázquez Bermúdez) examinó en detalle el proyecto de directrices.

²⁴¹ En 2014, el Sr. Forteau recordó el sabio dicho *festina lente* (*Anuario... 2014*, vol. I, 3226ª sesión).

²⁴² Véase también *ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, párr. 35 («Una dificultad significativa estriba en determinar cuál es la práctica de los Estados. La diseminación y localización de la práctica sigue siendo una cuestión práctica importante en las circunstancias del mundo moderno, pese al desarrollo de los recursos tecnológicos y de la información»).

ANEXO

Nuevos proyectos de conclusiones propuestos

Proyecto de conclusión 3 [4]. Evaluación de la prueba respecto a los dos elementos

...

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

Proyecto de conclusión 4 [5]. Requisito de la práctica

...

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

Proyecto de conclusión 11. Prueba de la aceptación como derecho

...

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

QUINTA PARTE

FORMAS PARTICULARES
DE PRÁCTICA Y PRUEBA

Proyecto de conclusión 12. Tratados

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

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

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

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

Proyecto de conclusión 13. Resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales

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

Proyecto de conclusión 14. Jurisprudencia y doctrina

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

SEXTA PARTE

EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN GENERAL DE
LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL
CONSUEUDINARIO

Proyecto de conclusión 15. La costumbre particular

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

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

Proyecto de conclusión 16. Objeto persistente

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

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS ARMADOS

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/685

Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de la Sra. Marie G. Jacobsson, Relatora Especial

*[Original: inglés]
[28 de mayo de 2015]*

ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....		144
Obras citadas en el presente informe		146
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN.....	1-3	148
<i>Capítulo</i>		
I. OBJETO DEL PRESENTE INFORME	4-15	148
Métodos y fuentes.....		149
II. CONSULTAS EN LA COMISIÓN DURANTE SU 66º PERÍODO DE SESIONES (2014)	16-21	150
III. DEBATE EN LA SEXTA COMISIÓN DURANTE SU SEXAGÉSIMO NOVENO PERÍODO DE SESIONES (2014).....	22-28	151
IV. RESPUESTAS A CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES SERÍAN DE PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN.....	29-60	153
V. PRÁCTICA DE LOS ESTADOS Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	61-91	157
A. Información complementaria sobre la práctica de los Estados.....	68-76	157
B. Boletín del Secretario General sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas.....	77-78	159
C. Resoluciones del Consejo de Seguridad.....	79-87	159
D. Otras organizaciones.....	88-90	161
E. Conclusiones.....	91	161
VI. CAUSAS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIA.....	92-119	161
A. Causas en que la corte o el tribunal ha aplicado disposiciones convencionales del derecho internacional humanitario que, directa o indirectamente, protegen el medio ambiente durante los conflictos armados	101-108	163
B. Casos en los que la corte o el tribunal ha considerado, explícita o implícitamente, la existencia de una conexión entre los conflictos armados y la protección del medio ambiente	109	164
C. Casos en que la corte o el tribunal se ha ocupado de la situación de los pueblos y la población civil	110-119	164
VII. DERECHO APLICABLE DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS.....	120-209	166
A. Disposiciones convencionales sobre la protección del medio ambiente y el derecho de los conflictos armados.....	120-145	166
B. Principios	146-165	172
C. Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario.....	166-179	176
D. Manuales sobre el derecho internacional aplicable en los conflictos armados.....	180-207	177
E. Conclusiones.....	208-209	181
VIII. ZONAS PROTEGIDAS.....	210-229	181
A. Zonas desmilitarizadas	210-218	181
B. Zonas libres de armas nucleares	219-223	183
C. Zonas declaradas patrimonio natural y zonas de gran importancia ecológica	224-229	184
IX. PROGRAMA DE TRABAJO FUTURO	230-232	186
<i>ANEXOS</i>		
I. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados: proyectos de principios propuestos.....		187
II. Bibliografía seleccionada		188

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convención para la Exención de los Buques-Hospital, en Tiempo de Guerra, del Pago de Todos los Derechos e Impuestos Establecidos en Beneficio del Estado (La Haya, 21 de diciembre de 1904)	<i>U.S. Statutes at Large</i> , vol. 35, Part 2, pág. 1854. 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.
Convenciones de La Haya relativas a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y Reglamento concerniente 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.
Protocolo relativo a la Prohibición del Empleo en la Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y de Medios Bacteriológicos (Ginebra, 17 de junio de 1925)	Sociedad de las Naciones, <i>Treaty Series</i> , vol. XCIV, núm. 2138, pág. 65.
Convención de Neutralidad Marítima (La Habana, 20 de febrero de 1928)	<i>Ibíd.</i> , vol. CXXXV, núm. 3111, pág. 187.
Tratado para la Limitación y la Reducción de los Armamentos Navales (Londres, 22 de abril de 1930)	<i>Ibíd.</i> , vol. CXII, núm. 2608, pág. 65.
Tratado para la Protección de Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos (Pacto Roerich) (Washington, 15 de abril de 1935)	<i>Ibíd.</i> , vol. CLXVII, núm. 3874, pág. 289.
Acta relativa a las Normas de la Guerra Submarina Establecidas on la Parte IV del Tratado de Londres de 22 de abril de 1930 (Londres, 6 de noviembre de 1936)	<i>Ibíd.</i> , vol. CLXXII, núm. 4025, pág. 353.
Acuerdo concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo (Estatuto de Núremberg) (Londres, 8 de agosto de 1945)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 82, núm. 251, pág. 279.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	<i>Ibíd.</i> , vol. 78, núm. 1021, pág. 278.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	<i>Ibíd.</i> , vol. 75, núms. 970 a 973, págs. 31 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12ª 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>Treaty Series</i> , vol. 75, núm. 970, pág. 31. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12ª 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>Treaty Series</i> , núm. 971, págs. 85 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12ª ed., Ginebra, 1983, págs. 47 y ss.
Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , núm. 972, págs. 135 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12ª 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>Treaty Series</i> , núm. 973, págs. 287 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12ª 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>Treaty Series</i> , vol. 1125, núms. 17512 y 17513, págs. 3 y 609.
Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 14 de mayo de 1954)	<i>Ibíd.</i> , vol. 249, núm. 3511, pág. 215.
Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 26 de marzo de 1999)	<i>Ibíd.</i> , vol. 2253, núm. 3511, pág. 172.
Tratado Antártico (Washington D.C., 1 de diciembre de 1959)	<i>Ibíd.</i> , vol. 402, núm. 5778, pág. 87.
Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua (Moscú, 5 de agosto de 1963)	<i>Ibíd.</i> , vol. 480, núm. 6964, pág. 43.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	<i>Ibíd.</i> , vol. 999, núm. 14668, pág. 241.
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)	<i>Ibíd.</i> , vol. 610, núm. 8843, pág. 205.

	<i>Fuente</i>
Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco) (y Protocolos adicionales I y II, en anexo) (México D.F., 14 de febrero de 1967)	Ibíd., vols. 634 and 1894, núm. 9068, pág. 281 and pág. 335, respectivamente.
Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (Londres, Moscú y Washington, 1 de julio de 1968)	Ibíd., vol. 729, núm. 10485, pág. 161.
Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968)	Ibíd., vol. 754, núm. 10823, pág. 73.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, núm. 17955, pág. 123.
Tratado sobre Prohibición de Emplazar Armas Nucleares y Otras Armas de Destrucción en Masa en los Fondos Marinos y Oceánicos y su Substrato (Londres, Moscú y Washington, 11 de febrero de 1971)	Ibíd., vol. 955, núm. 13678, pág. 1150.
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, 10 de abril de 1972)	Ibíd., vol. 1015, núm. 14860, pág. 163.
Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (París, 16 de noviembre de 1972)	Ibíd., vol. 1037, núm. 15511, pág. 151.
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.
Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra (Estrasburgo, 25 de enero de 1974)	Consejo de Europa, <i>Treaty Series</i> , núm. 82.
Convención para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África (Libreville, 3 de julio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1490, núm. 25573, pág. 89.
Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Ibíd., vol. 1673, núm. 28911, pág. 57.
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. 1974, núm. 33757, pág. 45.
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.
Protocolo sobre Fragmentos No Localizables (Protocolo I)	Ibíd.
Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II)	Ibíd.
Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III)	Ibíd.
Protocolo Adicional a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Protocolo IV)	Ibíd., vol. 2024, núm. 22495, pág. 25.
Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra (Protocolo V) (Ginebra, 28 de noviembre de 2003)	Ibíd., vol. 2399, núm. 22495, pág. 100.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1833, núm. 31363, 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. 293.
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. 28.
Tratado sobre la Zona Desnuclearizada del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga) (Rarotonga, 6 de agosto de 1985)	Ibíd., vol. 1445, núm. 24592, pág. 177.
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.
Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 2163, núm. 37789, pág. 75.
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Ibíd., vol. 1771, núm. 30822, pág. 107.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibíd., vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.

Fuente

Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares de Asia Sudoriental (Tratado de Bangkok) (Bangkok, 15 de diciembre de 1995)	Ibíd., vol. 1981, núm. 33873, pág. 129.
Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba) (El Cairo, 11 de abril de 1996)	ILM, vol. 35 (1996), pág. 705.
Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (Nueva York, 10 de septiembre de 1996)	A/50/1027, anexo, y resolución 50/245 de la Asamblea General, de 10 de septiembre de 1996.
Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.
Estaduto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Nueva York, 25 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2173, núm. 27531, pág. 227.
Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central (Tratado de Semipalatinsk) (Semipalatinsk (Semei), 8 de septiembre de 2006)	<i>The United Nations Disarmament Yearbook</i> , vol. 31 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.07.IX.9), 2006, apéndice II, pág. 323.
Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 May 2008)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 2688, núm. 47713, pág. 39
Tratado sobre el Comercio de Armas (Nueva York, 2 de abril de 2013)	A/CONF.217/2013/L.3.

Obras citadas en el presente informe

AHLSTRÖM, Christer <i>Demilitariserade och Neutraliserade Områden i Europa</i> , Mariehamn, Åland Peace Institute, 1995.	DOSWALD-BECK, Louise «El Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar», <i>Revista Internacional de la Cruz Roja</i> , noviembre de 1995.
BETHLEHEM, Daniel «The methodological framework of the study», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), <i>Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 3 a 14.	<i>Human Rights in Times of Conflict and Terrorism</i> . Oxford, Oxford University Press, 2011.
BJÖRKHOLM, Mikaela y Allan ROSAS <i>Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering</i> , Åbo, Åbo Academy Press, 1990.	DROEGE, Cordula y Marie-Louise TOUGAS «The protection of the natural environment in armed conflict — existing rules and need for further legal protection», <i>Nordic Journal of International Law</i> , vol. 82 (2013), págs. 21 a 52.
BLACK, Cyril E. y otros <i>Neutralization and World Politics</i> , Princeton, Princeton University Press, 1968.	FISCHHABER, Hans-Bjoern «Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led operations: real commitments or another “paper tiger”?», <i>Energy Security Highlights</i> , vol. 10 (2012), págs. 22 a 24.
BOTHE, Michael y otros <i>Protection of the Environment in Times of Armed Conflict</i> , informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, SJ/110/85. 1985.	GREENWOOD, Christopher «The twilight of the law of belligerent reprisals», <i>Netherlands Yearbook of International Law</i> , vol. 20 (1989), págs. 35 a 69.
CHURCHILL, R.R. y A.V. LOWE, <i>The Law of the Sea</i> , 2ª ed., Manchester, Manchester University Press, 1988.	HAMPSON, Françoise «Other areas on international law in relation to the study», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), <i>Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 50 a 74.
CICR <i>Rules of International Humanitarian Law and Other Rules Relating to the Conduct of Hostilities</i> , ed. rev y act., Ginebra, CICR, 2005.	HANNIKAINEN, Lauri «The continued validity of the demilitarised and neutralised status of the Åland Islands», <i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i> , vol. 54 (1994), págs. 614 a 651.
COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA DE LAS NACIONES UNIDAS <i>History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War</i> , Londres, His Majesty's Stationery Office, 1948.	HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff y Michael DONNER «New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts», <i>German Yearbook of International Law</i> , vol. 37 (1994), págs. 281 a 314.
DELBRÜCK, Jost «Demilitarization», en <i>Encyclopedia of Public International Law</i> , vol. 3 (1982), págs. 150 a 152.	HENCKAERTS, Jean-Marie «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados», <i>International Review of the Red Cross</i> , vol. 87, núm. 857 (2005), págs. 3 a 46.
DINSTEIN, Yoram <i>War, Aggression and Self-Defence</i> , 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.	

- HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.)
El derecho internacional humanitario consuetudinario, vol. I (Normas), Buenos Aires, CICR, 2007.
- Customary International Humanitarian Law*, vol. 2 (Practice), Cambridge, CICR y Cambridge University Press, 2005.
- HULME, Karen
War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.
- «Natural environment», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 204-237.
- ICHIM, Octavian
Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- INTERNATIONAL LAW AND POLICY INSTITUTE
 «Protection of the natural environment in armed conflict: an empirical study», informe 12/2014, Oslo, International Law and Policy Institute, 2014.
- JENSEN, David y Silja HALLE (eds.)
Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations, Nairobi, PNUMA, 2012.
- KALSHOVEN, Frits
 «Belligerent reprisals revisited», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 21 (1990), págs. 43 a 80.
- Belligerent Reprisals*, 2ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
- Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.
- KRESS, Claus
 «The International Court of Justice and the law of armed conflicts», en Christian J. Tams y James Sloan (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 263 a 300.
- MANOHARAN, N.
 «Tigers with fins: naval wing of the LTTE», Institute of Peace and Conflict Studies, 2005, disponible en http://ipcs.org/comm_select.php?articleNo=1757.
- MCCORMACK, Timothy L.H.
 «An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study», en Anthony M. Helm (ed.), *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*, Naval War College, Newport, 2006, págs. 81 a 98.
- MONETA, Carlos J.
La Antártida en el sistema internacional del futuro, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- MURPHY, Sean D., WOD KIDANE y Thomas R. SNIDER
Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- PEJIĆ, Jelena
 «Status of armed conflict», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 77 a 100.
- PERNA, Laura
The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- PILLOUD, Claude y Jean PICTET
 «Article 51: Protection of the civilian population», en Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August of 1949*, Ginebra, CICR y Martinus Nijhoff, 1987, págs. 613 a 628.
- «Article 55: Protection of the natural environment», en Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August of 1949*, Ginebra, CICR y Martinus Nijhoff, 1987, págs. 661 a 664.
- PINTO, Christopher
 «Maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea», en Jozef Goldblat (ed.), *Maritime Security: The Building of Confidence (UNIDIR/92/89)*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta G.V.E.92.0.31), págs. 9 a 54.
- PRAWITZ, Jan
 «The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia», en Joseph Rotblat y Michiji Konuma (eds.), *Proceedings of the Forty-fifth Pugwash Conference on Science and World Affairs, Hiroshima, Japan, 23-29 July 1995: Towards a nuclear-weapon-free world*, Singapur, World Scientific, 1997, págs. 651 a 669.
- ROGERS, A.P.V.
Law on the Battlefield, 2ª ed., Manchester, Manchester University Press, 2004.
- ROSELLI, Carina
At the intersection of human rights and the environment in Iraq's southern marshes, tesis de doctorado en derecho, Vermont Law School, 2014. La tesis puede consultarse en los archivos de la Relatora Especial.
- SANCIN, Vasilka
 «Peace operations and the protection of the environment», en Vasilka Sancin (ed.), *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges*, Ljubljana, GV Založba, 2012, págs. 187 a 208.
- SCHINDLER, Dietrich y Jiří TOMAN
The Laws of Armed Conflicts, 3ª ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- SCHMITT, Michael N.
 «Humanitarian law and the environment», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, núm. 3 (2000), págs. 265 a 323.
- The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- SCHMITT, Michael N., Charles H.B. GARRAWAY y Yoram DINSTEIN
The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary, San Remo, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, 2006.
- SHRAGA, Daphna
 «The Secretary-General's bulletin on the observance by the United Nations forces of international humanitarian law: a decade later», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 39 (2009), págs. 357 a 377.
- SCOBIE, Iain
 «The approach to customary law in the study», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 15-49.
- SOONS, Alfred H.A.
Marine Scientific Research and the Law of the Sea, La Haya, T.M.C. Asser, 1982.

SUBEDI, Surya P.

Land and Maritime Zones of Peace in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1996.

TAMS, Christian J.

«The contentious jurisdiction of the Permanent Court», en Christian J. Tams y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, págs. 9 a 39.

UNIVERSIDAD DE HARVARD, PROGRAMA DE POLÍTICA HUMANITARIA E INVESTIGACIÓN DE CONFLICTOS

Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

WALKER, George K. (ed.)

Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.

WILMSHURST, Elizabeth (ed.)

International Law and the Classification of Conflicts, Oxford, Oxford University Press, 2012.

ZIMMERMANN, Bruno

«Article 85: Repression of breaches of the Conventions and of this Protocol», en Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August of 1949*, Ginebra, CICR y Martinus Nijhoff, 1987, págs. 973 a 988.

Introducción*

1. En su 65º período de sesiones, celebrado en 2013, la Comisión de Derecho Internacional 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. Jacobsson¹.

* La Relatora Especial desea agradecer profundamente el apoyo decisivo prestado por el Cyrus R. Vance Center for International Justice y su Directora para el Programa de Medio Ambiente, Susan M. Kath. Mención especial merecen Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP y el Environmental Law Institute, por su valiosa asistencia en las investigaciones realizadas para este informe. Cleary Gottlieb quisiera dedicar su contribución al informe a Mayar Dahabieh, una de sus asociadas, sin cuya labor estas investigaciones no habrían sido posibles. Además, la Relatora Especial desea expresar su agradecimiento a Stavros Pantazopoulos por la inestimable investigación realizada. También desea dar las gracias a Angela Barisic, Amanda Kron, Abby Zeith y Jonathan Österlund, por su valiosa asistencia en la preparación del presente informe. Transmite igualmente su agradecimiento especial a Britta Sjöstedt y Karen Hulme, así como a Anne Dienelt, Shirin Shua y Kitty Zheng. La Relatora Especial está en deuda con Cymie R. Paine, de Rutgers, Universidad Estatal de Nueva Jersey, y con Carl Bruch, Codirector de Programas Internacionales del Environmental Law Institute y principal responsable de la organización del seminario internacional sobre el tema que se celebró en Nueva York, el 24 de octubre de 2014. La Relatora Especial expresa también su profundo reconocimiento por el trabajo de investigación aportado por sus colegas del Environmental Law Institute y el Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible. Asimismo, da las gracias a los participantes en ese seminario y en el laboratorio de ideas oficioso posterior, por el intercambio de conocimientos y puntos de vista, y al Ministerio de Relaciones Exteriores de Suecia y la Misión de Suecia ante las Naciones Unidas, en Nueva York, por sus respectivas contribuciones, así como a los colegas de los países nórdicos. Por último, agradece a los bibliotecarios su labor, sin la cual este informe no habría sido posible, a saber, Irina Gerassimova, del

2. El tema se incluyó por primera vez en el programa de trabajo a largo plazo en 2011. Su examen continuó con la celebración de consultas oficiosas, que comenzaron durante el 64º período de sesiones de la Comisión, en 2012, y prosiguieron en su 65º período de sesiones, en 2013, cuando celebró consultas oficiosas de carácter más sustantivo. Esas 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, y el calendario de las acciones futuras. En el 66º período de sesiones, celebrado en 2014, la Relatora Especial presentó un informe preliminar², que sirvió de base para la celebración de un debate general por la Comisión³.

3. El presente informe contiene un breve resumen de los debates celebrados en 2014, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su sexagésimo noveno período de sesiones. También incluye un resumen de las respuestas de los Estados en relación con cuestiones concretas de especial interés para la Comisión.

Palacio de las Naciones, en Ginebra, y el personal de la Biblioteca de las Oficinas del Gobierno en Estocolmo.

¹ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), párr. 131.

² *Anuario...* 2014, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674.

³ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 192 a 213. Para una presentación más completa del debate, véanse las actas resumidas, *ibíd.*, vol. I, sesiones 3227^a a 3231^a.

CAPÍTULO I

Objeto del presente informe

4. El propósito del presente informe es determinar las normas vigentes sobre conflictos armados que hacen referencia directa a la protección del medio ambiente en relación con esos conflictos. Así pues, el informe contiene un examen de tales normas, además de un proyecto de principios.

5. El derecho de los conflictos armados debe interpretarse a la luz de la realidad de los conflictos armados contemporáneos, cuya naturaleza es considerablemente heterogénea. Además de las clásicas guerras entre Estados, nos enfrentamos a conflictos armados no internacionales, conflictos armados internacionalizados y guerras libradas

por mediación de otros. Por otra parte, han surgido nuevos conceptos, como «guerra cibernética» o «guerra asimétrica». En cualquier caso, lo primero que debe dilucidarse es si estamos o no ante un verdadero «conflicto armado»⁴.

6. La variada naturaleza de los conflictos armados plantea una dificultad especial, ya que la clasificación de cada conflicto es requisito previo indispensable para aplicar el derecho relativo a esos conflictos que resulta pertinente⁵. Salvo que se proceda a tal clasificación, es prácticamente imposible dilucidar cuál es la normativa que debe aplicarse. No todas las normas aplicables en relación con los conflictos armados internacionales se consideran igualmente aplicables a los conflictos armados de índole no internacional. Al mismo tiempo, es evidente que existen principios fundamentales, como el principio de distinción y el principio de humanidad (los dictados de la conciencia pública) que, como expresión del derecho consuetudinario, son aplicables a la totalidad de los conflictos armados. Además, muchas disposiciones contenidas en los tratados internacionales reflejan normas de derecho consuetudinario y pueden ser de aplicación a todos los conflictos armados, independientemente de su clase⁶.

Métodos y fuentes

7. Los datos sobre la práctica de los Estados contenidos en el presente informe se basan en la información recibida directamente de los propios Estados. Esta información proviene de sus respuestas a las preguntas formuladas por la Comisión de Derecho Internacional o de sus declaraciones acerca de esta cuestión en el debate de la Sexta Comisión. Además, se ha obtenido información de los sitios web oficiales de los Estados y organizaciones correspondientes. Esta información tiene carácter de fuente primaria y, como en el caso de cualquier otro tema tratado por la Comisión, no es exhaustiva. Un problema que se plantea es qué método utilizar para determinar las normas aplicables de derecho consuetudinario. El CICR ha hecho un esfuerzo impresionante en ese sentido. Su trascendental estudio sobre el derecho consuetudinario se publicó en 2005, tras cerca de diez años de recopilación de material y de labor analítica⁷. Se trata de un estudio sin precedentes. Con sus tres volúmenes, 5.000 páginas y 161 normas, junto a comentarios y material de apoyo, es, en palabras de un autor, «una hazaña considerable»⁸. Sin embargo, no han faltado las críticas por supuestas deficiencias en su metodología y fiabilidad⁹. Además, es conveniente subrayar que el estudio

es en sí mismo una sinopsis de la legislación aplicable en un momento concreto. Para subsanar esta limitación temporal, continuamente se añade nuevo material a la página web del CICR dedicada al derecho consuetudinario¹⁰. A juicio de la Relatora Especial, la labor del CICR es demasiado valiosa para descuidarla e incluso para no otorgarle la importancia que merece. Se trata de la compilación más amplia de medidas legislativas y reglamentarias, junto con expresiones de la *opinio juris*, disponible en esta esfera. Siempre que se hace referencia al estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario, es sobre las premisas mencionadas.

8. Por razones obvias, resulta mucho más difícil obtener información sobre la práctica de los Estados en el caso de los conflictos armados no internacionales. Aún es más difícil acceder a información sobre la práctica de los agentes no estatales. Esta información tiene cierto interés, aunque no constituya «la práctica de los Estados» en el sentido jurídico del término. Las deliberaciones realizadas por la Comisión en 2014 sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario revelaron una clara tendencia a no incluir en el concepto «derecho internacional consuetudinario» la práctica de los agentes no estatales. Por ello, el Relator Especial de ese tema, Sr. Wood, ha propuesto una norma aclaratoria según la cual la conducta de otros agentes no estatales (con la posible excepción de las organizaciones internacionales) no debe considerarse «práctica» a los efectos del tema¹¹.

9. Todas las partes que intervienen en un conflicto armado están sujetas a las normas del derecho internacional humanitario. Dejando a un lado la cuestión de si los agentes no estatales cumplen los requisitos para dar lugar a normas de derecho internacional consuetudinario, o para contribuir a su formación, la Relatora Especial no pudo examinar, por razones prácticas, la práctica de los grupos armados no estatales¹². Durante la elaboración

Hampson, «Other areas on international law in relation to the Study». Véase también McCormack, «An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study».

¹⁰ La actualización más reciente se hizo el 6 de noviembre de 2014 y abarca la legislación nacional de Dinamarca, Djibouti, Polonia, Somalia y Tayikistán (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home).

¹¹ El Relator Especial propuso que se incluyese un nuevo párrafo 3 en el proyecto de conclusión 4 [5] (Requisito de la práctica), con la siguiente redacción: «La conducta de otros agentes no estatales no constituye práctica a los efectos de la formación o la identificación del derecho internacional consuetudinario» (documento A/CN.4/682, anexo, reproducido en el presente volumen).

¹² En el contexto de los conflictos armados no internacionales, hay grupos armados no estatales bien equipados y organizados, frente a otros mal equipados y con deficiente formación. Es poco usual que los grupos armados no estatales recurran a la guerra aérea y a la guerra de misiles en un conflicto armado no internacional. No obstante, parece que esto podría cambiar, habida cuenta de que algunos de estos grupos ya poseen vehículos aéreos no tripulados y misiles. Hay también indicios de que algunos grupos armados no estatales cuentan con su propia fuerza aérea. Por lo que respecta a la guerra naval, cabe señalar que la sección naval de los Tigres de Liberación de Eelam Tamil (TLET) (los Tigres de Mar) desempeñó un papel importante durante la guerra civil de Sri Lanka. Se dijo que los TLET tenían «desde buques de guerra fuertemente armados hasta buques de suministro, pasando por embarcaciones para el transporte de efectivos», y que poseían «buques furtivos no detectables por los radares», además de avanzados sistemas de comunicación. También se afirmó que los Tigres de Mar contaban con una unidad de buceo, «cuya misión era infiltrarse en los puertos para colocar minas». Véase Manoharan, «Tigers with Fins: Naval Wing of the LTTE».

⁴ Véase un examen de la posible definición de «conflicto armado» en *ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párrs. 69 a 78.

⁵ Véase un resumen sobre la necesidad jurídica de clasificar los conflictos en Pejić, «Status of Armed Conflict», págs. 77 a 100. Véase un debate en profundidad acerca de las distintas contribuciones en Wilmshurst, *International Law and the Classification of Conflicts*.

⁶ Este análisis consta de dos fases: en primer lugar, debe establecerse si determinada disposición refleja el derecho consuetudinario; y, en segundo término, el propio contenido de la norma permitirá dilucidar si, siendo derecho consuetudinario, se refiere o no a ambos tipos de conflicto.

⁷ Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: Normas, y *Customary International Humanitarian Law*, vol. II: Practice.

⁸ Bethlehem, «The methodological framework of the Study», pág. 3.

⁹ Véase, por ejemplo, Bethlehem, «The methodological framework of the Study»; Scobbie, *The approach to customary law in the Study* y

del presente informe, la Relatora Especial ha tenido ocasión de recordar la labor del CICR y las organizaciones no gubernamentales en lo que respecta a la difusión del derecho humanitario a esos grupos armados. La organización no gubernamental Geneva Call¹³, cuyo objetivo es promover el respeto de las normas del derecho internacional humanitario por los agentes armados no estatales durante los conflictos armados y otras situaciones de violencia, ha creado un directorio de los compromisos de los actores armados no estatales, en forma de base de datos, en el que se pueden consultar los acuerdos alcanzados entre dichos agentes y los Estados¹⁴. Pero, por lo general, la mayor parte de esa información no es pública. Por las razones citadas, a la Relatora Especial no le ha sido posible examinar la práctica de los grupos armados no estatales, lo que es de lamentar, pues es precisamente en la interacción entre los Estados y los grupos armados no estatales donde es posible verificar la práctica de los propios Estados.

10. El presente informe se basa en el examen de los pertinentes tratados sobre el derecho de la guerra, y también en los tratados conexos sobre desarme. A veces es difícil clasificar un tratado como de derecho humanitario o de desarme. El informe incluye un breve estudio sobre zonas sujetas a una regulación especial, como las zonas libres de armas nucleares o las zonas declaradas patrimonio natural. Esto se ha hecho en respuesta directa a las propuestas formuladas por los miembros de la Comisión y los Estados. A fin de establecer un panorama general de los regímenes contemplados en esos tipos de tratados, se consideró apropiado hacer referencia a ellos en el mismo informe.

11. Por otra parte, el informe contiene un capítulo sobre la jurisprudencia correspondiente. Habida cuenta de la gran cantidad de jurisprudencia que puede guardar relación con este tema, se ha hecho una cuidadosa selección de los casos más pertinentes.

12. Es ingente la bibliografía sobre casi todos los aspectos del derecho de los conflictos armados. Para que el informe sea a la vez legible y práctico, se han limitado estrictamente las referencias directas a las publicaciones en las notas de pie de página. El anexo II

¹³ Véase www.genevacall.org.

¹⁴ Disponible en <http://theirwords.org/pages/home>.

contiene una lista más exhaustiva de la bibliografía consultada. El informe ya contiene numerosas notas. Si se considera apropiado, en futuros comentarios pueden ampliarse las referencias a las observaciones y análisis de los especialistas que han contribuido a la formación de la doctrina.

13. El informe aborda el uso de las armas como parte de cualquier medio de guerra, dado que todas las armas que pueden utilizarse en los conflictos armados están sujetas al derecho de los conflictos armados. Por ejemplo, son también aplicables las normas y principios sobre precauciones en el ataque, distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad. Salvo contadas excepciones, como en el caso de las minas terrestres, el derecho de los conflictos armados (*jus in bello*) no prevé normas específicas en relación con armas concretas. El presente informe no se detiene a examinar el uso de las armas que están prohibidas por los tratados internacionales (como las armas químicas y biológicas).

14. Tampoco se examinan aquí las situaciones de ocupación. La razón es que muchas veces la «ocupación» se prolonga después del cese de las hostilidades militares activas. Además, las peticiones de indemnización derivadas del derecho en materia de ocupación pueden basarse tanto en la infracción de una norma de *jus ad bellum* como en la infracción de una norma relacionada con las obligaciones de la potencia ocupante. Existe una estrecha relación con los derechos de propiedad privada. Por lo tanto, la ocupación se tratará en el tercer informe, que se elaborará próximamente.

15. La relación entre la protección jurídica de los recursos naturales y el medio natural puede merecer un análisis más profundo. Los Estados han reconocido esa relación en sus declaraciones a la Sexta Comisión y, según informan, en sus leyes y reglamentos nacionales. El Consejo de Seguridad ha hecho referencia en muchas de sus resoluciones a la relación entre los conflictos armados y los recursos naturales, y gran parte de la labor del PNUMA se centra en esa misma cuestión. Esa relación atañe a cada una de las tres fases temporales de este trabajo, a saber: las medidas preventivas, la conducción de las hostilidades y las medidas de reparación. Sin embargo, es preciso fijar un límite: por ello, no se abordará por sí misma la cuestión de los recursos naturales como causa desencadenante de los conflictos.

CAPÍTULO II

Consultas en la Comisión durante su 66º período de sesiones (2014)

16. En su 66º período de sesiones, en 2014, la Comisión celebró un debate general sobre la base del informe preliminar de la Relatora Especial¹⁵.

17. Hubo un amplio consenso en cuanto a la importancia del tema y su finalidad general. La mayoría de los miembros de la Comisión acordaron que la cuestión principal

era establecer cuáles eran las normas y principios del derecho ambiental internacional aplicables en relación con los conflictos armados. Varios miembros compartieron la opinión de la Relatora Especial de que la Comisión no debía entrar a modificar el derecho de los conflictos armados. Otros estimaron que, dada la poca atención que el derecho de los conflictos armados prestaba al medio ambiente, podía estar justificado un examen más profundo de las obligaciones ambientales en las situaciones de conflicto armado.

¹⁵ Véase la nota 3 *supra*.

18. El enfoque temporal de tres fases adoptado por la Relatora Especial recibió amplio apoyo, y algunos miembros indicaron que ese enfoque facilitaría la labor por realizar. Se observó que la distinción temporal permitiría a la Comisión centrarse en las medidas de preparación y prevención en la fase I, y en las medidas de reparación y reconstrucción en la fase III. Sin embargo, otros miembros manifestaron su preocupación por lo que consideraban una aplicación excesivamente rigurosa del enfoque temporal, y señalaron que la propia Relatora Especial había dejado claro en su informe que no era posible establecer una diferenciación estricta entre las distintas fases. Varios miembros opinaron que resultaría difícil y desaconsejable mantener esa diferenciación estricta a la hora de elaborar las directrices o conclusiones, puesto que muchas de las normas serían de aplicación durante cada una de las tres fases.

19. El peso que debía concederse a la fase II, es decir, a las obligaciones en materia de protección del medio ambiente durante un conflicto armado, fue motivo de profundas deliberaciones. Varios miembros opinaron que la fase II debía ocupar el lugar central del proyecto, puesto que el examen de las otras dos fases estaba inherentemente vinculado a las obligaciones nacidas durante el conflicto armado. Según estos miembros, el derecho de los conflictos armados se ocupaba de forma limitada

de la protección ambiental y no reflejaba la realidad actual de esos conflictos ni el riesgo que representaban para el medio ambiente. Otros miembros subrayaron que, tal y como había propuesto la Relatora Especial, la Comisión no debía centrar su labor en la fase II, puesto que el derecho de los conflictos armados era *lex specialis* e incluía normas que se ocupaban de la protección del medio ambiente.

20. También se debatieron exhaustivamente las limitaciones relativas al alcance. Algunos miembros estimaron que la cuestión de las armas debía excluirse, tal y como había propuesto la Relatora Especial, mientras que otros adujeron que un tratamiento integral de la cuestión exigía necesariamente que las armas se tuvieran en cuenta. Se propuso incluir una aclaración en el sentido de que los trabajos se realizaban al margen de las normas existentes sobre determinadas armas específicas.

21. Por último, se plantearon preguntas sobre la propuesta de incluir los conflictos armados no internacionales. Aunque dicha propuesta tuvo gran acogida, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos conflictos exigiría estudiar si los agentes no estatales estaban sujetos al derecho de los conflictos armados y a las obligaciones que se determinasen en las fases I y III.

CAPÍTULO III

Debate en la Sexta Comisión durante su sexagésimo noveno período de sesiones (2014)

22. Alrededor de 32 Estados abordaron el tema durante el sexagésimo noveno período de sesiones de la Sexta Comisión, tomando como base el informe de la CDI sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (2014)¹⁶. Muchos Estados señalaron la importancia del tema¹⁷, y varios de ellos formularon declaraciones sustantivas al respecto. Tres delegaciones expresaron ciertas inquietudes acerca de la viabilidad del tema¹⁸.

¹⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión, Francia (A/C.6/69/SR.22), párr. 33; Italia, párr. 53; 24ª sesión, Hungría (A/C.6/69/SR.24), párr. 38, 25ª sesión, Austria (A/C.6/69/SR.25), párrs. 109 a 111; Israel, párrs. 86 y 87; Federación de Rusia, párrs. 99 a 102; Noruega (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), párrs. 131 a 134; Perú, párrs. 122 a 126; 26ª sesión, República Checa (A/C.6/69/SR.26), párr. 41; Grecia, párrs. 32 a 34; India, párr. 110; Japón, párr. 77; Países Bajos, párr. 52; Polonia, párr. 61; Portugal, párrs. 6 a 9; Rumania, párrs. 86 y 87; Singapur, párrs. 66 y 67; Sudáfrica, párr. 96; España, párr. 104; Suiza, párrs. 44 y 45; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, párrs. 15 y 16; 27ª sesión, Indonesia (A/C.6/69/SR.27), párrs. 67 y 68; República Islámica del Irán, párrs. 11 a 13; República de Corea, párrs. 73 y 74; Malasia, párrs. 47 a 49; Nueva Zelandia, párrs. 2 a 4; Estados Unidos de América, párrs. 24 y 25.*

¹⁷ *Ibid.*, 25ª sesión, Noruega (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/69/SR.25), párr. 131; República Checa, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 41; Polonia, párr. 61 y declaración archivada en la División de Codificación; Sudáfrica, párr. 96; India, párr. 110; Nueva Zelandia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párrs. 2 a 4; República de Corea, párrs. 73 y 74.

¹⁸ *Ibid.*, Francia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 32; 25ª sesión, Federación de Rusia (A/C.6/69/SR.25), párr. 99; 26ª sesión, España (A/C.6/69/SR.26), párr. 104.

23. Muchas delegaciones valoraron positivamente el enfoque temporal adoptado por la Relatora Especial¹⁹, y convinieron en que no era posible trazar una línea divisoria estricta entre las tres fases (antes, durante y después de un conflicto armado)²⁰. Algunas delegaciones reiteraron sus dudas en lo que respecta a la viabilidad de la metodología temporal²¹, y una delegación señaló la posible alternativa de adoptar un enfoque temático²². Tres Estados observaron que la Comisión debía considerar la puesta en marcha de un ejercicio de desarrollo progresivo si el régimen de protección existente demostraba ser insuficiente²³.

24. Varias delegaciones se congratularon del enfoque adoptado por la Relatora Especial a la hora de definir

¹⁹ *Ibid.*, Noruega (en nombre de los países nórdicos), 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 133; 26ª sesión, Portugal (A/C.6/69/SR.26), párr. 6; Belarús, párr. 27; Grecia, párr. 32; República Checa, párr. 41; Singapur, párr. 66; India, párr. 110; 27ª sesión, Nueva Zelandia (A/C.6/69/SR.27); Indonesia, párr. 67.

²⁰ *Ibid.*, Noruega (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/69/SR.25), párr. 133; Portugal, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 6; Singapur, párr. 66; Nueva Zelandia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 3; Indonesia, párr. 67.

²¹ *Ibid.*, Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 52; Federación de Rusia, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 101; España, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 104; 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 73.

²² *Ibid.*, Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 53.

²³ *Ibid.*, Portugal, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 7; República Islámica del Irán, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 11; *ibíd.*, párrs. 2 a 4, declaración archivada en la División de Codificación.

el tema y limitar su alcance²⁴, aunque otras observaron que no era conveniente limitarlo en exceso²⁵. Numerosas delegaciones se preguntaron si convenía tratar la protección del patrimonio cultural y natural en el marco del tema²⁶. Además, se expresaron diversas opiniones sobre el alcance exacto de este, y en particular sobre si se habían de examinar cuestiones relativas a los derechos humanos²⁷, los pueblos indígenas²⁸, los refugiados²⁹, los desplazados internos³⁰ y el efecto de las armas en el medio ambiente³¹.

25. En relación con los principios ambientales señalados en el informe preliminar, varias delegaciones subrayaron su pertinencia para los trabajos futuros en relación con el tema³². No obstante, otra delegación puso en tela de juicio la conveniencia de examinar algunos de esos principios en el contexto actual³³. En particular, algunas delegaciones se preguntaron si era preciso contemplar el principio del desarrollo sostenible y la necesidad de evaluar el impacto ambiental como parte de la planificación militar³⁴. Con respecto a la segunda, se señaló que sería positivo realizar un análisis de la cuestión³⁵. Varias delegaciones instaron a la Comisión a que examinara los principios ambientales señalados en el informe, así como sus características, a fin de determinar su aplicabilidad en el marco del tema³⁶.

26. Si bien algunas delegaciones cuestionaron la necesidad de elaborar definiciones de los términos «medio ambiente» y «conflicto armado»³⁷, otras opinaron que podrían ser de utilidad, y también se señaló que la Comisión debía

²⁴ *Ibid.*, Israel, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 87; Federación de Rusia, párr. 102; Noruega (en nombre de los países nórdicos), párr. 133; Reino Unido, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 16; Países Bajos, párr. 52.

²⁵ *Ibid.*, Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 53; Perú, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 124.

²⁶ *Ibid.*, Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 53; Israel, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 87; Federación de Rusia, párr. 102; Austria, párr. 110; Reino Unido, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 16; República Checa, párr. 41; Grecia, párr. 32; Rumania, párr. 87; Malasia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 47; Indonesia, párr. 68.

²⁷ *Ibid.*, Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 53; Israel, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25); Reino Unido, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 16; Grecia, párr. 34; Suiza, párr. 45; Sudáfrica, párr. 96; India, párr. 110; Malasia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 47.

²⁸ *Ibid.*, Israel, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 87; Federación de Rusia, párr. 102; Reino Unido, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 16; Estados Unidos, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 24.

²⁹ *Ibid.*, Israel, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 87; Federación de Rusia, párr. 102; India, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 110; República Islámica del Irán, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 13; Malasia, párr. 47.

³⁰ *Ibid.*, Federación de Rusia, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 102; Perú, párr. 124; Malasia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 47.

³¹ *Ibid.*, Israel, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 87; Federación de Rusia, párr. 102; Perú, párr. 124; Portugal, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 7; Reino Unido, párr. 16; Singapur, párr. 66; Rumania, párr. 87.

³² *Ibid.*, Perú, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párrs. 123 a 126; Belarús, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 28; Grecia, párr. 33; República Checa, párr. 41; Malasia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 48; Indonesia, párr. 68.

³³ *Ibid.*, Estados Unidos, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 24.

³⁴ *Ibid.*, Grecia (A/C.6/69/SR.26), párr. 33; España, párr. 104; Reino Unido, párr. 16; Estados Unidos, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 24.

³⁵ *Ibid.*, Rumania, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 87.

³⁶ *Ibid.*, Singapur, párrs. 67 y 68; Indonesia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 68; Estados Unidos, párr. 24.

³⁷ *Ibid.*, Francia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 32; Rumania, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 86; Países Bajos, párr. 52 y declaración archivada en la División de Codificación.

formular definiciones de trabajo amplias para no restringir prematuramente el examen del tema³⁸. Varias delegaciones consideraron que un punto de partida apropiado podía ser la definición de «medio ambiente» aprobada por la Comisión en los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas³⁹. En cuanto al término «conflicto armado», algunas delegaciones opinaron que debía mantenerse la definición prevista en el derecho internacional humanitario⁴⁰. También se mencionó la definición proporcionada en la causa *Tadić*⁴¹, y la que figura en los trabajos de la Comisión sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados⁴². Aunque algunas delegaciones cuestionaron la conveniencia de abordar los conflictos armados no internacionales y los conflictos entre grupos armados organizados, o entre grupos de esa índole dentro del mismo Estado⁴³, otras consideraron que debían tratarse esas situaciones⁴⁴. Varias delegaciones opinaron que en el ámbito del tema no debían incluirse las situaciones en que existieran hostilidades de baja intensidad⁴⁵.

27. En cuanto a la forma final que adoptarían los trabajos de la Comisión sobre el tema, algunas delegaciones observaron que era prematuro tomar una postura al respecto⁴⁶. No obstante, varias delegaciones mencionaron su preferencia por un conjunto de directrices no vinculantes⁴⁷ o por un manual⁴⁸.

28. Durante el debate, varios Estados ofrecieron ejemplos de las prácticas nacionales y regionales, por ejemplo, en forma de legislación, jurisprudencia o manuales militares. La Relatora Especial reiteró su agradecimiento por las útiles observaciones realizadas, y alentó a otros Estados a facilitar ejemplos similares de prácticas nacionales a los efectos de la labor de la Comisión sobre este tema.

³⁸ *Ibid.*, República de Corea, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 74; Nueva Zelandia, párr. 4; Malasia, párr. 48; Suiza 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 44 y declaración archivada en la División de Codificación, Austria, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 25 y declaración archivada en la División de Codificación.

³⁹ *Ibid.*, Austria, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 110; Nueva Zelandia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 4.

⁴⁰ *Ibid.*, Austria, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 110; Belarús, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 27; Países Bajos, párr. 52; Francia (A/C.6/69/SR.22), párr. 33 y declaración archivada en la División de Codificación.

⁴¹ *Fiscalía c. Duško Tadić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, causa núm. IT-94-1-A72, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párr. 70. Véase la declaración de Suiza, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 44.

⁴² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, República de Corea, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 73.

⁴³ *Ibid.*, Belarús, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 28; República Islámica del Irán, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 13; España, párr. 104, 22ª sesión y Francia (A/C.6/69/SR.22), párr. 33 y declaración archivada en la División de Codificación.

⁴⁴ *Ibid.*, Austria, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 110; Portugal, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 8; Suiza, párr. 44; Indonesia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 68; República de Corea, párr. 73.

⁴⁵ *Ibid.*, Austria, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 110; Portugal, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 8; Reino Unido, párr. 16.

⁴⁶ *Ibid.*, Portugal, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 9; Sudáfrica, párr. 96.

⁴⁷ *Ibid.*, Israel, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 86; Reino Unido, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 16; Singapur, párr. 67; República de Corea (A/C.6/69/SR.27), párr. 74 y declaración archivada en la División de Codificación.

⁴⁸ *Ibid.*, Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 52.

CAPÍTULO IV

Respuestas a cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión

29. En su informe sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones, la Comisión, de conformidad con la práctica establecida, solicitó información sobre cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones le resultarían de particular interés⁴⁹. La solicitud reiteraba en parte la ya contenida en el informe sobre su 65º período de sesiones⁵⁰. No obstante, se añadió una aclaración a la solicitud en el sentido de que la Comisión también expresó su deseo de que «los Estados le informaran de si disponen de algún instrumento que tenga por objeto proteger el medio ambiente en relación con un conflicto armado», aportando ejemplos de este tipo de instrumentos que, sin ánimo de ser exhaustivos, incluyeran «legislación y normativas nacionales; manuales militares, procedimientos operativos estándar, normas de intervención o acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas aplicables durante operaciones internacionales; y políticas de gestión ambiental relacionadas con actividades de defensa»⁵¹.

30. Los siguientes Estados respondieron a la petición de la Comisión: Alemania, Austria, Bélgica, Cuba, España, Finlandia, Perú, República Checa, República de Corea y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

31. Austria observó que era parte en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (en adelante, la Convención sobre la Modificación Ambiental) y en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y el Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) a los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra. Señaló que ambos contienen disposiciones sobre la protección del medio ambiente en los conflictos armados.

32. Austria también informó de que se habían introducido recientemente modificaciones en su Código Penal por las que se tipificaba como delito el lanzamiento de un ataque en el contexto de un conflicto armado, a sabiendas de que ocasionaría daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. Por otra parte, entre las demás disposiciones elaboradas por el ministerio competente cabía citar un conjunto de normas internas de las fuerzas

armadas en materia de protección ambiental, en particular, directrices para la protección del medio ambiente durante las operaciones y ejercicios multinacionales, tanto en Austria como en el extranjero, normas de aplicación para la protección del medio ambiente durante las operaciones y los ejercicios multinacionales en el extranjero, y normas de aplicación relativas a la exploración y a la entrega en la esfera de la protección del medio ambiente durante las operaciones en el extranjero. Además, se había dictado un reglamento de servicio de las fuerzas armadas en materia de protección ambiental. Esta clase de protección estaba integrada en las normas de servicio del ejército durante las actividades tácticas y operativas⁵².

33. Bélgica señaló que, de conformidad con su Código Penal, los crímenes de guerra previstos en los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra y en sus Protocolos Adicionales I y II, así como en el artículo 8, párr. 2, apdo. f, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional eran constitutivos de delito con arreglo al derecho internacional y debían sancionarse de conformidad con las disposiciones aplicables de dicho Código⁵³. Entre esos delitos figuraba el de lanzar un ataque deliberado a sabiendas de que causaría daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, que resultarían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista⁵⁴. Por otra parte, Bélgica señaló que había elaborado un manual operativo, de próxima publicación, para todas las operaciones de las fuerzas militares belgas.

34. Cuba informó de que su Ley de la Defensa Nacional establecía que la preparación del país para la defensa debía ser compatible con la protección del medio ambiente. Esto comprendía la obligación de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente⁵⁵.

35. La República Checa respondió que no existía ninguna ley ni reglamento nacional específico sobre protección ambiental en relación con la prohibición de métodos y medios de guerra que causaran daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente. Sin embargo, las obligaciones dimanantes de los tratados internacionales que formaban parte del ordenamiento jurídico de la República Checa (incluida la Convención sobre la Modificación Ambiental) eran de aplicación directa en virtud de su Constitución.

36. La Ley sobre los Soldados Profesionales de la República Checa exigía que estos respetaran las normas

⁴⁹ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 31.

⁵⁰ *Ibíd.*, «La Comisión solicita a los Estados que, antes del 31 de enero de 2015, le faciliten información 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, incluidos tratados regionales o bilaterales relevantes;
b) legislación nacional relevante para el tema, incluidas disposiciones legislativas por las que se apliquen tratados regionales o bilaterales; y

c) jurisprudencia sobre la aplicación del derecho ambiental internacional o interno en controversias relacionadas con situaciones de conflicto armado».

⁵¹ *Ibíd.*, párr. 32.

⁵² Nota verbal de 11 de marzo de 2015 dirigida a la Secretaría por la Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas. Austria también se refirió a sus declaraciones en la Sexta Comisión en 2013 y 2014 (ambas adjuntas a la nota verbal).

⁵³ Nota verbal de 28 de abril de 2015 dirigida a la Secretaría por la Misión Permanente de Bélgica ante las Naciones Unidas.

⁵⁴ Bélgica, Código Penal, art. 136 *quater*, párr. 1 (22), o secc. 1º, 2º.

⁵⁵ Nota verbal de 3 de febrero de 2015 dirigida a la Oficina del Secretario General por la Misión Permanente de Cuba ante las Naciones Unidas.

internacionales de la guerra y el derecho internacional humanitario, así como la legislación nacional. El Reglamento de Campaña de las Fuerzas Terrestres del Ejército de la República Checa reiteraba en lo esencial esas obligaciones, aunque también contenía disposiciones muy concretas que atañían directamente a las obligaciones del país en relación con la protección ambiental en el contexto del derecho de los conflictos armados. El artículo 49 establecía una regla general conforme a la cual, en el contexto de todas las actividades de las fuerzas armadas, era preciso tener en cuenta la necesidad de respetar el derecho internacional humanitario y de proteger a la población, el medio ambiente y el patrimonio cultural, entre otras cosas. El artículo 57 establecía que las medidas para proteger a las fuerzas armadas de los efectos indeseables de sus propias armas y de otra clase de equipos comprendían las medidas encaminadas a proteger el medio ambiente. Estas medidas se basaban en las convenciones adoptadas por las que se prohibía el uso de medios militares o de otra índole que produjesen modificaciones en el medio ambiente. Por otra parte, los mandos debían limitar, en la medida de lo necesario, la utilización de medios y métodos de guerra que tuviesen efectos extensos, duraderos y graves en el medio ambiente.

37. Además, el reglamento básico de las fuerzas armadas de la República Checa mencionaba la obligación de proteger el medio ambiente, aunque como cláusula general sin relación directa con el derecho de los conflictos armados⁵⁶.

38. Alemania facilitó una breve descripción del Reglamento de las Fuerzas Armadas Federales relativo a la Protección del Medio Ambiente en los Conflictos Armados⁵⁷. Las medidas para la protección del medio ambiente en el transcurso de las misiones contemplaban la protección de los recursos hídricos y de la tierra, el control de las emisiones, la eliminación segura de los desechos médicos, una economía de carácter circular y la gestión de los desechos. Alemania informó de que, en cumplimiento de su deber de diligencia, las fuerzas armadas federales protegían la vida y la salud de sus miembros y demás empleados, incluso cuando estaban en misión. Durante las misiones en el extranjero, el derecho ambiental alemán constituía la base de todas las iniciativas encaminadas a proteger la naturaleza y el medio ambiente. En todas las tareas realizadas, el principio rector era brindar al personal la mejor protección posible, a la vez que se reducían al mínimo los eventuales daños.

39. Alemania señaló que, en principio, su legislación nacional solo era aplicable en su territorio y en las embarcaciones y aeronaves de las fuerzas armadas federales. No obstante, por regla general, la legislación y las normas nacionales eran de aplicación a las misiones en el extranjero, en el curso de las cuales el derecho ambiental alemán informaba todas las medidas encaminadas a proteger

la naturaleza y el medio ambiente, siempre y cuando las disposiciones del derecho internacional, los tratados intergubernamentales o la legislación local aplicable no establecieran otra cosa. Además, en las instrucciones correspondientes a cada misión se incorporaban disposiciones jurídicas que velaban por la protección ambiental.

40. Alemania declaró que, durante las misiones y ejercicios dirigidos por la OTAN, debían respetarse los Principios y Políticas Militares de la OTAN para la Protección del Medio Ambiente⁵⁸, así como los Acuerdos de Normalización de dicha organización.

41. Alemania observó que la protección del medio ambiente era una tarea permanente en todos los niveles de mando y estaba integrada en todas las fases de planificación y ejecución de las operaciones, y que las disposiciones de índole jurídica se incorporaban en las instrucciones relativas a cada misión. Señaló que la nación designada para dirigir las operaciones debía velar también por el cumplimiento de las normas básicas de protección ambiental durante las misiones multinacionales. Por otra parte, Alemania era responsable de reparar cualquier daño al medio ambiente provocado por las fuerzas armadas federales, de conformidad con el derecho internacional aplicable.

42. Alemania se refirió de forma específica a la protección de la tierra y los recursos hídricos. Los accidentes que afectaran, por ejemplo, a los depósitos de campaña y que causaran o pudieran causar daños ambientales, especialmente la contaminación del suelo o del agua, debían documentarse en un informe sobre la situación ambiental.

43. Finlandia informó de que, por lo general, la legislación finlandesa en materia ambiental apenas tenía fuerza vinculante fuera del territorio del país, si bien en ciertos casos los ciudadanos finlandeses podían estar sujetos al derecho penal nacional cuando se encontraban en el extranjero⁵⁹. Conforme a la política en materia ambiental de las fuerzas armadas de Finlandia, el nivel de protección del medio ambiente que su ejército intentaba aplicar cuando gestionaba una crisis militar era el mismo que cuando actuaba en territorio finlandés⁶⁰. Además, se respetaba el derecho ambiental del Estado receptor. Según explicó Finlandia, se había escogido cuidadosamente la palabra «respetar» porque no implicaba que la legislación local fuera aplicable en todos los casos. El principio seguido era que «la operación era lo primero», lo que significaba que, en condiciones difíciles, podía estar justificado un nivel inferior de protección ambiental. En opinión de Finlandia, esta interpretación se basaba en la doctrina de la OTAN y era la que aplicaban, por ejemplo, las fuerzas armadas de los Estados Unidos de América.

⁵⁸ MC 469/1.

⁵⁹ Nota verbal de 30 de enero de 2015 de la Misión Permanente de Finlandia ante las Naciones Unidas, dirigida a la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría.

⁶⁰ Norma ISO 14001 de la Organización Internacional de Normalización. Véase también *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párrs. 31 a 33. Para más información sobre las normas 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/theiso14000family_2009.pdf.

⁵⁶ Nota verbal de 13 de febrero de 2015 dirigida a la Secretaría de la Comisión por la Misión Permanente de la República Checa ante las Naciones Unidas.

⁵⁷ Nota verbal de 4 de febrero de 2015 dirigida a la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría por la Misión Permanente de la República Federal de Alemania ante las Naciones Unidas. Alemania también hizo referencia a su nota verbal núm. 475/2013 (véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párr. 22).

44. Finlandia nunca había optado por exigir la aplicación de su derecho ambiental a sus fuerzas desplegadas, pero sí esperaba un nivel de compromiso equivalente, siempre que fuera posible. Se señaló que tal aplicación presentaba dificultades prácticas, ya que el control reglamentario imperante en Finlandia se basaba en gran medida en un sistema de permisos.

45. A la segunda cuestión planteada por la Comisión, Finlandia respondió que había muchos documentos que favorecían la protección del medio ambiente durante los conflictos armados. Se hizo referencia a la doctrina de la OTAN y los Acuerdos de Normalización, por lo que respecta a la inclusión de los temas ambientales en la planificación operativa, y también a la parte educativa de los cursos de formación de la OTAN⁶¹.

46. Los Estados Unidos, Finlandia y Suecia habían colaborado en la elaboración de un manual (guía conjunta) sobre la política ambiental en las operaciones militares⁶². Finlandia también acogía una conferencia bianual sobre la defensa y el medio ambiente.

47. El Perú comunicó que no había promulgado ninguna legislación nacional que tratase de forma explícita la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados⁶³. Tampoco era parte en ningún convenio internacional que se ocupase explícitamente del tema, ni había participado en ninguna controversia internacional en ese ámbito.

48. En referencia a la resolución 56/4 de la Asamblea General, de 5 de noviembre de 2001, en la que esta había declarado el 6 de noviembre Día Internacional para la Prevención de la Explotación del Medio Ambiente en la Guerra y los Conflictos Armados, el Perú señaló que dicha resolución se inspiraba en el principio de que debía protegerse el medio ambiente contra los daños que, en tiempos de conflicto armado, afectaban a los ecosistemas y los recursos naturales durante largo tiempo, a menudo mucho después de terminado el conflicto. Esos daños afectaban la sostenibilidad reconocida en los instrumentos internacionales en los que el Perú era parte, como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (en adelante, la Convención sobre el Patrimonio Mundial), el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

49. Habida cuenta de que el marco que obliga al respeto del medio ambiente en tiempo de paz estaba suficientemente consolidado, el Perú propuso que, para tratar el tema de la protección ambiental, se analizaran los Convenios

de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra de conformidad con el marco nacional e internacional relativo a la protección del medio ambiente. Se deberían tomar en consideración los tratados relativos al tráfico de armas en tiempo de guerra y sus consecuencias para los instrumentos antes mencionados, así como su repercusión directa en los seres humanos, el medio ambiente, los ecosistemas, la salud pública y la sostenibilidad.

50. El Perú observó que en el análisis de las consecuencias para el medio ambiente debían evaluarse todos los impactos negativos, entre ellos, la contaminación provocada por las fugas de combustible y sustancias químicas procedentes de las bombas; el saqueo indiscriminado de los recursos naturales por los contingentes armados; el peligro que las minas representaban para las tierras, las viviendas y la vida; las municiones sin detonar y los restos de guerra; y los efectos negativos de los movimientos masivos de población para el agua, la biodiversidad y los ecosistemas. El Perú señaló que el desplazamiento masivo de personas en las zonas de conflicto había causado una grave deforestación, la degradación del suelo y una excesiva explotación de los recursos hídricos subterráneos en las inmediaciones de los mayores campamentos para desplazados.

51. Las nuevas tecnologías suponían amenazas desconocidas para el medio ambiente, factor que también era preciso tener en cuenta. El Perú subrayó que las partes que participaban en las hostilidades tenían la responsabilidad de observar las normas y acuerdos internacionales, como los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra, que regulaban el desarrollo de la guerra. Algunas de esas normas, como la prohibición de destruir deliberadamente terrenos agrícolas, eran importantes para el medio ambiente.

52. El Perú destacó su compromiso de tener presentes las recomendaciones de la Relatora Especial con la finalidad de aplicar los principios de prevención y precaución durante los conflictos armados. Esos principios estaban reconocidos, no solo en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)⁶⁴ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁶⁵, sino también en la Constitución de 1993 (actualmente en vigor), que consagraba el principio de la sustentabilidad, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y la protección de la diversidad biológica; en la Política Nacional de Medio Ambiente, cuyo objetivo era asegurar el respeto a los recursos naturales; y en la legislación ambiental detallada a través de los programas nacionales de protección del medio ambiente.

53. El Perú proporcionó una lista no exhaustiva de normas que podían ser relevantes al trabajo de la Relatora Especial. La lista abarcaba legislación interna (la

⁶¹ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párrs. 45 y 46.

⁶² *Guía Ambiental de Operaciones Militares*, marzo de 2008, disponible en www.defmin.fi/files/1256/Guidebook_final_printing_version.pdf. Véase también *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párr. 40 y nota 72.

⁶³ Nota verbal de 24 de febrero de 2015 de la Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas, dirigida a la Secretaría.

⁶⁴ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (A/CONF.48/14/Rev.1) (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.73.II.A.14), cap. I.

⁶⁵ *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.

Ley que regula el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos y el Reglamento Nacional de Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos (que incluye el transporte de armamento)), un tratado regional (el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco)) y varios acuerdos multilaterales, como el Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua, el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, y el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares.

54. La República de Corea presentó información sobre su legislación nacional y los acuerdos internacionales pertinentes en los que era parte⁶⁶. La Ley de Defensa Nacional y Proyectos de Instalaciones Militares exigía la obtención de permisos y la presentación de informes con arreglo a la Ley para la Conservación del Aire Puro y la Ley de Protección de los Bosques. En virtud de la Ley de Evaluación del Impacto Ambiental, las actividades de defensa nacional y los proyectos de instalaciones militares estaban sujetos a una evaluación ambiental (Evaluación Estratégica Ambiental).

55. El Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas, firmado inicialmente entre la República de Corea y los Estados Unidos en 1966⁶⁷, no contenía ninguna disposición relativa a la protección del medio ambiente. No obstante, en 2001 se anexaron disposiciones ambientales a los acuerdos complementarios del Acuerdo principal. Con ello se quería reflejar la creciente preocupación por el medio ambiente y, en especial, por la contaminación ambiental derivada de las bases militares estadounidenses. Además, ese mismo año se aprobó el Memorando Especial de Entendimiento sobre Protección Ambiental, en el que se recogían medidas expresas para remediar la contaminación que representara un riesgo conocido, grave e inminente para la salud humana.

56. Por otro lado, la República de Corea señaló que el Reglamento de Servicio del Personal Militar imponía a este personal, en el desempeño de sus funciones, la obligación de proteger el ecosistema y el medio ambiente natural y aplicar medidas para prevenir la contaminación ambiental. Conforme al Reglamento, los mandos estaban obligados a dar directrices al personal militar para que velasen por la protección del medio ambiente. A modo de conclusión, la República de Corea hizo referencia a su Constitución, conforme a la cual las normas generalmente aceptadas del derecho internacional tenían el mismo efecto que el derecho interno. En consecuencia, eran de aplicación el artículo 35, párr. 3, y el artículo 55 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

⁶⁶ Nota verbal de 19 de febrero de 2015 dirigida a la Secretaría por la Misión Permanente de la República de Corea ante las Naciones Unidas.

⁶⁷ Seúl, 9 de julio de 1966. Disponible en www.usfk.mil/About/SOFA/.

57. En su respuesta⁶⁸, España señaló que no poseía ningún instrumento legislativo que regulase específicamente la cuestión planteada por la Comisión, y que no era parte en ningún tratado internacional sobre la materia.

58. España observó que la única alusión al conflicto armado en la normativa ambiental interna se contenía en la Ley núm. 26/2007, de 23 de octubre de 2007, de Responsabilidad Medioambiental⁶⁹. La Ley regulaba la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con la Constitución y con los principios de prevención y de que quien contamina, paga. La Ley excluía expresamente los daños medioambientales derivados de un conflicto armado, sin distinguir si era o no internacional. Por otra parte, también estaban excluidas las actividades cuyo principal propósito fuera servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, y las actividades cuyo único propósito fuera la protección contra los desastres naturales.

59. España señaló que su Código Penal tipificaba una serie de conductas como delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y delitos relativos a la protección de la flora y fauna. En el capítulo relativo a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, se disponía que quien, con ocasión de un conflicto armado, empleara u ordenara emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundamentalmente cupiera prever que causarían daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordenara no dar cuartel, sería castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que correspondiera por los resultados producidos. España informó además de que no existía jurisprudencia nacional sobre la materia derivada de esa legislación.

60. En su respuesta⁷⁰, el Reino Unido se refirió a los distintos Acuerdos de Normalización que establecían la doctrina de la OTAN en materia de protección ambiental. A modo de ejemplo, se mencionaron el Acuerdo de Normalización núm. 2581 sobre principios de protección ambiental y normas de las instalaciones militares en las operaciones de la OTAN y principios de protección ambiental y mejores prácticas para los campamentos de la OTAN⁷¹ en las operaciones militares, y el Acuerdo de Normalización núm. 2594 sobre mejores prácticas de protección ambiental para la sostenibilidad de las zonas de instrucción militar⁷². El Reino Unido también se refirió a su doctrina militar y a su manual sobre el derecho de los conflictos armados, publicado por el Ministerio de Defensa⁷³.

⁶⁸ Nota verbal de 17 de marzo de 2015 de la Misión Permanente de España ante las Naciones Unidas, dirigida a la Secretaría.

⁶⁹ España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 255, 24 de octubre de 2007, pág. 43229.

⁷⁰ Carta de 18 de febrero de 2015 dirigida al Secretario General por la Misión Permanente del Reino Unido ante las Naciones Unidas dirigida al Secretario General.

⁷¹ OTAN, 14 de julio de 2010, NSA(JOINT)0769(2010)EP/25/81.

⁷² OTAN, 31 de marzo de 2014, NSA(JOINT)0413(2014)EP/2594.

⁷³ Véase *Joint NATO doctrine for environmental protection during NATO-LED military activities*, 6ª ed., 15 de mayo de 2014, y el *Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, disponible en www.gov.uk/government/collections/.

CAPÍTULO V

Práctica de los Estados y las organizaciones internacionales

61. Durante el debate en la Sexta Comisión, varios Estados se refirieron a sus legislaciones, reglamentos y jurisprudencia e hicieron consideraciones sobre política ambiental en relación con los conflictos armados. Por ejemplo, Nueva Zelanda señaló que estaba en preparación un proyecto de manual sobre el derecho de los conflictos armados, que incluía disposiciones sobre la relación entre la protección del medio ambiente y los conflictos armados, y que debía reemplazar el manual militar de Nueva Zelanda, de 1992. Este ya contenía disposiciones sobre la protección del medio ambiente frente a los daños extensos, duraderos y graves. Una vez concluido el nuevo manual, sus disposiciones tendrían el carácter de mandatos emitidos por el Jefe de las Fuerzas de Defensa, conforme a la Ley de Defensa de 1990⁷⁴.

62. El Perú indicó en sus observaciones a la Sexta Comisión que su Constitución reconocía los principios de precaución y prevención, y también consagraba el desarrollo sustentable y el derecho a un medio ambiente equilibrado, así como la protección de la diversidad biológica⁷⁵.

63. Malasia subrayó en su declaración a la Comisión que las medidas para proteger y preservar el medio ambiente en el ámbito administrativo y operacional de las fuerzas armadas de Malasia se basaban por lo general en la legislación interna, en especial en la Ley de Calidad del Medio Ambiente, de 1974, y en otras normas encaminadas a su aplicación efectiva, como la Ley Nacional de Bosques, de 1984, y la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, de 2010. Además, las fuerzas armadas de Malasia estaban examinando algunas de sus reglas de enfrentamiento, y se estaban tomando medidas para incorporar disposiciones que velasen por la protección del medio ambiente, por ejemplo, procedimientos de almacenamiento y eliminación de combustible, aceites y lubricantes, la eliminación de desechos en el terreno, la prohibición de cazar fauna silvestre en zonas operacionales y la gestión adecuada de las tierras militares a fin de limitar la degradación ambiental⁷⁶.

64. Polonia facilitó información sobre las normas nacionales promulgadas, como el Decreto del Ministro de Defensa Nacional en el que se enumeraban los órganos con funciones de supervisión para garantizar la protección del medio ambiente. Anualmente se elaboraban informes sobre el cumplimiento de estas exigencias por las unidades de las fuerzas armadas de Polonia⁷⁷.

65. Hungría observó que, además de ser parte en varios tratados internacionales que, directa o indirectamente, velaban por la protección del medio ambiente durante los

conflictos armados, como el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, la Convención sobre el Patrimonio Mundial, la Convención sobre la Modificación Ambiental y el Estatuto de Roma, las normas pertinentes de la OTAN se consideraban legislación primaria de aplicación directa. Con objeto de satisfacer los principios y requisitos contenidos en esos instrumentos, el Ministerio de Defensa había elaborado una doctrina para la protección del medio ambiente, en la que se establecía un sistema integral de tareas encaminadas a la protección ambiental que se basaba en las leyes nacionales y de la UE, así como en las normas de la OTAN⁷⁸.

66. Rumania observó que el Comité Encargado de Administrar el Mecanismo para Promover la Aplicación y el Cumplimiento del Convenio de Basilea [sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación] podría resultar útil para acceder a información complementaria sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales⁷⁹.

67. Además de la información sobre la práctica de los Estados facilitada por varios de ellos en respuesta directa a la invitación de la CDI y durante el debate de la Sexta Comisión, la Comisión y la Relatora Especial recibieron información en relación con el informe preliminar que esta última había publicado en 2014⁸⁰. Esto reforzó la convicción de la Relatora Especial de que un número considerable de Estados tenían leyes o reglamentaciones en vigor destinadas a proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados⁸¹. La Relatora Especial está muy agradecida por la útil información proporcionada hasta el momento, y espera que aún más Estados ofrezcan ejemplos similares sobre sus prácticas respectivas.

A. Información complementaria sobre la práctica de los Estados

68. Además de la información transmitida por los Estados en sus declaraciones a la Sexta Comisión y en respuesta a la solicitud formulada en su informe anual por la CDI, se puede obtener información sobre la práctica de los Estados en la página web del CICR. La página web del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario contiene información muy amplia sobre la codificación, interpretación y aplicación del derecho internacional humanitario por los Estados. Se trata de fuentes secundarias y, a los efectos del presente informe, como tal debe tratarse, habida cuenta de que la Relatora Especial no ha podido evaluar la información original facilitada por los Estados al CICR. El propio CICR se acoge a un descargo cautelar de responsabilidad, aunque más centrado en la exhaustividad de la información que en su

⁷⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, Nueva Zelanda, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27)*, párr. 2.

⁷⁵ *Ibid.*, Perú, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 126.

⁷⁶ *Ibid.*, Malasia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 49 y declaración archivada en la División de Codificación.

⁷⁷ *Ibid.*, Polonia, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 61.

⁷⁸ *Ibid.*, Hungría, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 38.

⁷⁹ *Ibid.*, Rumania, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 86.

⁸⁰ Puede consultarse la práctica de unos diez Estados y la de algunas organizaciones regionales como la OTAN en *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, caps. III y IV.

⁸¹ Véase también *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párr. 24.

contenido⁸². Por otra parte, la información disponible en la página web es demasiado importante como para no tenerla en cuenta. A los fines del presente informe, parece suficiente centrarse en la práctica de los Estados en la que se ha basado el CICR para desarrollar las tres normas de su estudio sobre el derecho consuetudinario que regulan la protección del medio ambiente, es decir, las normas 43 a 45⁸³.

69. La práctica más extendida se refiere a la obligación de no causar daños extensos, duraderos y graves y a la Convención sobre la Modificación Ambiental. La práctica relativa a la aplicación de los principios generales sobre la conducción de las hostilidades al medio ambiente natural (norma 43) es más limitada; según se informa, solo diez Estados han incluido esas instrucciones en sus manuales militares⁸⁴. Sin embargo, la legislación nacional está más extendida, pues son 23 los Estados que afirmaron haber promulgado normativa de esa naturaleza⁸⁵.

70. En cuanto a la práctica relativa a la debida consideración por el medio ambiente natural en las operaciones militares (norma 44), nueve Estados han incluido las instrucciones pertinentes en sus manuales militares⁸⁶. Solo uno ha promulgado legislación nacional sobre esta cuestión⁸⁷.

71. La supuesta práctica en relación con la norma 45 (causar graves daños al medio ambiente natural) es más amplia. La información se divide en dos secciones. La primera se refiere a los daños extensos, duraderos y graves, y la segunda a las técnicas de modificación ambiental, es decir, a la Convención sobre la Modificación Ambiental. Según la información proporcionada, al menos 26 Estados han regulado en sus manuales militares la protección del medio ambiente en relación con los daños extensos, duraderos y graves⁸⁸, y alrededor de 36 han promulgado legislación al respecto⁸⁹.

⁸² El CICR incluye el siguiente descargo de responsabilidad: «El contenido de la [base de datos sobre la aplicación nacional], ya se trate de legislación o de jurisprudencia, procede de la información recogida por el servicio asesor y enviada a él por los Estados. Por ello, aunque su contenido no es necesariamente exhaustivo, ofrece un panorama general de las medidas adoptadas por los Estados en aplicación del derecho internacional humanitario» (www.icrc.org/ihl-nat). La Relatora Especial también observa algunas incoherencias en la forma de suministrar la información.

⁸³ El texto de esas normas puede consultarse en Henckaerts, «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados», pág. 35.

⁸⁴ Australia, Bélgica, Burundi, Chad, Côte d'Ivoire, Estados Unidos, Italia, México, Países Bajos y Reino Unido.

⁸⁵ Alemania, Australia, Bélgica, Burundi, Canadá, Congo, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Georgia, Iraq, Irlanda, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, República Checa, República Democrática del Congo, Senegal y Sudáfrica.

⁸⁶ Australia, Burundi, Camerún, Côte d'Ivoire, Estados Unidos, Países Bajos, Reino Unido, República de Corea y Ucrania.

⁸⁷ Dinamarca.

⁸⁸ Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Benin, Burundi, Canadá, Chad, Colombia, Côte d'Ivoire, España, Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia, Italia, Kenya, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Reino Unido, República Centroafricana, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Togo y Ucrania. La Relatora Especial ha omitido la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia.

⁸⁹ Alemania, Armenia, Australia, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Burundi, Canadá, Colombia, Congo, Croacia,

72. Por lo que respecta a la segunda parte de la norma (Convención sobre la Modificación Ambiental), 15 Estados han incluido instrucciones en sus manuales militares⁹⁰ y 3 Estados han promulgado leyes nacionales al respecto⁹¹.

73. Solo se ha informado de un caso en la jurisprudencia nacional, el denominado caso del *agente naranja* en los Estados Unidos⁹².

74. La página web del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario también hace referencia a la práctica pertinente de los Estados en relación con otras normas contenidas en su estudio sobre el derecho consuetudinario⁹³. Más que un panorama general, la página web ofrece ejemplos concretos de la práctica de los Estados. Es de especial interés la práctica asociada al principio de precauciones en el ataque y al principio de proporcionalidad. Los Estados Unidos han observado que estos dos principios ayudan a proteger los recursos naturales de los daños colaterales⁹⁴. Al parecer, varios Estados cuentan con manuales militares que les exigen reunir información sobre el medio ambiente natural en el marco del principio de precauciones en el ataque⁹⁵. Por lo menos dos Estados han establecido una conexión entre la protección de obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y la protección del medio ambiente⁹⁶. Los Estados Unidos consideran que

Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Etiopía, Federación de Rusia, Georgia, Irlanda, Kazajstán, Kirguistán, Malí, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Reino Unido, República de Corea, República de Moldova, Serbia, Sudáfrica, Tayikistán, Ucrania, Uruguay y Viet Nam. La Relatora Especial ha omitido la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia.

⁹⁰ Alemania, Australia, Burundi, Canadá, Chad, España, Federación de Rusia, Francia, Indonesia, Israel, Nueva Zelanda, Países Bajos, República de Corea, Sierra Leona y Sudáfrica.

⁹¹ Dinamarca, Senegal y Uruguay.

⁹² *Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin et al. v. Dow Chemical Co. et al.* (Tribunal de Distrito, Distrito Este de Nueva York), memorando, orden y sentencia de 28 de marzo de 2005, 373 F. Sup. 2d 7 (2005), confirmada por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, sentencia de 22 de febrero de 2008, 517 F. 3d 76 (2008).

⁹³ Esa información se refiere a la norma 8 (definición de objetivos militares), norma 12 (definición de ataques indiscriminados), norma 14 (proporcionalidad en el ataque), norma 15 (principio de precauciones en el ataque), norma 17 (elección de los medios y métodos de guerra), norma 42 (obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas), norma 50 (destrucción o confiscación de los bienes de un adversario), norma 51 (bienes públicos y privados en territorio ocupado), norma 54 (ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil), norma 70 (armas de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios), norma 71 (armas de tal índole que sus efectos sean indiscriminados), norma 74 (armas químicas), norma 75 (sustancias antidisturbios), norma 76 (herbicidas), norma 84 (protección de los civiles y los bienes de carácter civil contra los efectos de las armas incendiarias) y norma 147 (represalias contra los bienes protegidos). Puede consultarse la práctica pertinente de los Estados en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2>.

⁹⁴ Departamento de Defensa de los Estados Unidos, Informe al Congreso sobre Políticas y Procedimientos Internacionales relativos a la Protección de los Recursos Naturales y Culturales en Tiempo de Guerra, 19 de enero de 1993, pág. 202.

⁹⁵ Australia, Benin, Perú, República Centroafricana y Togo. En el manual de Kenya se establece un requisito similar para evaluar los efectos de las armas y municiones.

⁹⁶ El Manual de Israel sobre las Normas de la Guerra (2006) establece como norma del derecho consuetudinario la «prohibición de atacar instalaciones si con ello se causan daños al medio ambiente», y, en virtud del Código Penal de Lituania (1961), en su versión modificada de 1998, constituye un crimen de guerra llevar a cabo «un ataque militar contra un bien que represente una grave amenaza para el medio

debe otorgarse a los recursos naturales una protección equivalente a la de los bienes de carácter civil, por lo que serían inmunes a los ataques intencionados, si bien ese mismo Estado ha calificado los recursos naturales como objetivos legítimos cuando puedan ser de utilidad para el enemigo⁹⁷. En cuanto a las situaciones de ocupación, el manual del Reino Unido prohíbe explícitamente la destrucción generalizada del medio ambiente natural que no esté justificada por necesidades militares⁹⁸.

75. Al menos cinco Estados⁹⁹ han adoptado en sus manuales militares una formulación muy similar a la del artículo 2, párr. 4, del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III) de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Convención sobre Ciertas Armas Convencionales), mientras que en su manual el Camerún da un paso más al declarar expresamente que no pueden utilizarse armas incendiarias contra el medio ambiente.

76. Los manuales militares de algunos Estados, como Alemania, Australia, el Canadá, el Chad, Côte d'Ivoire, Croacia, España, Hungría, Italia, Nueva Zelanda, los Países Bajos, el Perú, el Reino Unido y Ucrania, prohíben expresamente las represalias que tengan como objetivo el medio ambiente natural.

B. Boletín del Secretario General sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas

77. El Secretario General promulgó en 1999 un Boletín sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas¹⁰⁰. Este contiene una referencia a la protección del medio ambiente, que repite la formulación del artículo 35, párr. 3, del Protocolo Adicional I¹⁰¹. En opinión de una autora, es cuestionable que las normas sobre protección del medio ambiente tuvieran carácter de derecho consuetudinario en el momento de promulgarse el Boletín, pero, un decenio después, o ya eran derecho internacional consuetudinario o estaban en proceso de serlo¹⁰². La autora señala que la prohibición del empleo de métodos de combate que tengan por objeto causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, o la destrucción de

ambiente y las personas (una central nuclear, una presa, un almacén de sustancias peligrosas u otros productos similares), a sabiendas de que puede acarrear consecuencias de extrema gravedad».

⁹⁷ Departamento de Defensa de los Estados Unidos (nota 94 *supra*), págs. 202 y 204.

⁹⁸ Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (nota 73 *supra*), párr. 11.91.

⁹⁹ Alemania, Australia, Canadá, Côte d'Ivoire y Federación de Rusia.

¹⁰⁰ ST/SGB/1999/13, de 6 de agosto de 1999.

¹⁰¹ La única diferencia es la omisión en el Boletín de la frase «medios de guerra». La sección 6.3 dispone lo siguiente: «Se prohíbe a la fuerza de las Naciones Unidas utilizar métodos de guerra que puedan causar lesiones o sufrimientos innecesarios o que puedan producir, o pueda preverse que produzcan, daños extensos, duraderos y graves al medio natural».

¹⁰² Shraga, «The Secretary-General's Bulletin on the Observance by the United Nations Forces of International Humanitarian Law: A Decade Later», pág. 368. La autora fue Asesora Jurídica Principal de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas.

los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, así como los ataques a instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando dichos ataques puedan provocar la liberación de esas fuerzas y, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, era innovadora en el momento de adoptarse en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra y seguía siéndolo en el momento de su inclusión en el Boletín. La misma autora recalca que, en vista de su importancia para la supervivencia humana y de las previsibles consecuencias catastróficas que su violación conllevaría para el medio ambiente natural y la población civil en su conjunto, se habían incluido las tres prohibiciones en el Boletín, a sabiendas de que no habían alcanzado el rango de derecho internacional consuetudinario, como afirmación del compromiso de las Naciones Unidas de respetar los principios más exigentes del derecho internacional humanitario en la conducción de sus operaciones militares¹⁰³.

78. Casi un decenio más tarde, las Naciones Unidas habían elaborado políticas ambientales para sus operaciones de paz mediante su política ambiental para las misiones de las Naciones Unidas sobre el terreno (junio de 2009). Unos años después, en 2012, el PNUMA, el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno presentaron un informe conjunto, titulado *Greening the Blue Helmets*¹⁰⁴. El informe partía de la base de que las Naciones Unidas deben predicar con el ejemplo en sus operaciones de mantenimiento de la paz. En este sentido, establecía casos de prácticas y conductas positivas y señalaba la posible contribución de las operaciones de mantenimiento de la paz a la promoción de las capacidades nacionales para mejorar la gestión del medio ambiente¹⁰⁵. Dado que el presente informe se centra en el derecho de los conflictos armados, baste con mencionar aquí la labor más amplia realizada por las Naciones Unidas en el contexto de las operaciones de mantenimiento de la paz. Existen razones para retomar el examen de esta labor en un informe posterior¹⁰⁶.

C. Resoluciones del Consejo de Seguridad

79. El Consejo de Seguridad se ha ocupado en muchas de sus resoluciones de la protección del medio ambiente y los recursos naturales en relación con los conflictos armados. A 31 de diciembre de 2014, el Consejo había aprobado 2.195 resoluciones, de las que 242 (el 11 %)

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 371. La aplicabilidad del derecho en materia de ocupación no se aborda en el Boletín del Secretario General (véase *ibid.*, pág. 375).

¹⁰⁴ *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations* (PNUMA, 2012). Puede encontrarse información sobre la labor realizada por las Naciones Unidas en <http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/environment/approach.shtml>. Uno de los documentos básicos en ese sentido es el *Environmental Guidebook for Military Operations* (2008). Se trata de una guía no vinculante que ofrece a los responsables de la planificación operativa «las herramientas necesarias para integrar las consideraciones de índole ambiental en todo el ciclo de vida de la operación».

¹⁰⁵ *Greening the Blue Helmets*, pág. 5. Otro tema clave es «el papel que las operaciones de mantenimiento de la paz desempeñan a la hora de estabilizar los países donde los conflictos violentos se financian mediante los recursos naturales».

¹⁰⁶ Para una recapitulación de la labor realizada por las Naciones Unidas, véase, por ejemplo, Sancin, «Peace Operations and the Protection of the Environment», págs. 187 a 207.

se referían de un modo u otro a los recursos naturales¹⁰⁷. Esto es prueba indudable de la conexión entre la amenaza a la paz y la seguridad internacionales y la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

80. De esas 242 resoluciones, tan solo unas cuantas abordan de manera explícita la contaminación o el expolio del medio ambiente en tiempos de guerra. Entre ellas cabe mencionar la resolución 540 (1983), en la medida en que se refiere a la obligación de no dañar el medio marino durante la guerra entre la República Islámica del Irán y el Iraq, y la resolución 687 (1991), relativa a la supuesta responsabilidad por los daños ambientales resultantes de la invasión ilícita y ocupación ilegal de Kuwait por el Iraq. En este contexto, es también conveniente mencionar la resolución 661 (1990).

81. A raíz de la creación, en virtud de las resoluciones 687 (1991) y 692 (1991) del Consejo de Seguridad, de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas con el mandato de dirimir reclamaciones, incluidas las de índole ambiental, cabe citar otras resoluciones que son indirectamente pertinentes, a saber, las resoluciones 986 (1995), 1153 (1998), 1483 (2003) y 1546 (2004), en la medida en que guardan relación con el funcionamiento general de dicha Comisión. Estas resoluciones se examinarán en un informe futuro relativo a la etapa posterior a los conflictos.

82. El Consejo de Seguridad ha condenado en varias ocasiones los ataques contra las instalaciones petrolíferas, los oleoductos y gasoductos, y otras instalaciones¹⁰⁸. En algunas resoluciones, el Consejo ha aludido a la necesidad de proteger las instalaciones petrolíferas, aunque sin hacer referencia directa a la protección del medio ambiente¹⁰⁹.

83. El Consejo de Seguridad ha abordado en muchas resoluciones la utilización de los recursos naturales (oro, diamantes, minerales, carbón vegetal y adormidera, entre otros) en la financiación de los conflictos armados. El caso del Afganistán destaca sobre los demás. Aunque muchas resoluciones se enmarcan en el contexto del terrorismo y la violencia¹¹⁰, también son un indicativo del papel que los recursos naturales desempeñan en la financiación del terrorismo y los conflictos armados.

84. El Consejo de Seguridad ha tratado en numerosas ocasiones la cuestión del patrimonio natural y los recursos naturales en el contexto del conflicto de la República Centroafricana y la República Democrática del Congo. En la resolución 2121 (2013), condenó la devastación del patrimonio natural y observó que el furtivismo y el tráfico de fauna y flora silvestres eran dos de los factores

que alimentaban la crisis de la República Centroafricana (párr. 16). En la resolución 2127 (2013), aprobada unos meses más tarde, condenó la explotación ilícita de los recursos naturales de la República Centroafricana, que contribuía a perpetuar el conflicto. Por otra parte, su resolución 2134 (2014) contenía disposiciones por las que se sancionaba a las personas que prestaran apoyo a grupos armados o a redes delictivas mediante la explotación ilícita de los recursos naturales, incluidos los diamantes, las especies silvestres y los productos de especies silvestres, en la República Centroafricana (párr. 37, apdo. d). Por último, en la resolución 2149 (2014), el Consejo concluyó que una de las tareas prioritarias en el marco del mandato de la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Centroafricana debía ser asesorar a las autoridades de transición sobre sus esfuerzos para evitar que los grupos armados explotasen los recursos naturales (párr. 31, apdo. d).

85. Por lo que respecta a la República Democrática del Congo, se han aprobado varias resoluciones relativas a los recursos naturales y el medio ambiente. Por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad 1291 (2000), 1304 (2000), 1323 (2000), 1332 (2000), 1376 (2001), 1991 (2011), 2021 (2011) y 2053 (2012) se refieren a los recursos naturales del país y expresan la preocupación del Consejo por la explotación de esos recursos. A partir de febrero de 2001 cambió el tono de las resoluciones sobre la República Democrática del Congo, para centrarse en el saqueo (o pillaje) de sus recursos naturales durante los conflictos armados¹¹¹.

86. El vínculo existente entre los recursos naturales y los conflictos armados también se ha puesto de relieve en las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Liberia¹¹², Libia¹¹³, Sierra Leona¹¹⁴ y Somalia¹¹⁵. En relación con determinados temas, las resoluciones sobre el proceso de Kimberley¹¹⁶, al igual que las relativas a los vínculos entre la explotación ilegal de los recursos naturales y la proliferación del tráfico de armas¹¹⁷, han subrayado la importancia de los recursos naturales y la protección del medio ambiente natural durante los conflictos armados.

¹¹¹ Véanse, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad 1341 (2001), 1457 (2003), 1499 (2003), 1533 (2004), 1565 (2004) y 1592 (2005). Cabe señalar en este sentido que, aunque el Consejo de Seguridad no lo mencione expresamente en su resolución, el pillaje y el saqueo de esta naturaleza constituyen un crimen de guerra; véanse, por ejemplo, el artículo 6, apdo. b, del Acuerdo concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo (Estatuto de Núremberg), el artículo 3, apdo. e, del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, (resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993)) y el artículo 33 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV).

¹¹² Resoluciones del Consejo de Seguridad 1343 (2001) (sobre Sierra Leona, pero cita Liberia), 1408 (2002) y 1478 (2003).

¹¹³ Véase la resolución 2146 (2014) del Consejo de Seguridad, por la que se prohíbe la exportación ilícita de petróleo crudo y se salvaguardan los recursos nacionales del país, y la resolución 2174 (2014), que prevé sanciones contra las personas que presten apoyo a los grupos armados mediante la exportación ilícita de petróleo crudo o cualquier otro recurso natural.

¹¹⁴ Resolución 1306 (2000) del Consejo de Seguridad.

¹¹⁵ Resoluciones del Consejo de Seguridad 2036 (2012), 2060 (2012), 2111 (2013) y 2124 (2013).

¹¹⁶ Resolución 1459 (2003) del Consejo de Seguridad, en la que se observa que los diamantes contribuyen a intensificar los conflictos.

¹¹⁷ Resolución 2117 (2013) del Consejo de Seguridad.

¹⁰⁷ Además de las ya mencionadas, muchas otras resoluciones hacen referencia a los recursos naturales después de los conflictos; estas no se citan aquí, ya que el presente informe se centra principalmente en las acciones *in bello*.

¹⁰⁸ Resoluciones del Consejo de Seguridad 2046 (2012), 2051 (2012) y 2155 (2014).

¹⁰⁹ Resoluciones del Consejo de Seguridad 2046 (2012), 2075 (2012) y 2156 (2014).

¹¹⁰ Resoluciones del Consejo de Seguridad 1746 (2007), 1806 (2008), 1817 (2008), 1917 (2010), 1974 (2011), 2041 (2012), 2069 (2012), 2096 (2013) y 2160 (2014). Otras resoluciones anteriores, como las resoluciones 1659 (2006), 1662 (2006) y 1868 (2009), no son tan explícitas sobre la importancia de la adormidera en la financiación de los talibanes y de Al-Qaida. También cabe señalar que las resoluciones citadas son solo un recuento parcial de las resoluciones aplicables al Afganistán.

87. En conclusión, aunque muchas de las resoluciones se refieren a asuntos que no corresponden al ámbito del presente tema y pese a que varias de las resoluciones pertinentes guardan relación principalmente con la fase posterior a los conflictos, que se abordará en el próximo informe, la cantidad ingente de ellas es prueba más que suficiente de la importancia que el Consejo de Seguridad concede a la protección ambiental durante los conflictos armados.

D. Otras organizaciones

88. Como se indicó en el informe preliminar, la OTAN tiene un gran empeño en integrar las consideraciones ambientales tanto en su planificación operativa como en su actuación durante las misiones¹¹⁸. Los Estados miembros están obligados a cumplir los Acuerdos de Normalización de la OTAN. Los denominados Estados asociados suelen adherirse a las mismas normas, en parte por principio y en parte en aras de la interoperabilidad. Algunos Estados miembros y Estados asociados de la OTAN se refirieron a esta cuestión en sus declaraciones a la Sexta Comisión y en sus respuestas a la CDI¹¹⁹.

89. La UE también ha adoptado principios y normas con miras a reducir el impacto ambiental de las operaciones militares. Los Estados miembros acordaron en 2012, por primera vez, un concepto militar de la UE sobre protección ambiental y eficiencia energética en las operaciones militares dirigidas por dicha organización¹²⁰, cuyo objetivo era establecer los principios y responsabilidades que garantizasen el cumplimiento de los requisitos en materia de protección ambiental durante esas operaciones militares. El concepto militar pretende proporcionar directrices estratégicas para que la protección ambiental se tenga presente en todas las fases de las operaciones militares dirigidas por la UE. Contempla igualmente la protección de los bienes culturales¹²¹.

¹¹⁸ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párrs. 45 y 46.

¹¹⁹ Véase *ibíd.*, Alemania (párr. 22), Dinamarca (párr. 30), Finlandia (párr. 32) y la OTAN (párrs. 45 y 46). Véanse también a las respuestas ya citadas en este informe de Alemania (párr. 40), Finlandia (párr. 45) y el Reino Unido (párr. 60). Hungría también se refirió a los Acuerdos de Normalización de la OTAN y otros documentos pertinentes en su declaración a la Sexta Comisión en el sexagésimo noveno período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 24ª sesión, (A/C.6/69/SR.24), párr. 38 (véase el párrafo 65 *supra*).

¹²⁰ «European Union Military Concept on Environmental Protection and Energy Efficiency for European Union-led Military Operations» (EEAS 13758/12, 14 de septiembre de 2012). La preocupación de la Comunidad Europea por este asunto se remonta a una época en la que la Unión Europea (en ese momento, las Comunidades Europeas) no contaba con ningún componente militar. Véase, por ejemplo, Bothe y otros, *Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*.

¹²¹ Véase un análisis del concepto en Fischhaber, «Military Concept on Environmental Protection and Energy: Efficiency for EU-led

Asimismo, el 19 de diciembre de 2014, el Comité Militar de la Unión Europea adoptó un concepto para las operaciones y misiones militares dirigidas por la UE, conforme al cual la conciencia ambiental ha de tenerse presente en todas las fases de esas operaciones y misiones, así como en las actividades de capacitación previas al despliegue¹²².

90. A la Relatora Especial no le ha sido posible obtener información de otras organizaciones regionales, como la Unión Africana, por lo que acogerá con agrado cualquier información adicional de esas organizaciones.

E. Conclusiones

91. Como ya se ha señalado, un número considerable de Estados tienen leyes o reglamentaciones en vigor destinadas a proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados. Cada vez son más los Estados y organizaciones internacionales que han adoptado medidas para garantizar la protección ambiental durante las operaciones militares, medidas que incluyen desde políticas de carácter general a normas jurídicamente vinculantes. También es posible concluir que cada vez son más comunes las medidas relacionadas con la planificación de las operaciones militares y con las actividades posteriores a los conflictos. A menudo, estas medidas se formulan con más rigor que las medidas nacionales correspondientes aplicables durante el propio conflicto armado. En este último caso, los Estados se apoyan en los tratados internacionales a los que están vinculados (como los Protocolos Adicionales a la Convención de Ginebra y la Convención sobre la Modificación Ambiental), incluidos los principios firmemente asentados del derecho internacional humanitario¹²³. Solo un Estado, Finlandia, defendió el principio de que la operación era lo primero, con lo que, para ese país, a veces puede estar justificado un nivel de protección ambiental inferior cuando las condiciones son difíciles. Según Finlandia, su interpretación se basa en la doctrina de la OTAN y es la que aplican, por ejemplo, las fuerzas armadas de los Estados Unidos. Los Estados no abordaron en mayor detalle si los tratados sobre el medio ambiente dejaban o no de ser aplicables durante un conflicto armado. Algunos Estados (principalmente de América Latina y el Caribe) observaron que, en caso de conflicto armado, seguían siendo aplicables las disposiciones de su legislación nacional (incluidas las constituciones) encaminadas a proteger el medio ambiente y a promover el desarrollo sostenible.

operations: Real Commitments or Another Paper Tiger?», págs. 22 a 24.

¹²² Documento del Servicio Europeo de Acción Exterior, EEAS 00990/6/14 Rev.6.

¹²³ Véase también *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párr. 24.

CAPÍTULO VI

Causas judiciales y jurisprudencia

92. La jurisprudencia internacional sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados no es excesivamente amplia, aunque existe.

93. A fin de identificar esos asuntos, la Relatora Especial ha examinado la jurisprudencia de los tribunales y las cortes internacionales y regionales.

94. En particular, el análisis tuvo por objeto determinar la jurisprudencia existente en la que: *a)* se aplicaban disposiciones convencionales del derecho internacional humanitario que, directa o indirectamente, protegían el medio ambiente en tiempos de conflicto armado, o *b)* se consideraba, de manera explícita o implícita, la existencia de una conexión entre los conflictos armados y la protección del medio ambiente. Por otra parte, también se han examinado causas relativas a la situación de los pueblos y la población civil.

95. En primer término, el análisis incluyó un examen detallado de los fallos y opiniones consultivas dictados por los siguientes tribunales y cortes internacionales: Corte Internacional de Justicia, Corte Permanente de Justicia Internacional, Corte Penal Internacional, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya y Tribunal Especial para Sierra Leona. También se ha estudiado la jurisprudencia de tres tribunales regionales, a saber, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dado que este último ha dictado alrededor de 17.000 sentencias¹²⁴, hubo que limitar el examen a los casos más pertinentes¹²⁵. Además de la jurisprudencia de los tribunales antes mencionados, el examen también incluyó la jurisprudencia pertinente del Tribunal Internacional Militar de Núremberg, la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar¹²⁶.

96. En sentido estricto, debe distinguirse entre la protección del medio ambiente como tal y la protección de los objetos naturales del medio natural y los recursos naturales¹²⁷. Esto da lugar a no pocos problemas. El derecho en materia de ocupación aplicable durante los conflictos armados contiene normas que rigen la protección de los bienes y los recursos naturales, que son pertinentes para el debate de la protección del medio ambiente como tal. Algunos de esos casos se han incluido en el examen, en parte porque son directamente pertinentes, y en parte como ilustración.

97. También puede existir un estrecho vínculo entre los derechos humanos y el derecho internacional

humanitario¹²⁸. A este respecto, vale la pena examinar la declaración reiterada de la Corte Internacional de Justicia:

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 humanitario¹²⁹.

98. Esta no fue la primera vez que la Corte tuvo en cuenta los derechos humanos y las preocupaciones humanitarias. La Corte se había ocupado anteriormente de ellos en el caso *Corfu Channel*¹³⁰ y, más tarde, en particular, en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*¹³¹. Esta opinión también se ha visto confirmada por otros tribunales, como el Tribunal Penal Internacional para Rwanda¹³².

99. Es el vínculo entre la protección de los bienes y los medios de subsistencia lo que hace que los derechos

¹²⁸ Para un panorama general, véase Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*.

¹²⁹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, párr. 106. La Corte cita este pasaje en *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, párr. 216, donde se afirma que «la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo por efecto de disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».

¹³⁰ *Corfu Channel*, fallo, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 22. La Corte señaló que las obligaciones que incumbían a las autoridades albanesas de notificar la existencia de un campo de minas en el territorio de Albania no se basaban «en la Convención de La Haya núm. VIII de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino en determinados principios generales y bien reconocidos, es decir, ciertas consideraciones elementales de humanidad, que son aún más exigentes en tiempo de paz que en tiempo de guerra; el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas; y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para cometer actos contrarios a los derechos de otros Estados».

¹³¹ «El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 define ciertas normas que deben aplicarse en los conflictos armados de carácter no internacional. No cabe duda de que, en el caso de los conflictos armados internacionales, estas normas también constituyen un criterio mínimo, que se añade a las normas más elaboradas que se aplican igualmente a los conflictos internacionales; y se trata de normas que, en opinión de la Corte, reflejan lo que la Corte en 1949 denominó “consideraciones elementales de humanidad” (*Corfu Channel*)», *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América, fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, párr. 218.

¹³² «A este respecto, es importante recordar la reciente declaración del [CICR] según la cual, “cabe destacar que, en tiempo de guerra, el derecho internacional humanitario coexiste con el derecho de los derechos humanos, algunas de cuyas disposiciones no pueden ser objeto de suspensión. La protección de la persona frente al enemigo (en contraposición a la protección de la persona frente a sus propias autoridades) es una de las características del derecho de los conflictos armados. Un Estado en guerra no puede utilizar el conflicto como pretexto para ignorar las disposiciones de ese derecho”», Tribunal Penal Internacional para Rwanda, causa núm. ICTR-95-1-T, *Prosecutor v. Clément Kayishema et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, 21 de mayo de 1999, párr. 622.

¹²⁴ Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, pág. i.

¹²⁵ Véase, por ejemplo, *Factsheet on Armed Conflict* (Ficha descriptiva sobre los conflictos armados), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, noviembre de 2014.

¹²⁶ La Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no han dictado sentencias u opiniones consultivas que cumplan los criterios anteriormente descritos. A este respecto, cabe señalar que «la Corte Permanente de Justicia Internacional no se ocupó de las leyes de la guerra en ninguna de sus decisiones» (Kress, «The International Court of Justice and the Law of Armed Conflicts», pág. 263). En efecto, «por diversos motivos, los Estados optaron por [...] no utilizar a la Corte Permanente como medio de abordar (o incrementar la presión respecto de) controversias sumamente polémicas» (Tams, «The Contentious Jurisdiction of the Permanent Court», pág. 28). No se han incluido los casos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, ya que la mayoría de ellos se centraban en aspectos relativos a la indemnización. De ellos se ocupará el próximo informe.

¹²⁷ Véase el capítulo VII *infra*, relativo al derecho aplicable durante los conflictos armados.

humanos sean pertinentes en el análisis. Existe un considerable volumen de jurisprudencia en la que se abordan estos asuntos. Aunque la protección de los bienes y los medios de subsistencia tiene un origen diferente y muy anterior al de la protección del medio ambiente, la jurisprudencia es de interés porque la idea de proteger la «naturaleza» y sus «recursos naturales» guarda relación con la ambición más reciente de proteger el medio ambiente en cuanto tal.

100. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha abordado cuestiones relativas a la protección del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales.

A. Causas en que la corte o el tribunal ha aplicado disposiciones convencionales del derecho internacional humanitario que, directa o indirectamente, protegen el medio ambiente durante los conflictos armados

101. La Corte Internacional de Justicia, en algunas de sus decisiones, ha aplicado el derecho internacional humanitario de origen convencional para abordar la necesidad de proteger el medio ambiente durante los conflictos armados.

102. En su opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, la Corte Internacional de Justicia declaró que «los Estados deben tener en cuenta el aspecto ambiental al evaluar lo que es necesario y proporcionado en la persecución de objetivos militares legítimos»¹³³, fundamentando su enfoque con una remisión a lo dispuesto en el principio 24 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. La Corte observó que los artículos 35, párrafo 3, y 55 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra ofrecen una protección complementaria al medio ambiente. La Corte llegó a la conclusión de que

consideradas en su conjunto, esas disposiciones encierran una obligación general de proteger el medio ambiente natural contra daños ambientales graves, generalizados y con efecto a largo plazo; la prohibición de métodos y medios bélicos que tengan por objeto causar esos daños o de los que quepa esperar que puedan causarlos; y la prohibición de agresiones contra el medio ambiente natural en forma de represalias¹³⁴.

103. La Corte no menciona el medio ambiente en la parte dispositiva de su opinión consultiva, pero señala como conclusión general que

de los requisitos antes mencionados se desprende que la amenaza o el uso de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario¹³⁵.

¹³³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996, párr. 30. La cuestión planteada a la Corte es la siguiente: «¿Se permite la amenaza o el empleo de las armas nucleares en cualquier circunstancia con arreglo al derecho internacional?». La cuestión tiene un elemento tanto de *jus ad bellum* como de *jus in bello*.

¹³⁴ *Ibid.*, párr. 31.

¹³⁵ *Ibid.*, párr. 105, apdo. 2, secc. E. A los efectos del presente informe, no hay necesidad de analizar la segunda parte de la parte dispositiva de la opinión: «Sin embargo, teniendo en cuenta el estado

104. Es evidente que la Corte utilizó las normas relativas a la protección del medio ambiente en su análisis. Al mismo tiempo, la formulación es bastante amplia y difícil de conectar con una norma concreta de derecho humanitario. Es probable que la amplitud de la formulación se deba al hecho de que la opinión de la Corte no se emitió por unanimidad (fue aprobada con el voto decisivo del presidente) y fue criticada por algunos de los magistrados disidentes¹³⁶.

105. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía también se ha referido a la cuestión de la aplicación directa del derecho humanitario en relación con la protección del medio ambiente. La guerra entre los dos países, que duró dos años, causó grandes daños al medio ambiente, y Etiopía solicitó una indemnización por la destrucción por las fuerzas eritreas de plantas de goma arábiga y resina, la pérdida de árboles y plántulas y los daños a cultivos de terrazas¹³⁷. Etiopía alegó principalmente que el daño fue resultado de una violación por Eritrea del *jus in bello* y, con carácter alternativo, invocó que fue consecuencia de una violación del *jus ad bellum*. Sin embargo, la Comisión rechazó ambos enfoques por falta de pruebas y afirmó que las alegaciones y pruebas de destrucción de los recursos ambientales estaban muy por debajo del criterio de daño ambiental generalizado y duradero necesario para determinar la responsabilidad en virtud del derecho internacional humanitario¹³⁸.

106. En el caso *Armed Activities on the Territory of the Congo*, la Corte Internacional de Justicia consideró que disponía de numerosas pruebas creíbles y convincentes para llegar a la conclusión de que los oficiales y los soldados de las Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda participaron en el saqueo, el pillaje y la explotación de los recursos naturales de la República Democrática del Congo y que las autoridades militares no tomaron ninguna medida para poner fin a esos actos. Asimismo, declaró que, siempre que los miembros de las Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda participaron en el saqueo, el pillaje y la explotación de los recursos naturales del territorio de la República Democrática del Congo, actuaron en violación del *jus in bello*, que prohibía la comisión de esos actos por un ejército extranjero en el territorio en que se encontrara¹³⁹.

actual del derecho internacional, y de los elementos de hecho a su disposición, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que estaría en juego la propia supervivencia de un Estado». Esta afirmación ha sido criticada, entre otras cosas, por confundir *jus ad bellum* y *jus in bello* y por crear una excepción a la aplicación del derecho internacional humanitario. Véase, por ejemplo, Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, pág. 173.

¹³⁶ Véase, en particular, la opinión disidente de la magistrada Higgins, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, párrs. 2, 7, 9 y 10.

¹³⁷ Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Ethiopia's Damages Claims*, laudo definitivo, UNRIAA, vol. XXVI (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: B.06.V.7), párr. 422.

¹³⁸ *Ibid.*, *Ethiopia's Claims 1-8*, laudo parcial, párr. 100; véase también el laudo definitivo, párr. 425. Para un relato completo del caso, véase Murphy, Kidane y Snider, *Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*.

¹³⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, I.C.J. Reports 2005, párrs. 242 y 245.

107. La Corte declaró que Uganda era responsable de los actos de pillaje, saqueo y explotación de los recursos naturales de la República Democrática del Congo por violar su obligación de vigilancia en relación con esos actos y por no cumplir con sus obligaciones de conformidad con el artículo 43 del Reglamento concerniente a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, en su calidad de Potencia ocupante¹⁴⁰.

108. También es digno de mención que, ya en 1948, la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas afirmó, en el caso *Polish Forestry*, que los alemanes habían talado deliberadamente los bosques de Polonia sin el menor respeto a los principios básicos de la silvicultura y, por consiguiente, habían cometido un crimen de guerra¹⁴¹.

B. Casos en los que la corte o el tribunal ha considerado, explícita o implícitamente, la existencia de una conexión entre los conflictos armados y la protección del medio ambiente

109. Además de los casos mencionados anteriormente, la Corte Internacional de Justicia ha examinado el vínculo explícito o implícito entre los conflictos armados y la protección del medio ambiente en tres ocasiones. En primer lugar, en el caso de 1986 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, la Corte señaló que la protección de los derechos humanos, que es un objetivo estrictamente humanitario, podría no ser compatible, entre otras cosas, con el minado de puertos y la destrucción de instalaciones petrolíferas¹⁴². En segundo término, en el caso de 1995 *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests*, la solicitud fue rechazada, aunque la Corte señaló que su decisión se entendía «sin perjuicio de las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente natural»¹⁴³. Por último, en su providencia de 2000 sobre la solicitud de medidas provisionales en el caso *Armed Activities on the Territory of the Congo*, la Corte mencionó que los «recursos presentes en el territorio del Congo, en particular en la zona de conflicto, siguen siendo extremadamente vulnerables, y que existe un riesgo grave de que los derechos en cuestión en este caso [...] puedan sufrir un perjuicio irreparable»¹⁴⁴.

C. Casos en que la corte o el tribunal se ha ocupado de la situación de los pueblos y la población civil

110. La Corte Internacional de Justicia se ha ocupado de la situación de los pueblos en el caso *Legal Consequences*

¹⁴⁰ *Ibid.*, párr. 250. El artículo 43 del Reglamento dispone: «Cuando la autoridad legítima del poder legal haya pasado de hecho a manos del ocupante, este tomará todas las medidas que estén a su alcance con el objeto de restablecer y asegurar, hasta donde sea posible, la vida y el orden públicos, respetando, salvo el caso de imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país».

¹⁴¹ Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, *Polish Forestry*, caso núm. 750, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, pág. 496.

¹⁴² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *I.C.J. Reports 1986*, párr. 268.

¹⁴³ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests* (Nueva Zelanda c. Francia), *I.C.J. Reports 1995*, párr. 64.

¹⁴⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (medidas provisionales), providencia de 1 de julio de 2000, *I.C.J. Reports 2000*, párr. 43.

of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. La Corte declaró que la construcción del muro había causado «graves repercusiones para la producción agrícola»¹⁴⁵, y que Israel tenía la obligación de reparar los daños causados por la requisita y la destrucción de las explotaciones agrícolas¹⁴⁶.

111. La Corte Penal Internacional también se ocupó de la situación de los pueblos en los juicios de dos dirigentes de las milicias congoleñas acusados de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en el ataque contra la localidad de Bogoro de enero a marzo de 2003. Los atacantes habían saqueado y destruido ganado, edificios religiosos y viviendas pertenecientes a la población de Bogoro y ocupadas por ella¹⁴⁷. La Corte señaló que los bienes destruidos y saqueados que pertenecían a la población civil de Bogoro eran esenciales para su vida cotidiana e importantes para su supervivencia¹⁴⁸.

112. En varios casos, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se ha ocupado de la situación de personas en circunstancias en las que se ha producido la destrucción indiscriminada de ciudades, pueblos o aldeas o la devastación no justificada por necesidades militares¹⁴⁹. El Tribunal también se ha referido a la cuestión de cómo ciertos bienes o derechos económicos pueden considerarse lo bastante fundamentales como para que su denegación constituya persecución, por ejemplo, en casos en que la destrucción completa de viviendas y bienes constituye una destrucción de los medios de vida de una determinada población¹⁵⁰.

¹⁴⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *I.C.J. Reports 2004*, párr. 133.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 152.

¹⁴⁷ *Prosecutor v. Germain Katanga*, Sala de Primera Instancia, fallo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Estatuto, causa núm. ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párrs. 924 y 932; *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo*, Sala de Primera Instancia, fallo de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, causa núm. ICC-01/04-02/12, 18 de diciembre de 2012, párrs. 334 y 338.

¹⁴⁸ *Prosecutor v. Germain Katanga*, párrs. 952, 953 y 1659; véase también *Prosecutor v. Germain Katanga*, Sala de Primera Instancia, fallo de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, causa núm. ICC-01/04-01/07, 23 de mayo de 2014, párrs. 44, 51 y 52.

¹⁴⁹ *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, párrs. 761 y 762; véase también *Prosecutor v. Mladen Naletilic et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, párr. 578; *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, párrs. 600 y 636 a 639; *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-99-36A, 3 de abril de 2007, párrs. 337 y 340 a 342; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-01-42T, 31 de enero de 2005, párrs. 283 y 297; *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-01-47T, 15 de marzo de 2006, párrs. 39 y 48; *Prosecutor v. Naser Oric*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, párrs. 583, 585 y 587; *Prosecutor v. Milan Martić*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-95-11-T, 12 de junio de 2007, párrs. 92, 93, 355, 360 y 374; *Prosecutor v. Ljube Bošković et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-04-82-T, 10 de julio de 2008, párrs. 351 y 380; *Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo (volumen II de II), causa núm. IT-06-90-T, 15 de abril de 2011, párrs. 1765 y 1766.

¹⁵⁰ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, párrs. 630 y 631; véase también *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párrs. 146 a 148; *Prosecutor v. Dario Kordić et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, párrs. 203, 205 y 207; *Prosecutor v. Milomir Stakić*, *ibid.*, párrs. 763 a 768; *Prosecutor v. Blagoje*

113. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda también ha abordado estas cuestiones, aunque cabe señalar que, a diferencia de los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y la Corte Penal Internacional, su Estatuto no le confiere la facultad de procesar a personas por actos contra la propiedad¹⁵¹. Sin embargo, en varias causas, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda se ha referido a la destrucción de bienes y, aunque no ha abordado su legalidad *per se*, la ha examinado a fin de determinar la existencia del delito de genocidio¹⁵². La mayoría de esas causas se refieren a la quema y destrucción de viviendas e iglesias; sin embargo, en la causa *Emmanuel Rukundo* las medidas también incluyeron la matanza de ganado y la destrucción de plantaciones bananeras¹⁵³.

114. En la causa *Nuon Chea*, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya declararon a ciertos funcionarios y soldados del Khmer Rouge culpables del crimen de lesa humanidad consistente en «otros actos inhumanos mediante el traslado forzoso de la población», ya que, entre otras cosas, «trataron de aniquilar a quienes se ocultaban mediante el corte del suministro de agua»¹⁵⁴.

115. El Tribunal Especial para Sierra Leona se ocupó en varias causas de la situación de las personas en relación con el delito de actos de terrorismo en virtud del artículo 4, párrafo 2, apdo. d), del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. En la causa *Alex Tamba Brima*, la Sala de Primera Instancia llegó a la conclusión de que la propiedad como tal no estaba protegida frente a los actos de terrorismo, pero que la «destrucción de las viviendas de la población o de sus medios de subsistencia y [...] sus medios de supervivencia» era equiparable a tales actos¹⁵⁵.

Simić et al., Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-95-9-T, 17 de octubre de 2003, párrs. 98 a 103; *Prosecutor v. Miroslav Deronjić*, Sala de Primera Instancia, fallo condenatorio, causa núm. IT-02-61-S, 30 de marzo de 2004, párrs. 121 y 122; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-00-39-T, 27 de septiembre de 2006, párrs. 778 y 783; *Prosecutor v. Milan Milutinović et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-05-87-T, 26 de febrero de 2009, vol. I, párr. 207; *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-05-88-T, 10 de junio de 2010, párrs. 986 y 987; *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, párrs. 1597 y 1598.

¹⁵¹ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia desde 1991, aprobado por el Consejo de Seguridad el 25 de mayo de 1993, S/RES/827 (1993), arts. 2 y 3; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 8, párr. 2, apdo. b, inc. iv).

¹⁵² *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, *Reports of Orders, Decisions and Judgements 1998*, vol. I, párrs. 714 y 715; *Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana*, Sala de Primera Instancia, fallo y condena, causas núms. ICTR-96-10 e ICTR-96-17-T, 21 de febrero de 2003, párrs. 828 a 831; *Prosecutor v. Athanase Seromba*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. ICTR-01-66-T, 13 de diciembre de 2006, párrs. 334 y 365; *Prosecutor v. François Karera*, Sala de Primera Instancia, fallo y condena, causa núm. ICTR-01-74-T, 7 de diciembre de 2007, párrs. 168 y 539; *Prosecutor v. Siméon Nchamihigo*, Sala de Primera Instancia, fallo y condena, causa núm. ICTR-01-63-T, 12 de noviembre de 2008, párr. 284.

¹⁵³ *Prosecutor v. Emmanuel Rukundo*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. ICTR-2001-70-T, 27 de febrero de 2009, párrs. 106, 108 y 566.

¹⁵⁴ *Prosecutor v. Nuon Chea et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. 002/01, 7 de agosto de 2014, párrs. 510, 551 y 552.

¹⁵⁵ *Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, *The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone*, vol. I, párr. 670; véase también *Prosecutor v. Moinina Fofana et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo,

116. La situación de los pueblos indígenas y sus derechos de propiedad en caso de conflicto armado ha sido abordada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una serie de ocasiones. En varios casos se ha examinado la destrucción de las comunidades, las viviendas, el ganado, las cosechas y otros medios de supervivencia de los pueblos, lo que ha llevado a la Corte Interamericana a declarar la existencia de diversas violaciones de los derechos humanos, entre ellos, el derecho a un trato humano y el derecho a la propiedad¹⁵⁶. Cabe señalar que, si bien algunos de estos casos no alcanzan el umbral de un conflicto armado (se refieren a «actos de violencia»), el razonamiento de la Corte en cuanto a la relación de los pueblos indígenas con la tierra resulta pertinente. El asunto *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* es un caso histórico en el que la Corte examinó en detalle el derecho de los pueblos indígenas a sus bienes. Aunque no se refería específicamente al ámbito de los conflictos armados, en este caso se examinaron en detalle los derechos sobre la tierra que tienen su origen en el derecho consuetudinario y proceden de la historia y los usos culturales y agrícolas. En la medida en que la propiedad de la tierra se convierte en un problema en un escenario de conflicto armado, formulaciones como esta podrían resultar útiles para comprender la relación jurídica de los pueblos indígenas u otros pueblos con la tierra en cuestión. En este caso también se analizaron los daños que pueden infligirse a un pueblo como resultado de actividades perjudiciales desde el punto de vista ambiental¹⁵⁷.

117. Los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos muestran que la tierra no tiene que estar sujeta a propiedad para recibir protección. En particular, la Corte se ha referido al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que «protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos»¹⁵⁸, y al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización

SCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007, párrs. 172 y 173; *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, Sala de Primera Instancia, fallo, SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, párr. 115; *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Sala de Primera Instancia, fallo, SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, párrs. 2006 y 2192.

¹⁵⁶ *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia (fondo), Serie C núm. 105, 29 de abril de 2004, párrs. 42, apdo. 7 y 47; *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia (reparaciones), Serie C núm. 116, 19 de noviembre de 2004, párr. 73; *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 148, 1 de julio de 2006, párrs. 182 y 183; *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 252, 25 de octubre de 2012, párrs. 136 y 180; *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia (excepciones preliminares, fondo y reparaciones), Serie C núm. 259, 30 de noviembre de 2012, párrs. 228, 229 y 279; *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 270, 20 de noviembre de 2013, párrs. 346, 352, 354, 356 y 459.

¹⁵⁷ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 79, 31 de agosto de 2001, párrs. 151 y 164. Para un examen del derecho a la propiedad indígena, véanse los párrafos 140 y ss.

¹⁵⁸ *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia (fondo y reparaciones), Serie C núm. 245, 27 de junio de 2012, párr. 145; véase también el párrafo 156.

Internacional del Trabajo¹⁵⁹. En el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte examinó el impacto sobre las comunidades indígenas de la destrucción de sus recursos naturales y determinó que

la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural¹⁶⁰.

118. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la situación de los pueblos principalmente como una cuestión de derechos de propiedad privada. No se ha ocupado de la protección del medio ambiente *per se*¹⁶¹. De manera similar a la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo ha caracterizado la destrucción de viviendas y otros bienes como una violación de la prohibición de someter a tratos

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 163.

¹⁶⁰ *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 250, 4 de septiembre de 2012, párr. 177, nota 266. La Corte hace referencia a los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia, Serie C núm. 125, 17 de junio de 2005, párr. 135, y *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia, Serie C núm. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 147. Véase también *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* (nota 155 *supra*), párrs. 346, 352, 354, 356 y 459. La protección que ofrece el artículo 21 se menciona también en este caso, véase el párrafo 346.

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, *Menteş and Others v. Turkey*, sentencia, demanda núm. 23186/94, 28 de noviembre de 1997, *Reports of Judgments and Decisions 1997-VIII*, párrs. 13, 21, 23 y 76; *Orhan v. Turkey*, sentencia de Sala, demanda núm. 25656/94, 18 de junio de 2002, párrs. 379 y 380; *Isayeva and Others v. Russia*, sentencia de Sala, demanda núm. 57947/00, 24 de febrero de 2005, párrs. 171 y 230 a 233; *Esmukhambetov and Others v. Russia*, sentencia, demanda núm. 23445/03, 29 de marzo de 2011, párrs. 150 y 174 a 179; *Elkhan Chiragov and Others v. Armenia*, sentencia, demanda núm. 13216/05, 14 de diciembre de 2011, párr. 103; *Benzer and Others v. Turkey*, sentencia de Sala, demanda núm. 23502/06, 12 de noviembre de 2013, párrs. 133, 184, 207, 212 y 213.

inhumanos y degradantes¹⁶², el derecho a la propiedad¹⁶³ y el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio propio¹⁶⁴.

119. También cabe mencionar que, en los juicios de Núremberg, actos como el saqueo, el pillaje y el expolio de aldeas, ciudades y distritos se consideraron crímenes de guerra¹⁶⁵. En varias de esas decisiones se abordaron situaciones de ocupación militar y se examinó la forma en que el derecho de los conflictos armados (en particular, la ley de la ocupación militar) se aplicaba a la explotación económica de los recursos naturales, el saqueo y el pillaje¹⁶⁶. En particular, esta jurisprudencia verificó que existen limitaciones en lo que respecta a la utilización permisible de los recursos naturales de los Estados ocupados¹⁶⁷.

¹⁶² *Menteş*, párr. 76; *Benzer*, párrs. 207, 212 y 213.

¹⁶³ *Orhan*, párrs. 379 y 380; *Esmukhambetov*, párrs. 174 a 179.

¹⁶⁴ *Orhan*, párrs. 379 y 380.

¹⁶⁵ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I (Núremberg, 1947), págs. 240, 241, 296, 297, 324 y 325; *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII (Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949), pág. 31; *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law Núm. 10*, vol. XI/2 (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1950), págs. 1253 y 1254; *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law Núm. 10*, vol. IV (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1950), pág. 455; *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law Núm. 10*, vol. VII (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1953), pág. 179; *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law Núm. 10*, vol. XIV (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1952), págs. 698, 699, 746 y 747.

¹⁶⁶ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, págs. 240, 241, 296 y 297 (Hans Frank), págs. 324 y 325 (Alfred Jodl).

¹⁶⁷ *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law Núm. 10*, vol. VII, pág. 179; *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law Núm. 10*, vol. XIV, págs. 698, 699, 746 y 747.

CAPÍTULO VII

Derecho aplicable durante los conflictos armados

A. Disposiciones convencionales sobre la protección del medio ambiente y el derecho de los conflictos armados

120. La necesidad de proteger el medio ambiente en tiempos de conflicto armado se remonta a épocas de la antigüedad¹⁶⁸. Esas primeras normas estaban estrechamente relacionadas con la necesidad de que las personas tuvieran acceso a recursos naturales esenciales para su supervivencia, como el agua potable. Teniendo en cuenta las condiciones en que se libraban las guerras en esa época, así como los medios y métodos empleados, el riesgo de una amplia destrucción del medio ambiente era limitado. Sin embargo, al compás de la evolución de la tecnología militar después de la Segunda Guerra Mundial, ese

riesgo aumentó. No obstante, no fue hasta 1976 cuando la protección del medio ambiente como tal se abordó en un tratado expresamente aplicable en los conflictos armados. Los tratados anteriores no contenían referencias al medio ambiente y la única protección ambiental que ofrecían era a través de los derechos de propiedad y los recursos naturales¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Para un resumen de los antecedentes históricos, véase Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, págs. 3 y 4. Véase también la referencia que figura en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo V, párr. 3.

¹⁶⁹ Ninguno de los siguientes tratados y declaraciones contiene referencia alguna a la protección del medio ambiente como tal: Declaración (IV, 3) relativa a las Balas Expansivas; Convención (II) relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y su anexo; Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre; Convención para la Exención de los Buques-Hospital, en Tiempo de Guerra, del Pago de Todos los Derechos e Impuestos Establecidos en Beneficio del Estado; Convención (III) relativa a la Ruptura de Hostilidades; Convención (IV) relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y su anexo; Convención (V) relativa a los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en Caso de Guerra Terrestre; Convención (VI) relativa al Régimen de los Navíos Mercantes Enemigos al Principio de las Hostilidades; Convención (VII) relativa a

121. El debate sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados es, por tanto, reciente en la historia moderna, y los especialistas han escrito extensamente sobre el tema¹⁷⁰. El CICR también se ha dedicado en profundidad a esta cuestión¹⁷¹. Sin embargo, los Estados han adoptado un enfoque prudente y los intentos de codificar nuevas normas se han visto generalmente frustrados. Esta actitud cautelosa debe situarse en su contexto, toda vez que los Estados fueron igualmente prudentes a la hora de desarrollar otras esferas del derecho de los conflictos armados. Por otra parte, la posible relación con las cuestiones relativas a la utilización de las armas nucleares suscitaba preocupación.

122. El número de instrumentos jurídicos sobre el derecho de los conflictos armados es considerable. La mayoría regula la conducción de las hostilidades y la protección de la población civil en los conflictos armados internacionales. Solo unos cuantos se refieren a los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, en las dos últimas décadas se ha producido un avance significativo, dado que una serie de tratados también han incluido los conflictos armados no internacionales en su ámbito de aplicación¹⁷². La novedad más notable fue la

la Transformación de Navíos Mercantes en Buques de Guerra; Convención (VIII) relativa a la Colocación de Minas Submarinas Automáticas de Contacto; Convención (IX) relativa al Bombardeo por Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra; Convención (XI) relativa a Ciertas Restricciones en cuanto al Ejercicio del Derecho de Captura en la Guerra Marítima; Convención (XIII) relativa a los Derechos y a los Deberes de las Potencias Neutrales en la Guerra Marítima; Declaración (XIV) Prohibiendo el Lanzamiento de proyectiles y Explosivos desde lo Alto de Globos; Protocolo relativo a la Prohibición del Empleo en la Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y de Medios Bacteriológicos; Convención de Neutralidad Marítima; Tratado para la Limitación y la Reducción de los Armamentos Navales (parte IV, artículo 22, relativo a la guerra submarina); Tratado para la Protección de Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos (Pacto Roerich); Acta relativa a las Normas de la Guerra Submarina Establecidas en la Parte IV del Tratado de Londres de 22 de Abril de 1930; Acuerdo concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo (Estatuto de Núremberg); Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

¹⁷⁰ Las compilaciones de escritos seleccionados de la doctrina que figuran en *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, anexo, y el anexo II del presente informe son ejemplo de la extensa bibliografía sobre este tema.

¹⁷¹ Por ejemplo, mediante la formulación de las directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado para manuales y programas de instrucción militares, A/49/323, anexo. Una sustantiva e importante labor fue realizada en el contexto del estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario, publicado en 2005, véase Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: Normas. Véase también el informe del CICR, *Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados*, preparado para la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2011 (31IC/11/5.1.1).

¹⁷² Entre ellos destacan el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción; el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Para un estudio de esta evolución,

enmienda introducida en la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales para asegurar que sus disposiciones también fueran aplicables a situaciones de conflicto armado no internacional.

123. En cualquier caso, cuando se intenta regular la conducción de hostilidades en conflictos armados no internacionales surgen numerosos problemas jurídicos y políticos. Por lo tanto, no es sorprendente que algunos de los avances en este campo tengan lugar fuera del ámbito de las negociaciones de tratados multilaterales, como, por ejemplo, en los tribunales y mediante la legislación nacional. Los tribunales internacionales y regionales también tienden a considerar la cuestión desde la perspectiva de los derechos humanos¹⁷³.

1. DISPOSICIONES CONVENCIONALES FUNDAMENTALES: CONVENCION SOBRE LA MODIFICACION AMBIENTAL, PROTOCOLO ADICIONAL I A LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

124. Las disposiciones más conocidas que guardan relación con la protección del medio ambiente se encuentran en la Convención sobre la Modificación Ambiental, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Estos tres tratados han sido ampliamente ratificados. A 12 de febrero de 2015, hay 174 Estados partes en el Protocolo Adicional I, 76 Estados partes en la Convención sobre la Modificación Ambiental y 123 Estados partes en el Estatuto de Roma¹⁷⁴. Como punto de partida, cabe recordar los artículos fundamentales de esos instrumentos.

125. El artículo más pertinente de la Convención sobre la Modificación Ambiental es el artículo I, cuyo párrafo 1 dispone lo siguiente:

Cada Estado parte en la presente Convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado parte.

126. Por técnicas de modificación ambiental se entienden las

véase Perna, *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*.

¹⁷³ Véase el capítulo VI *supra*, relativo a las causas judiciales y la jurisprudencia.

¹⁷⁴ Además, hay 16 Estados que han firmado la Convención sobre la Modificación Ambiental, 3 han firmado el Protocolo Adicional I y 31 han firmado el Estatuto de Roma. Aunque los Estados signatarios no están obligados por el tratado, cabe mencionar que un Estado que ha firmado un tratado está obligado a abstenerse de realizar actos que frustren el objeto y el fin de un tratado, «mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado», véase el artículo 18, apdo. a, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los Estados Unidos son signatarios del Estatuto de Roma. Los Estados Unidos firmaron el Estatuto de Roma el 31 de diciembre de 2000. El 6 de mayo de 2002, el Gobierno de los Estados Unidos informó al depositario (el Secretario General de las Naciones Unidas) de que no tenían la intención de ser parte en el tratado, por lo que, «en consecuencia, no incumbe a los Estados Unidos ninguna obligación jurídica resultante de su firma el 31 de diciembre de 2000». Israel (el 28 de agosto de 2002) y el Sudán (el 26 de agosto de 2008) también informaron al depositario de su intención de no hacerse partes en el tratado, y de que, en consecuencia, no tenían obligaciones jurídicas que dimanaran de su firma (*Multilateral Treaties deposited with the Secretary-General*, cap. XVIII. 10).

técnicas que tienen por objeto alterar —mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales— la dinámica, la composición o la estructura de la Tierra, incluida su biota, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.

Esto significa que la Convención utiliza un concepto de técnica de modificación ambiental que se define de manera muy estricta. Por otra parte, el empleo de esta técnica debe ser deliberado. En esencia, como ha indicado un comentarista: «el alcance real de la Convención sobre la Modificación Ambiental es bastante limitado»¹⁷⁵. Los Estados también se han mostrado considerablemente escépticos sobre la revisión de la Convención. En 1984 y 1992 se celebraron, respectivamente, dos conferencias de examen. Los intentos de celebrar una tercera conferencia no han tenido éxito¹⁷⁶.

127. En el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra las disposiciones más pertinentes son los artículos 35 y 55, que estipulan:

Artículo 35. Normas fundamentales

1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.

2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

3. Queda 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.

Artículo 55. Protección del medio ambiente natural

1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.

2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

128. En el Protocolo Adicional I, el artículo 35 aparece en la sección I del título III, que se refiere a los métodos y medios de guerra. El artículo 55 se encuentra en la sección I del título IV (Población civil), que se ocupa de la protección general contra los efectos de las hostilidades, y en particular dentro del capítulo III, relativo a los bienes de carácter civil. La ubicación de los artículos tiene su importancia. El artículo 35, párrafo 3, es una prohibición absoluta, al igual que las demás normas prohibitivas de ese artículo. El artículo 55 establece una obligación de cuidado, en la cual se incluye la prohibición absoluta de «emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población».

¹⁷⁵ Schmitt, «Humanitarian Law and the Environment», pág. 280.

¹⁷⁶ En 2013, el Secretario General invitó a los Estados partes a que expresaran sus opiniones sobre la celebración de una tercera conferencia de examen, pero las respuestas positivas recibidas no alcanzaron el número mínimo necesario para su convocatoria (ODA/63-2013/ENMOD).

129. Unos cuantos Estados han efectuado declaraciones en relación con los artículos 35 y 55. Francia y el Reino Unido han expresado interpretaciones similares sobre el modo en que debe evaluarse el riesgo de daño ambiental, a saber, objetivamente y sobre la base de la información disponible en cada momento¹⁷⁷.

130. Varios Estados han hecho declaraciones con respecto a la aplicabilidad del Protocolo Adicional I únicamente a las armas convencionales o a su no aplicabilidad a la utilización de armas nucleares, en concreto, Bélgica¹⁷⁸, el Canadá¹⁷⁹, Francia¹⁸⁰, Alemania¹⁸¹, Italia¹⁸², España¹⁸³, los Países Bajos¹⁸⁴

¹⁷⁷ Francia, declaración interpretativa formulada con ocasión de la ratificación, 11 de abril de 2001: «El Gobierno de la República Francesa considera que el riesgo de daño al medio ambiente natural resultante de la utilización de métodos o medios de guerra, tal como se desprende de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 35 y en el artículo 55, debe analizarse objetivamente sobre la base de la información disponible en el momento en que se efectúe su apreciación». Reino Unido (2 de julio de 2002), en relación con el artículo 35, párrafo 3, y el artículo 55: «El Reino Unido entiende que ambas disposiciones abarcan el empleo de métodos y medios de guerra y que el riesgo de daños ambientales comprendido en el alcance de estas disposiciones que se deriva de tales métodos y medios de guerra debe evaluarse de manera objetiva sobre la base de la información disponible en ese momento». Disponible en <https://ihl-databases.icrc.org>.

¹⁷⁸ Bélgica, declaración interpretativa formulada con ocasión de la ratificación, 20 de mayo de 1986: «El Gobierno de Bélgica, en vista de los trabajos preparatorios del instrumento internacional que por la presente se ratifica, desea destacar que el Protocolo se creó con el fin de ampliar la protección conferida por el derecho humanitario únicamente cuando se usan armas convencionales en los conflictos armados, sin perjuicio de las disposiciones del derecho internacional relativas a la utilización de otros tipos de armas». *Ibid.*

¹⁷⁹ Canadá, declaración de entendimiento en el momento de la ratificación, 20 de noviembre de 1990: «El Gobierno del Canadá entiende que las normas introducidas por el Protocolo I estaban destinadas a aplicarse exclusivamente a las armas convencionales. En particular, las normas que se introducen en tal sentido no tienen efecto alguno sobre el uso de las armas nucleares, el cual no regulan ni prohíben». *Ibid.*

¹⁸⁰ Francia (nota 177 *supra*): «En cuanto al proyecto de protocolo redactado por el Comité Internacional de la Cruz Roja que constituyó la base de los trabajos de la conferencia diplomática de 1974-1977, el Gobierno de la República Francesa sigue considerando que las disposiciones del protocolo se refieren exclusivamente a las armas clásicas, y no regulan ni prohíben la utilización de las armas nucleares, ni afectan a las demás normas de derecho internacional aplicables a otras actividades que son necesarias para el ejercicio por Francia de su derecho inmanente a la legítima defensa».

¹⁸¹ República Federal de Alemania, declaración formulada en el momento de la ratificación, 14 de febrero de 1991: «La República Federal de Alemania entiende que las normas relativas a la utilización de armas introducidas por el Protocolo Adicional I estaban destinadas a aplicarse exclusivamente a las armas convencionales, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables a otros tipos de armas». *Ibid.*

¹⁸² Italia, declaraciones formuladas en el momento de la ratificación, 27 de febrero de 1986: «El Gobierno de Italia entiende que las normas relativas al uso de armas introducidas por el Protocolo Adicional I estaban destinadas a aplicarse exclusivamente a las armas convencionales. Dichas normas se entienden sin perjuicio de cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a otros tipos de armas». *Ibid.*

¹⁸³ España, declaración interpretativa formulada en el momento de la ratificación, 21 de abril de 1989: «[El Gobierno de España] entiende que este Protocolo, en su ámbito específico, se aplica exclusivamente a las armas convencionales y sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a otro tipo de armas». *Ibid.*

¹⁸⁴ Países Bajos, declaración formulada en el momento de la ratificación (para el territorio del Reino en Europa y las Antillas Neerlandesas y Aruba), 26 de junio de 1987: «El Gobierno del Reino de los Países Bajos entiende que las normas introducidas por el Protocolo I en relación con la utilización de armas estaban destinadas a aplicarse y, por

y el Reino Unido¹⁸⁵. Irlanda¹⁸⁶ hizo referencia a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*¹⁸⁷ y la Santa Sede expresó su preocupación por la insuficiencia del Protocolo Adicional I ante la desastrosa destrucción que se derivaría de una guerra nuclear¹⁸⁸. Algunas de esas declaraciones y reservas se formularon después de que la Corte emitiera su opinión consultiva. Durante el procedimiento ante la Corte, un número considerable de Estados presentaron declaraciones y observaciones escritas, en algunas de las cuales la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares también se evaluó haciendo referencia a las normas que brindan protección al medio ambiente¹⁸⁹. Cabe señalar que muchas declaraciones y observaciones también incluían un análisis de otras convenciones internacionales pertinentes.

131. El tercer tratado que contiene una disposición directamente pertinente para la protección del medio ambiente durante los conflictos armados es el Estatuto de Roma. Su artículo 8, párr. 2, apdo. b, inc. iv), incluye entre las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional el acto de:

Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean

consiguiente, se aplican únicamente a las armas convencionales, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables a otros tipos de armas». *Ibid.*

¹⁸⁵ Reino Unido, reserva formulada en el momento de la ratificación, 28 de enero de 1998: «El Reino Unido sigue entendiendo que las normas introducidas por el Protocolo se aplican exclusivamente a las armas convencionales, sin perjuicio de cualesquiera otras normas de derecho internacional aplicables a otros tipos de armas. En particular, las normas que se introducen en tal sentido no tienen efecto alguno sobre el uso de las armas nucleares, el cual no regulan ni prohíben». *Ibid.*

¹⁸⁶ Irlanda, declaraciones y reserva en relación con el Protocolo Adicional I, 19 de mayo de 1999: «Teniendo en cuenta el efecto potencialmente destructivo de las armas nucleares, Irlanda declara que las armas nucleares, aun cuando no estén directamente reguladas por el Protocolo Adicional I, siguen estando sujetas a las normas vigentes de derecho internacional, como confirmó en 1996 la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*». Con respecto al artículo 55, Irlanda declaró que: «A fin de asegurar que en la realización de la guerra se ponga cuidado para proteger el medio ambiente de daños extensos, duraderos y graves y teniendo en cuenta la prohibición de la utilización de métodos o medios bélicos que tengan por objeto o previsiblemente vayan a causar esos daños al medio ambiente natural, con el consiguiente perjuicio de la salud o supervivencia de la población, Irlanda declara que las armas nucleares, aun cuando no estén directamente reguladas por el Protocolo Adicional I, siguen estando sujetas a las normas vigentes de derecho internacional, como confirmó en 1996 la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Irlanda interpretará y aplicará este artículo de forma que conduzca a la mejor protección posible de la población civil». *Ibid.*

¹⁸⁷ Véase la nota 133 *supra*.

¹⁸⁸ Santa Sede, declaración en el momento de la ratificación, 21 de noviembre de 1985. *Ibid.*

¹⁸⁹ Entre los Estados que realizaron un análisis de las normas que regulan la protección del medio ambiente, pero que, no obstante, llegaron a la conclusión de que en ninguna circunstancia sería ilegal la amenaza o el uso de la fuerza cabe mencionar a Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos. Lo contrario opinaron países como Egipto, la República Islámica del Irán, las Islas Marshall, Nauru y las Islas Salomón. Las declaraciones y observaciones escritas pueden consultarse en <https://www.icj-cij.org/en/case/95/written-proceedings>.

claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea¹⁹⁰.

132. Solo un Estado —Francia— formuló una declaración que se refiere directamente a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados al ratificar el Estatuto de Roma¹⁹¹. En la declaración se pone de manifiesto la conexión entre la protección del medio ambiente y el uso de las armas nucleares. Nueva Zelandia¹⁹², Egipto¹⁹³ y Suecia¹⁹⁴ también plantearon la aplicabilidad del Estatuto de Roma al uso de las armas nucleares, en tanto que el Reino Unido se

¹⁹⁰ La salvedad que debe hacerse con esta disposición (y algunas otras disposiciones del Estatuto de Roma) es que, a los efectos de garantizar la rendición de cuentas por crímenes de guerra (es decir, violaciones graves), implica un criterio de necesidad militar mucho mayor que el tradicionalmente entendido en el derecho internacional humanitario. Por otra parte, las referencias a las expresiones «claramente excesivos» y «ventaja militar general» no son el criterio aplicable en el derecho internacional humanitario. Se trata de compromisos alcanzados en la Conferencia de Roma para asegurar que los magistrados de la Corte Penal Internacional no apliquen el criterio de forma demasiado estricta y se pongan en el lugar de los mandos militares con posterioridad a los hechos.

¹⁹¹ Francia declaró que «el riesgo de daños al medio ambiente natural como consecuencia de la utilización de métodos y medios de guerra, como se prevé en el artículo 8, párr. 2, apdo. b, inc. iv), debe sopesarse de forma objetiva sobre la base de la información disponible en el momento en que se efectúe la evaluación». También afirmó que: «Las disposiciones del artículo 8 del Estatuto, en particular su párrafo 2, apdo. b, se refieren únicamente a las armas convencionales y no pueden regular ni prohibir el posible uso de armas nucleares ni afectar a otras normas de derecho internacional aplicables a otras armas necesarias para el ejercicio por Francia de su derecho inmanente de legítima defensa, a menos que las armas nucleares o las otras armas que se mencionan en la presente queden sujetas en el futuro a una prohibición completa y se especifiquen en un anexo del Estatuto por medio de una enmienda aprobada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 121 y 123». Francia, declaración interpretativa con ocasión de la ratificación, 9 de junio de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, págs. 614 a 616.

¹⁹² Nueva Zelandia manifestó en una declaración que «sería incompatible con los principios del derecho internacional humanitario pretender limitar el ámbito de aplicación del artículo 8, en particular el artículo 8, párr. 2, apdo. b, a actos que solo se refieran a las armas convencionales» (párr. 1). Nueva Zelandia encuentra apoyo a este punto de vista en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, (párrs. 2 y 3). Nueva Zelandia, declaración interpretativa en el momento de la ratificación, 7 de septiembre de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, págs. 622 y 623.

¹⁹³ En el momento de la firma, Egipto declaró que su interpretación del artículo 8 sería la siguiente: «Las disposiciones del Estatuto con respecto a los crímenes de guerra a que se hace referencia en el artículo 8 en general y el artículo 8, párrafo 2, apdo. b, en particular, se aplicarán con independencia de los medios con los que se hubieran perpetrado o del tipo de armas utilizado, incluidas las armas nucleares, siempre que sean de carácter indiscriminado y causen daños innecesarios, en contravención del derecho internacional humanitario». Egipto también declaró que «El artículo 8, párrafo 2, apdo. b), incs. xvii) y xviii), del Estatuto se aplicarán a todos los tipos de emisiones que sean indiscriminadas en sus efectos y a las armas utilizadas para provocarlas, incluidas las emisiones resultantes de la utilización de armas nucleares». Egipto, declaración formulada en el momento de la firma, 26 de diciembre de 2000, *Multilateral Treaties...*, cap. XVIII, 10.

¹⁹⁴ Suecia formuló una declaración general con respecto a los crímenes de guerra mencionados en el artículo 8 del Estatuto que se refiere a los métodos de la guerra, recordando la opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de la Corte Internacional de Justicia, y «en particular sus párrafos 85 a 87, en que la Corte llega a la conclusión de que no cabe duda de la aplicabilidad del derecho humanitario a las armas nucleares». Suecia, declaración interpretativa con ocasión de la ratificación, 28 de junio de 2001, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, pág. 631.

refirió explícitamente a la declaración formulada en el momento de la ratificación del Protocolo Adicional I¹⁹⁵.

a) *Represalias bélicas*

133. Aunque sujetas a importantes restricciones, las represalias bélicas siguen siendo en determinadas circunstancias un instrumento lícito durante los conflictos armados. En este sentido, pueden utilizarse como medida de respuesta por una de las partes en conflicto contra otra. No hay una definición jurídica del concepto, pero su significado es bastante claro.

134. El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario describe la represalia bélica como «una acción que, en otras circunstancias, sería ilícita, pero que, en casos excepcionales, se considera legítima con arreglo al derecho internacional cuando se emplea como medida coercitiva en respuesta a actos ilícitos de un adversario»¹⁹⁶. Hay quien ha descrito el concepto con otras palabras¹⁹⁷.

¹⁹⁵ El Reino Unido declaró que «el Reino Unido entiende que la expresión “el marco establecido del derecho internacional”, que se utiliza en el artículo 8, párr. 2, apdos. *b* y *e*, incluye el derecho internacional consuetudinario determinado mediante la práctica de los Estados y la *opinio juris*. En ese contexto, el Reino Unido confirma y señala a la atención de la Corte las opiniones que expresó, entre otras cosas, en las declaraciones que formuló con motivo de la ratificación de los instrumentos pertinentes de derecho internacional, en particular 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) de 8 de junio de 1977». Reino Unido, declaración interpretativa con ocasión de la ratificación, 4 de octubre de 2001, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, pág. 633.

¹⁹⁶ Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, pág. 580.

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, Greenwood, «The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals», pág. 35: «Las represalias bélicas consisten de actos que, si no pudieran justificarse como represalias, constituirían violaciones de la ley que regula la conducta de la guerra o los conflictos armados [...]. La opinión más compartida es [...] que las represalias bélicas solo pueden adoptarse lícitamente en respuesta a una violación anterior del derecho de los conflictos armados y no en represalia por un recurso ilícito a la fuerza».

«Dado que las represalias son una respuesta a una violación grave previa del derecho internacional humanitario, no están permitidas las represalias “anticipadas” o las “contrarrepresalias”, y las represalias bélicas tampoco pueden ser una respuesta a una violación de otro tipo de derecho. Además, puesto que las represalias tienen por objeto inducir al adversario a cumplir el derecho, no pueden utilizarse como venganza o castigo» (Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, pág. 582).

«Se denomina represalia la medida o el trato de rigor que un Estado adopta contra otro Estado para poner término a las violaciones del derecho de las que es víctima o resarcirse de ellas. Aunque estos actos son contrarios, en principio, al derecho, sus autores los consideran lícitos en las condiciones particulares en que los ejercen, es decir, en respuesta a una violación cometida por el adversario.

No trataremos aquí de las represalias en general, sino en el marco de los conflictos armados, es decir, en el “*ius in bello*”. En el derecho de los conflictos armados, las represalias ejercidas por los beligerantes pueden definirse como medidas coactivas y de excepción de las normas ordinarias de ese derecho, tomadas por un beligerante a raíz de actos ilícitos cometidos por otro beligerante en su detrimento y cuyo propósito es obligar a este, mediante el daño que se le inflige, a respetar ese derecho» (Zimmermann, «Article 85», párrs. 3426 y 3427).

«Las represalias ilícitas no legitiman el recurso a contrarrepresalias por parte del adversario, pues implican medidas que están prohibidas, incluso como represalias.

La prohibición de las represalias no podría suspenderse a causa de una violación sustancial del derecho humanitario convencional. Esto

135. La Comisión se refirió al término «represalias» en sus trabajos sobre el proyecto de responsabilidad del Estado cuando tuvo que determinar la diferencia entre las contramedidas y las represalias. La Comisión observó que en los últimos tiempos el término «represalias» se había limitado a las medidas adoptadas en tiempo de conflicto armado internacional.

Más recientemente, el término «represalias» se ha limitado a las medidas tomadas en el contexto de un conflicto armado internacional; es decir, se ha considerado equivalente a represalias bélicas. El término «contramedidas» cubre la parte del tema de las represalias que no está asociada al conflicto armado, y de conformidad con la práctica moderna y las decisiones judiciales, el término se utiliza en ese sentido en el presente capítulo¹⁹⁸.

136. Aunque las «represalias» no están prohibidas en sentido estricto durante los conflictos armados, su uso está gravemente restringido en virtud del derecho internacional. En primer lugar, las represalias contra personas protegidas están absolutamente prohibidas en toda circunstancia. Lo mismo puede decirse del castigo colectivo de civiles protegidos. También se prohíben las represalias contra bienes protegidos¹⁹⁹. El Protocolo Adicional I y la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales enumeran una serie de blancos protegidos, entre ellos los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, los ataques contra el medio ambiente natural en forma de represalias y las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica), incluso en los casos en que sean objetivos militares²⁰⁰. Aún no existe una prohibición o restricción basada en un tratado (convencional) de las represalias relativas a los medios y métodos de guerra como tales²⁰¹.

podría desprenderse de la misma definición de represalias, razón de ser de las prohibiciones particulares antes mencionadas. Cualquier duda que pudiera plantear el artículo 60 de la Convención de Viena de 29 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en el que se estipula la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación tras una violación de este, queda despejada por el mismo artículo. En efecto, en él se hace explícitamente la reserva de que sus disposiciones están sujetas a las disposiciones de todo tratado aplicables en caso de violación (párrafo 4) y, en particular, a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, incluida la prohibición de represalias (párrafo 5)» (Zimmermann, «Article 85», pág. 1379, párrs. 3458 y 3459).

«Como máximo, tales medidas [represalias] solo entran todavía en consideración en la elección de las armas y métodos de combate empleados contra los objetivos militares» (Pilloud y Pictet, «Protección de la población civil», pág. 627, párr. 1985).

En la causa relativa a la *Lista (Hostages Trial)* que se sustanció a fines de 1947/48, el Tribunal Militar de los Estados Unidos en Núremberg declaró que: «Una represalia es una respuesta a la violación por un enemigo de las leyes de la guerra que, de otro modo, constituiría una violación por su propia parte», *The Hostages Trial*, sentencia de 19 de febrero de 1948, en *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law Núm. 10*, vol. XI/2 (nota 165 *supra*), pág. 1248.

¹⁹⁸ *Anuario...* 2001, vol. II (segunda parte), pág. 137, párr. 3 del comentario al capítulo II (Contramedidas).

¹⁹⁹ Kalshoven, *Belligerent reprisals*, págs. 321 y 322, y *Reflections on the Law of War: Collected Essays*. En la página 767 escribe lo siguiente: «Los Convenios de Ginebra de 1949 prohíben categóricamente las represalias contra personas y bienes protegidos en situaciones de conflicto armado internacional».

²⁰⁰ Protocolo Adicional I, arts. 54, párr. 4, 55, párr. 2 y 56, párr. 4.

²⁰¹ Kalshoven, *Belligerent reprisals*, pág. 323.

137. El artículo 55, párr. 2, del Protocolo Adicional I estipula claramente que los ataques contra el medio ambiente natural en forma de represalias están prohibidos. Como se ha observado anteriormente, el artículo 55 está incluido en la sección I del título IV (Población civil), que se ocupa de la protección general contra los efectos de las hostilidades, y más en concreto en el capítulo III, titulado «Bienes de carácter civil». Esto implica que el medio ambiente se percibe como un bien de carácter civil²⁰².

b) *Ámbito de aplicación*

138. Las disposiciones del Protocolo Adicional I son aplicables a los conflictos armados internacionales, como se señala en el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra. Tales conflictos comprenden también los «conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación»²⁰³. Esto plantea dos cuestiones: si existe una norma consuetudinaria correspondiente con el mismo contenido que también se aplicaría a quienes no son partes en el Protocolo, y si el contenido de esa norma consuetudinaria correspondiente se aplicaría igualmente a los conflictos armados no internacionales.

139. La Convención sobre la Modificación Ambiental no aborda expresamente si es aplicable a conflictos armados internacionales y no internacionales. La Convención obliga a los Estados a «no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado parte» (art. 1, párr. 1). Se trata de una obligación interestatal que abarca claramente una situación en la que dos Estados libran un conflicto armado. Sin embargo, no dice nada de que exista una obligación paralela cuando un Estado está involucrado en un conflicto armado no internacional en su propio territorio ni que sea aplicable cuando una coalición de Estados operan en el territorio de otro Estado que haya consentido su participación en el conflicto.

140. El Estatuto de Roma abarca tanto los conflictos armados internacionales como los no internacionales, aunque establece una clara distinción entre los delitos cometidos en un conflicto armado internacional y los cometidos en un conflicto armado no internacional (art. 8). El artículo 8, párr. 2, apdo. b, inc. iv), antes citado es aplicable a los conflictos armados internacionales. No existe una disposición correspondiente que se aplique a los conflictos armados no internacionales (art. 8, párr. 2, apdo. c). El hecho de que la Corte Penal Internacional no tenga competencia sobre los «daños ambientales graves, generalizados y con efecto a largo plazo» [Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, párr. 31] en los conflictos armados no internacionales no implica necesariamente que sea lícito de causar esos daños. El Estatuto se ocupa únicamente de los

crímenes que entran dentro de la competencia de la Corte. Por lo tanto, no puede extraerse automáticamente una conclusión *a contrario*.

2. OTROS TRATADOS QUE SE REFIEREN A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS ARMADOS

141. Aparte de los tratados mencionados, la protección del medio ambiente también se aborda en otros tratados sobre el derecho de los conflictos armados. El párrafo 4 del preámbulo de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales resulta pertinente a este respecto²⁰⁴. El párrafo reproduce la redacción del artículo 35, párr. 3, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra en el sentido de que está 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 Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III) de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (art. 2, párr. 4) establece que

queda prohibido atacar con armas incendiarias los bosques u otros tipos de cubierta vegetal, salvo cuando esos elementos naturales se utilicen para cubrir, ocultar o camuflar a combatientes u otros objetivos militares, o sean en sí mismos objetivos militares.

Ningún Estado ha hecho declaraciones que mencionen expresamente el medio ambiente en el contexto de la utilización de armas incendiarias²⁰⁵.

142. El Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II) anexo a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales dispone que las marcas de las minas «serán visibles, legibles, duraderas y resistentes a los efectos ambientales, en la medida de lo posible» (párr. 1, d), con lo que se trata de proteger el arma del medio ambiente y no a la inversa.

143. Un requisito similar se encuentra en el anexo técnico del Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra (Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales) (párr. 2, i). Además, los Estados están obligados a aplicar procedimientos adecuados de registro, rastreo y ensayo de los artefactos explosivos, que deberán incluir información, entre otras cosas, sobre «los lugares en que los artefactos han permanecido, las condiciones en que han sido almacenados y los factores ambientales a los que han estado expuestos» (párr. 3, b, v)).

144. Cabe señalar que los tratados que constituyen instrumentos de desarme ponen de manifiesto la conciencia

²⁰⁴ El párrafo 4 del preámbulo dispone lo siguiente: «Recordando además que está 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».

²⁰⁵ Cabe señalar que el Protocolo fue precedido por una resolución aprobada en 1974 sobre el napalm y otras armas incendiarias y todos los aspectos de su eventual empleo, en la cual la Asamblea General: «Condena el empleo del napalm y de otras armas incendiarias en los conflictos armados en circunstancias en que puedan afectar a los seres humanos o dañar el medio ambiente o los recursos naturales, o ambos», resolución 3255 B (XXIX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1974, párr. 1.

²⁰² Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, pág. 525.

²⁰³ Protocolo Adicional I, art. 1, párrs. 3 y 4.

cada vez mayor que existe sobre la necesidad de tener en cuenta los aspectos ambientales en los procesos de manipulación y destrucción. La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción obliga a cada Estado parte a que observe todas las medidas de precaución necesarias para proteger a las poblaciones y al medio ambiente en la aplicación de sus compromisos y, entre otras cosas, a destruir o desviar a fines pacíficos todos los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores especificados en el artículo I de la Convención (art. II). La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción contiene una serie de salvaguardias ambientales que se aplican durante todo el proceso de destrucción²⁰⁶. La Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción permite que un Estado parte que considere que será incapaz de destruir o asegurar que se destruyan todas las minas antipersonal cuya destrucción se ha comprometido a efectuar o asegurar solicite una prórroga del plazo. Tal solicitud debe contener información sobre «las implicaciones humanitarias, sociales, económicas y medioambientales de la prórroga» (art. 5, párr. 4, apdo. c). Por otra parte, y en aras de la transparencia, cada Estado parte debe informar al Secretario General de las Naciones Unidas de las normas ambientales que han de observarse cuando se destruyan las minas (art. 7, párr. 1, apdo. f). Asimismo, la Convención sobre Municiones en Racimo impone a los Estados la obligación de velar por que sus métodos de destrucción cumplan las normas internacionales aplicables para la protección de la salud pública y el medio ambiente (art. 3, párr. 2), y que las señales y otras indicaciones de los límites de la zona de peligro sean, en la medida de lo posible, visibles, legibles, duraderas y resistentes a los efectos ambientales (art. 4, párr. 2, apdo. c). Toda solicitud de prórroga del plazo de destrucción debe contener una evaluación de las implicaciones medioambientales de la prórroga propuesta (art. 4, párr. 6, apdo. h). Además, y en aras de la transparencia, los Estados están obligados a informar de las normas ambientales utilizadas en su programa de destrucción (art. 7, párr. 1, apdos. e y f).

145. En resumen, puede observarse que existe un número limitado de disposiciones convencionales del derecho de los conflictos armados que son directamente pertinentes para la protección del medio ambiente durante los conflictos armados. Hay una lista considerablemente larga de tratados y resoluciones que no contienen ninguna referencia a la protección del medio ambiente²⁰⁷. Al

²⁰⁶ Véanse los artículos IV, párr. 10, V y VII, párr. 3, y el Anexo sobre la Aplicación y la Verificación, en especial las partes IV A), párr. 32, VI, párr. 7, y X, párr. 50.

²⁰⁷ Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I), 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), Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III) y Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV); Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II); Resoluciones de la conferencia diplomática, *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. I (Departamento Federal Político, Berna, 1950), págs. 361 y 362; Convención para la

mismo tiempo, cabe señalar que las disposiciones de tratados anteriores pueden contribuir perfectamente a la protección del medio ambiente, aunque tal vez su principal objetivo fuera proteger los bienes de carácter civil.

B. Principios

146. Los principios más elementales del derecho de los conflictos armados son los principios de distinción, proporcionalidad y precauciones en el ataque, así como las normas que rigen la necesidad militar²⁰⁸. Todos ellos están

Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado con el Reglamento para la Aplicación de la Convención; Los derechos humanos en los conflictos armados, resolución XXIII aprobada en la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos de 12 de mayo de 1968, *Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968*, A/CONF.32/41; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; resolución sobre la distinción entre los objetivos militares y no militares en general y, en particular, los problemas asociados con las armas de destrucción en masa, Instituto de Derecho Internacional, sesión de Edimburgo, 9 de septiembre de 1969 *Yearbook*, vol. 53 (1969), véase también Schindler y Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, págs. 265 y 266; Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra; Anexo I del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949; Reglamento relativo a la identificación, en su versión enmendada el 30 de noviembre de 1993; Convención para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África; resolución sobre los sistemas de armas de pequeño calibre aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales de 28 de septiembre de 1979, A/CONF.95/15; Protocolo (I) sobre Fragmentos No Localizables de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados; Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados; Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y su Enmienda de 21 de diciembre de 2001; Protocolo II sobre Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos; Protocolo III sobre Armas Incendiarias; Protocolo Adicional a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Protocolo IV); Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios; Estatuto del Tribunal Penal 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, aprobado en virtud de la resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y Otras Violaciones de Esa Naturaleza Cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1 de Enero y el 31 de Diciembre de 1994, aprobado en virtud de la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994; Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional (Protocolo III); Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (Freetown, 16 de enero de 2002) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, núm. 38342, pág. 138); Tratado sobre el Comercio de Armas.

²⁰⁸ En el presente informe no se examina la prohibición de emplear armas, proyectiles y materiales y métodos de combate de tal naturaleza que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios, ya que esta norma tiene por objeto proteger a los combatientes de las consecuencias perjudiciales ciertas derivadas de la elección de los medios o métodos de combate. Dicha prohibición no está relacionada con la protección de los civiles ni con la de los bienes de carácter civil.

reflejados en disposiciones concretas de los tratados sobre el derecho de los conflictos armados. La cláusula Martens, o, en otras palabras, el principio de humanidad, se examinará en el próximo informe, ya que este principio es de carácter global y, por lo tanto, particularmente pertinente para analizar también las etapas previa y posterior a los conflictos.

1. PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

147. El principio de distinción es una norma fundamental del derecho de los conflictos armados. Existe para garantizar el respeto a la población civil y los bienes de carácter civil y su protección. Asimismo, permite determinar cuáles pueden ser los objetivos lícitos de los ataques durante los conflictos armados. Por lo tanto, es a la vez una norma prohibitiva y permisiva.

148. El principio de distinción está codificado en el artículo 48 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra como una norma básica y obliga a las partes en el conflicto a que dirijan sus operaciones únicamente contra objetivos militares²⁰⁹. El principio está respaldado por el artículo 51 del Protocolo Adicional I, que establece una protección añadida para la población civil²¹⁰, y por el artículo 52, en el que se pone de manifiesto que los bienes de carácter civil no pueden ser objeto de ataques ni represalias. A pesar de que se infringe reiteradamente, el principio se considera una norma de derecho consuetudinario tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales²¹¹. Asimismo, el principio abarca tanto los medios como los métodos de combate y está confirmado por la jurisprudencia internacional²¹². Además, se reitera en los manuales militares²¹³.

149. En el artículo 52, párr. 1, del Protocolo Adicional I se especifica que los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias y que son bienes de carácter civil «todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2»²¹⁴. En el párrafo 2 de este artículo se dispone que

²⁰⁹ El artículo 48 (Norma fundamental) dispone lo siguiente: «A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares». El principio de distinción tenía un largo historial en el ámbito jurídico antes de que se codificara en el Protocolo Adicional I, pero estos antecedentes históricos no se examinan en el presente informe. El término «objetivo militar» no se había definido antes de la aprobación del Protocolo Adicional I.

²¹⁰ El artículo 51 pone de manifiesto que la población civil o las personas civiles no serán objeto de ataques y que están prohibidos los ataques indiscriminados (véanse los párrafos 2 y 4).

²¹¹ En Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, pág. 7, se señala acertadamente que las infracciones del principio a menudo son condenadas por el Consejo de Seguridad.

²¹² Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, pág. 257 y Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo parcial, frente occidental, *Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims*, 1, 3, 5, 9 a 13, 14, 21, 25 y 26, decisión de 19 de diciembre de 2005 (nota 133 *supra*), págs. 291 a 349.

²¹³ Véanse ejemplos en Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, pág. 4, nota 9.

²¹⁴ El artículo 52 (Protección general de los bienes de carácter civil) establece lo siguiente:

[e]n lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

Se desprende de esta formulación que un bien de carácter civil es una «cosa» y no una configuración más abstracta. Asimismo, los terrenos privados, los cultivos y los recursos naturales pueden perfectamente ser considerados bienes de carácter civil. En ocasiones resulta difícil distinguir entre la protección del medio ambiente como tal y la protección de los objetos y recursos naturales. Por ejemplo, supongamos que un pescador tiene derechos de pesca exclusivos sobre los recursos marinos de una bahía o de una zona marítima concreta y un combatiente utiliza la zona en violación del derecho de los conflictos armados vertiendo productos químicos peligrosos de larga duración aunque esta acción no ofrezca una ventaja militar definida. ¿Se consideraría que esa utilización infringe solo los derechos (económicos) privados del pescador o podría constituir también una violación de la obligación de velar por la protección del medio ambiente natural frente a daños extensos, duraderos y graves²¹⁵?

150. La prohibición de los ataques contra bienes de carácter civil, la población civil y los civiles se reitera en otros tratados, como el Protocolo II relativo a las Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

151. Es posible llegar a la conclusión de que el medio ambiente natural tiene carácter civil por naturaleza y, por lo tanto, no constituye en sí mismo un objetivo militar. Al igual que otros bienes de carácter civil, puede ser atacado si se convierte en un objetivo militar. Por consiguiente, se propone el siguiente proyecto de principio:

«Proyecto de principio 1

El medio ambiente natural tiene carácter civil por naturaleza y no puede ser atacado, a menos que una parte de él se convierta en objetivo militar y solo en ese caso. El medio ambiente natural será respetado y protegido de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, con el derecho internacional humanitario.»

2. PRINCIPIO DE PRECAUCIONES EN EL ATAQUE

152. La obligación de tomar precauciones en los ataques, de conformidad con el Protocolo Adicional I, no

«1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.»

²¹⁵ Protocolo Adicional I, art. 55.

debe confundirse con el principio o criterio de precaución al que a menudo se hace referencia en los tratados sobre el medio ambiente. Hay dos conceptos jurídicos diferentes que se derivan de fuentes diversas y que se aplican en contextos distintos. El principio de precaución exige una acción incluso cuando no haya certeza científica respecto a la producción de daños. Esto contrasta con otro principio del derecho ambiental, a saber, el principio de prevención. Este principio se centra en el daño basado en el conocimiento real o inferido²¹⁶. Ambos principios se examinaron en 2014 en el informe preliminar²¹⁷. No cabe duda de la aplicabilidad de los principios fuera de las situaciones de conflicto armado, tal como ha sido verificado por la jurisprudencia²¹⁸. El alcance de su aplicación depende de la base jurídica para su aplicabilidad y las circunstancias que concurren en cada caso concreto. Una cuestión que se plantea es si los principios son también aplicables durante los conflictos armados. Habrá que hacer una distinción entre la aplicabilidad de los principios fuera de las situaciones de conflicto armado y su posible aplicabilidad al desarrollo de las hostilidades.

153. Aunque no se puede excluir la aplicabilidad general de los principios, hay pocos indicios de que serían aplicables durante el desarrollo de las hostilidades como tal, al menos conforme se entienden en el contexto del derecho ambiental en tiempos de paz.

154. Asimismo, conviene recordar que un elemento importante del derecho de los conflictos armados es el requisito de adoptar medidas de precaución con el fin de preservar a la población civil, a los civiles y a los bienes de carácter civil. La obligación de tomar precauciones contra el efecto de los ataques es relativamente reciente y su objetivo es proteger a la población civil de los efectos de los ataques²¹⁹. En diversos foros se ha afirmado el carácter de derecho consuetudinario de la norma²²⁰. El artículo 57, párr. 2, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra contiene una lista detallada de lo que se entiende por esas precauciones, que deben ser adoptadas al planificar, decidir o realizar un ataque²²¹. En el artículo no se menciona el medio ambiente, pero en la

²¹⁶ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párr. 137.

²¹⁷ *Ibid.*, párrs. 133 a 147.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Rogers, *Law on the Battlefield*, págs. 120 y 121.

²²⁰ Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía (nota 212 *supra*), pág. 330.

²²¹ El artículo 57 (Precauciones en el ataque) establece lo siguiente:

«1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.

2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:

a) quienes preparen o decidan un ataque deberán: i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos; ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil; iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

medida en que este se considera un bien de carácter civil, estará cubierto por las medidas de precaución que han de aplicarse en relación con ese bien.

155. La expresión «precauciones en el ataque», con la que a menudo se hace referencia a la norma, no tiene una significación por sí sola. El significado preciso de «precauciones viables» no se encuentra en el Protocolo Adicional I, sino que tiene que aplicarse en el contexto de otras normas jurídicas. Esto contrasta con el principio de precaución, que es un principio (algunos hablan de criterio) autónomo.

156. El concepto de precauciones viables se define en el artículo 3, párr. 10, del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales como «aquellas factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares»²²². Aunque el requisito de tomar precauciones viables refleja el derecho consuetudinario, la precisión que se recoge en el artículo 3 no es necesariamente la manifestación de una interpretación generalmente aplicable de la norma²²³. Cabe destacar que hay Estados que han expresado su interpretación del término «precauciones viables» al ratificar el Protocolo Adicional I²²⁴.

b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

4. En las operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto deberá adoptar, de conformidad con los derechos y deberes que le corresponden en virtud de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil.

5. Ninguna de las disposiciones de este artículo podrán interpretarse en el sentido de autorizar un ataque alguno contra la población civil, las personas civiles o los bienes de carácter civil.»

²²² Véase también el artículo 1, párr. 5, del Protocolo III sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias, que establece lo siguiente: «Se entiende por “precauciones viables” aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso las consideraciones humanitarias y militares».

²²³ El encabezamiento del artículo 3 del Protocolo II pone de manifiesto que en él se establecen las «restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos». La formulación es la misma que la del texto original del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

²²⁴ Por ejemplo, al ratificar el Protocolo Adicional I, España interpretó que la palabra «posible» significaba que el asunto a que se refería era «factible o posible en la práctica, teniendo en cuenta todas las circunstancias que [concurrieran] en el momento en que se [produjera] el hecho, incluyendo en las mismas aspectos humanitarios y militares». Bélgica declaró que «en vista de los trabajos preparatorios, la expresión “precauciones posibles” del artículo 41 [debía] interpretarse de la misma manera que las “precauciones factibles” mencionadas en los artículos 57 y 58, es decir, las que pueden adoptarse en las circunstancias imperantes en el momento, lo cual incluye consideraciones tanto de carácter militar como humanitario». Los Países Bajos declararon que «la palabra “posible” o “factible” debía entenderse como viable o posible en la práctica habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares». Por su parte,

157. No obstante, hay un fundamento básico de sentido común que sustenta a ambos conceptos, a saber, que toda acción requiere cierta planificación y moderación. Al mismo tiempo, tal vez haya que actuar basándose en la información disponible.

158. Como se ha señalado, el objetivo de la obligación de tomar precauciones en el ataque es mejorar la protección de la población civil, de las personas civiles y de los bienes de carácter civil a fin de garantizar que no se pierden vidas, se producen heridos o se ocasionan daños de manera incidental. Puede decirse que refuerza la norma según la cual solo se pueden atacar objetivos militares.

159. La norma refleja la realidad, a saber, que los civiles y los bienes de carácter civil no pueden ser totalmente protegidos en tiempo de guerra y se producirán pérdidas y daños incidentales.

160. Se propone el siguiente proyecto de principio:

«Proyecto de principio 2

Durante los conflictos armados deberán aplicarse los principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario, incluidos los principios de precauciones en el ataque, distinción y proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar, de manera que se intensifique lo máximo posible la protección del medio ambiente.»

3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

161. El tercer principio fundamental pertinente a los efectos del presente informe es el principio de proporcionalidad, que es una norma del derecho internacional consuetudinario. El principio se refleja en el artículo 51, párr. 5, apdo. *b*, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y se reitera en su artículo 57. Además, el Estatuto de Roma establece que, dentro del marco establecido del derecho internacional, es un crimen de guerra «lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil [...] que sean claramente excesivos en

Argelia afirmó que las expresiones «precauciones posibles» (art. 41, párr. 3), «todo lo que sea factible» (art. 57, párr. 2) y «hasta donde sea factible» (art. 58) debían interpretarse como una referencia a las precauciones y medidas que eran factibles a la luz de las circunstancias y de la información y los medios disponibles en ese momento» (declaración interpretativa formulada en el momento de la adhesión, 16 de agosto de 1989, párr. 1). El Canadá afirmó lo siguiente: «La palabra “posible” o “factible” significa que es viable o posible en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares». Alemania señaló que entendía que la palabra «posible» o «factible» significaba «aquello que [era] viable o posible en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares». El Reino Unido afirmó que entendía que la palabra «posible» o «factible» utilizada en el Protocolo significaba «aquello que [era] viable o posible en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares». Además, el Reino Unido señaló que la obligación mencionada en el artículo 57, párr. 2, apdo. *b*, del Protocolo Adicional I de 1977 se aplicaba únicamente a los que tenían «la autoridad y la posibilidad práctica de cancelar o suspender el ataque». Francia declaró que consideraba que el término «posible» o «factible», tal como se utilizaba en el Protocolo, significaba «aquello que [podía] realizarse o que [era] posible en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares». (<https://ihl-databases.icrc.org>).

relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea» (art. 8, párr. 2, apdo. *b*, inc. *iv*).²²⁵ Huelga decir que se está debatiendo lo que debe considerarse como «ventaja militar general concreta y directa». En general, los Estados aceptan el principio, pero evitan facilitar información sobre su aplicación precisa. Asimismo, se ha subrayado que se debería interpretar teniendo en mente un resultado de buena fe. La Relatora Especial opina que no es tarea de la Comisión tratar de establecer los parámetros de aplicación del principio, cuyas repercusiones probablemente siempre se debatirán dentro y fuera de las esferas jurídica y militar. Por otra parte, la evaluación de lo que es «proporcionado» puede desarrollarse con el tiempo. Es probable que ese desarrollo se vea influido tanto por el aumento de los conocimientos científicos como por la evolución en el pensamiento estratégico y táctico militar y por los avances tecnológicos. Además, los valores de la sociedad cambian a lo largo del tiempo y es probable que también influyan en la manera de interpretar este concepto. Por lo tanto, basta con referirse a la existencia del principio como tal.

162. La Corte Internacional de Justicia ha destacado la importancia de este principio en la protección del medio ambiente. La Corte no consideró que con esos «tratados [sobre derecho internacional humanitario] se [hubiera] 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» y prosiguió señalando lo siguiente:

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 proporcionalidad²²⁶.

163. Es interesante observar que la Corte hace referencia al principio 24 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en apoyo de esta conclusión. El principio 24 establece lo siguiente:

La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario.

164. Por consiguiente, se propone el siguiente proyecto de principio:

«Proyecto de principio 3

Se deben tener en cuenta las consideraciones ambientales al evaluar lo que es necesario y proporcionado en pos de objetivos militares lícitos.»

165. Además de las disposiciones convencionales y los principios del derecho internacional humanitario a que se hace referencia más arriba, la Relatora Especial examinará a continuación las normas pertinentes del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario y algunos manuales internacionales sobre el derecho de los conflictos armados.

²²⁵ Véanse también los comentarios que figuran en la nota 193 *supra*.

²²⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996*, párr. 30.

C. Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario

166. Como se indica en la introducción del presente informe, en 2005 se publicó el trascendental estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, después de unos diez años de haber recopilado material y haber realizado una labor analítica²²⁷. El estudio no tiene precedentes. Además de los documentos sobre la práctica de los Estados facilitados por el estudio, el CICR también ha extraído conclusiones con respecto a la condición de las normas jurídicas que examinó. Como consecuencia de ello, el estudio contiene tres normas relativas a la protección del medio ambiente. Esas normas figuran en la parte II titulada «Personas y bienes especialmente protegidos». La primera es la norma 43, que dispone que los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural. El CICR llega a la conclusión de que «[l]a práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales»²²⁸.

167. La norma 43 se basa en el principio de distinción, la prohibición de destrucción de bienes no justificada por la necesidad militar, el principio de proporcionalidad y otras normas que otorgan protección al medio ambiente natural.

168. La segunda regla, la norma 44, se refiere a la obligación de tener debidamente en cuenta el medio ambiente natural en las operaciones militares. Dicha norma dispone lo siguiente:

Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones²²⁹.

169. El CICR considera que la práctica de los Estados establece esta regla «como norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos armados internacionales y, posiblemente también en los no internacionales»²³⁰.

170. La norma 44 se basa en la obligación de adoptar todas las precauciones factibles para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente, el principio de precaución y la continua aplicación del derecho ambiental (internacional) durante los conflictos armados.

171. La tercera regla, la norma 45, se refiere a una situación en la que existe un riesgo de causar daños graves al medio ambiente natural. Dicha norma establece lo siguiente:

Queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma²³¹.

172. El CICR llega a la conclusión de que igualmente esta norma refleja el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales y, posiblemente, también en los no internacionales. De acuerdo con el comentario adjunto a la norma 45,

[a] parecer, los Estados Unidos son un «objeto persistente» de la primera parte de esta norma. Además, los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido son objetos persistentes por lo que respecta a la aplicación de la primera parte de esta norma al empleo de armas nucleares²³².

173. La norma 45 se basa en el artículo 35, párr. 3, del Protocolo Adicional I, que prohíbe 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», y en la práctica de los Estados extendida de prohibir la destrucción deliberada del medio ambiente natural como un tipo de arma.

174. Hay otra norma más que es directamente pertinente, la norma 42, que se refiere a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Dicha norma dispone lo siguiente:

Se pondrá especial cuidado al atacar obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a saber, presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica, así como otras instalaciones situadas en ellas o en sus proximidades, a fin de evitar la liberación de esas fuerzas y las consiguientes pérdidas importantes entre la población civil²³³.

175. El CICR considera que la práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales²³⁴.

176. La norma 42 se basa en las disposiciones detalladas que figuran en el artículo 56, párr. 1, del Protocolo Adicional I y en el artículo 15 del Protocolo Adicional II. Las primeras frases de estas dos disposiciones son idénticas:

Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.

177. Cabe señalar que el Protocolo Adicional I contiene varias excepciones a esta prohibición terminante y estipula que la protección especial contra los ataques otorgada por el párrafo 1 del artículo 56 cesará en esencia si los objetos enumerados se convierten en objetivos militares porque se utilizan en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares. En el Protocolo Adicional II no figura ninguna excepción similar.

178. La norma 42 contiene una obligación de especial cuidado, que en cierto modo va más allá de la formulación

²²⁷ Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I.

²²⁸ *Ibid.*, pág. 97.

²²⁹ *Ibid.*, pág. 163.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*, pág. 168.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*, pág. 155.

²³⁴ *Ibid.*

del artículo 56 del Protocolo Adicional I y del artículo 15 del Protocolo Adicional II, ya que también incluye otras instalaciones situadas en obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas o en sus proximidades. El CICR opina que también debería aplicarse a otras instalaciones, como las plantas químicas y las refinerías de petróleo, e indica lo siguiente:

El hecho de que los ataques a esas instalaciones puedan ocasionar daños graves a la población civil y al medio ambiente implica que la decisión de atacar esas instalaciones, en caso de que se convirtiesen en objetivos militares, requiere que se tomen todas las precauciones posibles cuando sean atacadas²³⁵.

179. Sin lugar a dudas, las conclusiones alcanzadas por el CICR son algo más que una opinión cualificada. Se basan en una práctica de los Estados amplia y extendida y representan la práctica seguida en todas las zonas geográficas y en los principales sistemas jurídicos. No obstante, como se ha indicado anteriormente, su metodología y sus conclusiones han sido objeto de críticas²³⁶.

D. Manuales sobre el derecho internacional aplicable en los conflictos armados

180. No es infrecuente que los expertos jurídicos, militares y técnicos analicen y formulen sugerencias sobre la determinación y el desarrollo del derecho internacional aplicable en los conflictos armados. La tradición se remonta al siglo XIX. Por razones obvias, los manuales militares resultantes (inicialmente de carácter nacional y posteriormente elaborados como manuales internacionales) no son vinculantes para los Estados ni para ninguna otra parte en los conflictos armados, pero han desempeñado un papel notable en el desarrollo del derecho internacional humanitario consuetudinario. Los manuales a menudo son un reflejo de las realidades y necesidades operacionales y, por lo tanto, con frecuencia llegan a servir de base para la práctica nacional o como fuente de inspiración para las reglas de enfrentamiento a nivel nacional o internacional. Puesto que los Estados son más reacios a concertar nuevos acuerdos convencionales vinculantes en materia de derecho internacional humanitario, al mismo tiempo que tienen que ajustar sus políticas operacionales, esos manuales pueden poner de manifiesto una tendencia, es decir, una posible transición del «derecho blando» a la práctica de los Estados. Las normas son a menudo un reflejo de la práctica existente, aunque no necesariamente acompañada de la *opinio juris*, y pueden, o no, convertirse en disposiciones del derecho internacional consuetudinario. Puesto que a menudo los expertos internacionales elaboran los manuales junto con expertos del CICR, los manuales tienden a reflejar las distintas preocupaciones y con mucha frecuencia son un reflejo de los manuales nacionales existentes y las reglas de enfrentamiento vigentes. Por lo tanto, el texto final es siempre una solución de compromiso. Por consiguiente, merece la pena examinar lo que algunos de los manuales más prominentes tienen que decir acerca de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, a saber, el Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los

Conflictos Armados en el Mar (1994)²³⁷, el Manual sobre el derecho de los conflictos armados no internacionales (2006)²³⁸, el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles (2009)²³⁹ y el Manual de Tallin sobre el derecho internacional aplicable a la guerra cibernética (2012)²⁴⁰.

1. MANUAL DE SAN REMO SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS EN EL MAR

181. El Manual de San Remo se refiere a la protección del medio ambiente en varios supuestos²⁴¹. Se puede decir que es el manual con mayor amplitud de miras de todos en lo que se refiere a la protección del medio ambiente durante los conflictos armados. Esto debería considerarse a la luz de los antecedentes del desarrollo del derecho del mar que condujeron a la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en virtud de la cual se introdujeron nuevas zonas jurisdiccionales (la zona económica exclusiva y las aguas archipelágicas) junto con el reconocimiento de un mar territorial de 12 millas marinas y una nueva definición de la plataforma continental, lo cual cambió el carácter jurídico de importantes zonas de operaciones de los Estados que participaban en conflictos armados. La anterior división del espacio marítimo en un estrecho territorio marítimo (aguas interiores y mar territorial) y la alta mar fue sustituida por una división de tres niveles de la columna de aguas marítimas, a saber, las aguas soberanas, las zonas en las que el Estado ribereño tenía derechos soberanos netamente definidos y derechos jurisdiccionales claramente estipulados y, por último, las zonas en que el principio de libertad de la alta mar era aplicable sin más restricciones²⁴². La zona económica exclusiva se caracterizaba por tener un régimen jurídico *sui generis*²⁴³. Era en las zonas *sui generis* en las que

²³⁷ Véase también Doswald-Beck, «El Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar». El texto fue aprobado en 1994. Algunos de los expertos que participaron en la elaboración del Manual de San Remo también intervinieron en la labor del manual relativo a la guerra aérea y la guerra de misiles, publicado por el Programa de Política Humanitaria e Investigación de Conflictos de la Universidad de Harvard.

²³⁸ Schmitt y otros, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*. El Manual refleja los resultados de un importante proyecto elaborado por el Instituto Internacional de Derecho Internacional, bajo la dirección de Dieter Fleck. De acuerdo con el prólogo (pág. ii) el proyecto no está completamente finalizado, y por tanto debe leerse con precaución y referirse al mismo solo en el contexto del presente tema.

²³⁹ Universidad de Harvard, Facultad de Salud Pública, Programa de Política Humanitaria e Investigación de Conflictos, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*. El texto final fue adoptado en 2009.

²⁴⁰ Schmitt, *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. El texto final fue concluido en 2012.

²⁴¹ Respecto al debate sobre la evolución de la situación de la protección del medio ambiente en el contexto naval, véase Heintschel von Heinegg y Donner, «New Developments in the Protection of the Natural Environment in Naval Armed Conflicts».

²⁴² La zona de operaciones en el espacio aéreo se vio afectada en la medida en que los Estados ampliaron sus mares territoriales. Cierta zona de operaciones de los fondos marinos también pasó a estar sujeta a un nuevo régimen jurídico debido a la modificación de las normas en relación con la plataforma continental.

²⁴³ Para la aplicación de las disposiciones de la parte VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, respecto de la alta mar, véanse los artículos 6 y 58 de la Convención.

²³⁵ *Ibid.*, pág. 158.

²³⁶ Véase el capítulo I *supra*. Para las normas relativas a la protección del medio ambiente natural, véase Hulme, «Natural Environment», págs. 204 a 237.

los Estados ribereños gozaban de jurisdicción exclusiva con respecto a la protección del medio ambiente, salvo por lo que respecta a la inmunidad de los buques de guerra y de otros buques gubernamentales que no tenían fines comerciales.

182. Cabe recordar que en el momento de la elaboración del Manual de San Remo la guerra entre la República Islámica del Irán y el Iraq y la guerra entre el Iraq y Kuwait estaban todavía presentes en la mente de muchas personas. Además, la protección del medio ambiente durante los conflictos armados también fue objeto de gran atención en las Naciones Unidas²⁴⁴.

183. El Manual de San Remo incluye «los daños causados al medio ambiente natural [...] o su destrucción» en la definición de bajas incidentales o daños incidentales²⁴⁵. Era la primera vez que el «medio ambiente natural» se incluía en la definición de «daños incidentales». El comentario pone de manifiesto que se hizo de manera intencionada para garantizar que los «daños incidentales» se aplicaran también al medio ambiente natural. Había que utilizar diferentes normas para evaluar si un ataque causaría excesivos daños colaterales; se considerarían con más atención los probables daños incidentales para la vida de los civiles que los provocados al medio ambiente²⁴⁶.

184. El Manual de San Remo también introduce la aplicación del principio de la debida consideración²⁴⁷ en el contexto de la guerra naval. Esto impone un deber adicional sobre los Estados beligerantes no solo de respetar el derecho de los conflictos armados en el mar, sino también de

tener debidamente en cuenta los derechos y deberes del Estado ribereño, entre otros, los relacionados con la exploración y explotación de los recursos económicos de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, así como con la protección y la preservación del medio marino²⁴⁸.

²⁴⁴ Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo V, párrs. 10 a 16.

²⁴⁵ La norma 13, apdo. c, establece que se entiende por «bajas incidentales» o «daños incidentales» «las pérdidas de vidas de civiles u otras personas protegidas, o las lesiones que se les infligen, así como los daños causados al medio ambiente natural o a bienes que no son objetivos militares en sí mismos, o su destrucción».

²⁴⁶ Manual de *San Remo*, párr. 13.10.

²⁴⁷ Respecto del debate sobre el principio de la debida consideración en el contexto del derecho del mar, véase, por ejemplo, Soons, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea* y Walker, *Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention*.

²⁴⁸ La norma 34 dispone lo siguiente: «Si se llevan a cabo acciones hostiles dentro de la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental de un Estado neutral, los Estados beligerantes, además de observar las otras normas aplicables del derecho de los conflictos armados en el mar, deben tener debidamente en cuenta los derechos y deberes del Estado ribereño, entre otros, los relacionados con la exploración y explotación de los recursos económicos de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, así como con la protección y preservación del medio marino. Deben, en particular, tener debidamente en cuenta las islas artificiales, las instalaciones, las estructuras y las zonas de seguridad establecidas por los Estados neutrales en la zona económica exclusiva y sobre la plataforma continental». Cabe señalar que en la norma 13, apdo. d, del Manual de San Remo se define «neutral» como «todo Estado que no es parte en el conflicto». La definición y sus consecuencias resultaron controvertidas; véanse las explicaciones de la norma 13, párrs. 13.11 a 13.14 en Doswald-Beck, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*.

185. Además, el Manual introduce la obligación de que el beligerante notifique al Estado ribereño si considera necesario colocar minas en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental de un Estado neutral²⁴⁹.

186. Por otra parte, el Manual de San Remo se ocupa de la protección del medio ambiente en la sección dedicada a las normas básicas y a la distinción entre personas o bienes protegidos y objetivos militares. La norma 44 establece lo siguiente:

Los métodos y medios de guerra deben emplearse con la debida consideración por el medio ambiente natural, teniendo en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional. Quedan prohibidos los daños y las destrucciones del medio ambiente natural no justificados por las necesidades militares y que se causen arbitrariamente.

Esta es una obligación general que no tiene reflejo en el texto de ninguno de los tratados existentes. La formulación más cercana se encuentra en el artículo 55 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra²⁵⁰. El artículo 55 refleja la noción general de que la elección de los métodos y medios de hacer la guerra no es ilimitada. Diecisiete años después de la aprobación del Protocolo Adicional I, el Manual de San Remo fue un poco más lejos en este aspecto y la norma 44 fue el resultado de largas deliberaciones. No se aceptó una referencia a la «fórmula de la debida consideración» sin reservas, principalmente debido a la falta de normas imperativas en sentido contrario²⁵¹.

187. Por último, los buques y las aeronaves del enemigo no deben ser atacados si están concebidos o adaptados exclusivamente para combatir casos de contaminación en el medio marino²⁵². Esos buques tampoco podrán ser capturados²⁵³. Ambas normas son innovadoras²⁵⁴.

²⁴⁹ La norma 35 dispone lo siguiente: «Si un beligerante considera necesario colocar minas en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental de un Estado neutral, deberá notificarlo a este Estado y asegurarse, entre otras cosas, de que las dimensiones del sector minado y el tipo de minas utilizadas no pongan en peligro las islas artificiales, las instalaciones y las estructuras, ni dificulten el acceso a ellas, y deberá evitar, en la medida de lo posible, que se obstaculice la exploración o explotación de la zona por el Estado neutral. Asimismo, deberá tenerse debidamente en cuenta la protección y la preservación del medio marino».

²⁵⁰ La ubicación del artículo en el título IV, «Población civil, sección I. Protección general contra los efectos de las hostilidades», en el capítulo III, «Bienes de carácter civil», es relevante en este contexto.

²⁵¹ Manual de *San Remo*, párrs. 44.1 a 44.10.

²⁵² La parte pertinente de la norma 47 del Manual de San Remo dispone lo siguiente: «Las siguientes clases de naves enemigas no deben ser atacadas: [...] h) las naves concebidas o adaptadas para combatir exclusivamente las contaminaciones accidentales del medio marino». No hay ninguna norma paralela en el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles; véase la norma 47, que se ocupa de la protección de las aeronaves civiles en términos generales.

²⁵³ La parte pertinente de la norma 136 establece lo siguiente: «Las siguientes naves gozan de inmunidad contra la captura: [...] g) las naves concebidas o adaptadas para combatir exclusivamente las contaminaciones accidentales del medio marino, cuando realicen efectivamente tales actividades». No hay ninguna norma paralela en el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles; no obstante, véase la norma 67, según la cual no se podrán capturar como botín de guerra las aeronaves a las que se otorgue salvoconducto.

²⁵⁴ Manual de *San Remo*, párrs. 47.52 h) y explicación de la norma 136, párr. 136.1.

2. MANUAL SOBRE EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

188. En el Manual sobre el derecho de los conflictos armados no internacionales solo figura una norma acerca de la protección del medio ambiente natural, que establece que «el daño causado al medio ambiente natural durante las operaciones militares no debe ser excesivo en relación con la ventaja militar prevista de esas operaciones»²⁵⁵. Los autores del Manual sobre el derecho de los conflictos armados no internacionales afirman que la norma enunciada en los artículos 35, párr. 3, y 55 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que se refiere a los daños al medio ambiente natural en términos de «daños extensos, duraderos y graves» en el contexto de los conflictos armados internacionales, no ha sido aceptada como norma del derecho internacional consuetudinario ni en los conflictos armados internacionales ni en los no internacionales.

189. Asimismo, se afirma que «el medio ambiente natural es un bien de carácter civil» y, por lo tanto, algunas partes del medio ambiente se benefician de todas las normas relativas a la protección de los bienes de carácter civil. Se señala que, al igual que otros bienes de carácter civil, «pueden convertirse en objetivos militares en virtud de su naturaleza, ubicación, propósito o utilización»²⁵⁶. En el Manual sobre el derecho de los conflictos armados no internacionales se indica además que la Convención sobre la Modificación Ambiental prohíbe «modificar» el medio ambiente como método de combate si ello produce efectos vastos, duraderos o graves en el medio ambiente²⁵⁷. Esto indica que los autores consideran que la Convención sobre la Modificación Ambiental es aplicable también en los conflictos armados no internacionales.

3. MANUAL SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LA GUERRA AÉREA Y LA GUERRA DE MISILES

190. El Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles contiene las formulaciones más restrictivas con respecto a la protección del medio ambiente. Se ocupa de manera explícita del medio ambiente en dos normas que figuran en su sección M, titulada «Protección específica del medio ambiente natural». Merece la pena citar las normas *in extenso*. La primera (norma 88) es una norma general que dispone lo siguiente: «Está prohibida la destrucción del medio ambiente natural llevada a cabo arbitrariamente». La segunda (norma 89) se refiere a los aspectos concretos de las operaciones aéreas o con misiles y en ella se dispone lo siguiente: «Al planificar y llevar a cabo operaciones aéreas o con misiles, debería prestarse la debida consideración al medio ambiente natural».

191. Las dos normas fueron el resultado de un intenso debate entre los expertos que elaboraron el Manual²⁵⁸. Anteriores borradores del Manual contenían varias normas más con respecto a la protección del medio ambiente.

²⁵⁵ Norma 4.2.4.

²⁵⁶ *Ibíd.*, comentario 1 a la norma 4.2.4.

²⁵⁷ *Ibíd.*, comentario 2 a la norma 4.2.4.

²⁵⁸ El proyecto fue puesto en marcha por el Programa de Política Humanitaria e Investigación de Conflictos de la Universidad de Harvard en 2003 con el objetivo de dejar constancia del derecho internacional en vigor aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles.

Las dos únicas que perduraron fueron las mencionadas normas 88 y 89, que representan el mínimo común denominador. Sin embargo, esto no significa que las reglas y los principios sobre la protección del medio ambiente sean más débiles que la norma mínima básica reflejada en las normas 88 y 89. En primer lugar, algunos Estados están vinculados por las normas convencionales que establecen obligaciones más allá de lo estipulado en las normas 88 y 89. En segundo lugar, los Estados pueden limitar sus opciones militares a nivel nacional, por ejemplo, mediante leyes o reglamentos nacionales, las reglas de enfrentamiento y las políticas ambientales nacionales, aumentando así la protección del medio ambiente²⁵⁹.

192. Durante la elaboración del Manual se eliminaron las referencias a las normas de la Convención sobre la Modificación Ambiental, en parte porque no se consideraba que fueran un reflejo del derecho consuetudinario. Esto incluyó la expresión «efectos vastos, duraderos o graves» que figura en el artículo I, párr. 1, de dicha Convención. Es comprensible, ya que durante mucho tiempo ha habido resistencia a utilizar «o» en lugar de «y» (como en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra) y es una cuestión que ha recibido críticas, por lo que difícilmente puede afirmarse que esa redacción tenga carácter de derecho consuetudinario. Ligeramente más preocupante es que los expertos no logren llegar a un acuerdo para incluir la formulación que figura en los artículos 35 y 55 del Protocolo Adicional I. En la actualidad hay 174 partes en el Protocolo. Entre ellas figuran cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. El quinto, los Estados Unidos, solo ha firmado el Protocolo. Pocos de los 174 Estados han formulado declaraciones o reservas en relación con los artículos 35 y 55. Las declaraciones o reservas más importantes se refieren a la no aplicabilidad del Protocolo a armas distintas de las convencionales (es decir, el empleo de armas nucleares)²⁶⁰.

193. Como se mencionó anteriormente, el Manual de San Remo incluye «los daños causados al medio ambiente natural [...] o su destrucción» en su definición de bajas incidentales o daños incidentales. Por el contrario, el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles no incluye explícitamente el medio ambiente natural en su definición de los daños colaterales. Su definición establece lo siguiente:

Se entiende por «daños colaterales» la pérdida incidental de vidas de civiles, las lesiones a civiles y los daños a bienes de carácter civil u otros bienes protegidos, o una combinación de ellos, causados por un ataque contra un objetivo lícito²⁶¹.

194. Sin embargo, esto no significa que el medio ambiente natural quede excluido de ser objeto de daños «colaterales». En la medida en que se considera un bien de carácter civil u otro objeto protegido, o una combinación de ambos, sin duda le afectarían tales daños. No hay ninguna explicación en el comentario respecto a por qué se suprimió la referencia²⁶².

²⁵⁹ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párrs. 23 a 47.

²⁶⁰ Véase el párrafo 126 *supra*.

²⁶¹ Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles, norma 1, párr. 1.

²⁶² *Ibíd.*, comentario 2 a la definición de «daños colaterales», pág. 33.

195. Hay otras dos diferencias importantes entre el Manual de San Remo y el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles. La primera se refiere a la zona de operaciones. Es una diferencia lógica. Aunque el derecho de los conflictos armados se aplica a todas las situaciones en las que se esté produciendo un conflicto armado, se debe hacer una distinción entre las operaciones en los territorios de los beligerantes y las operaciones en el territorio de un Estado no beligerante (neutral)²⁶³. Es evidente que las operaciones navales no pueden efectuarse sin considerar los derechos soberanos y la jurisdicción prescrita de ese Estado sobre una zona económica exclusiva. Sin embargo, esto no significa que las operaciones militares no puedan llevarse a cabo en la zona económica exclusiva de un Estado no beligerante (neutral). Simplemente significa que el resultado de la prueba de la razonabilidad (basada en el principio de debida consideración) puede ser diferente de lo que habría sido si la operación se hubiese llevado a cabo en alta mar²⁶⁴. Esto se refleja en el Manual de San Remo, pero no hay necesidad de que se incluya una diferenciación similar en el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles, ya que no existe nada similar a la zona económica exclusiva en el espacio aéreo.

196. La segunda diferencia evidente se encuentra entre la sección dedicada a las normas básicas y a la distinción entre personas o bienes protegidos y objetivos militares (norma 44 del Manual de San Remo) y las dos normas del Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles.

197. No es probable que las operaciones navales modernas tengan lugar de manera aislada respecto de otras operaciones militares. Por el contrario, es probable que se realicen conjuntamente con las fuerzas aéreas. En el supuesto de que un Estado desee incorporar tanto el Manual de San Remo como el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles a su manual militar, ¿cómo se subsanaría la discrepancia entre las normas de los dos manuales? Los expertos examinaron la interacción entre la guerra aérea y la naval²⁶⁵, lo cual incluyó un debate sobre la protección del medio ambiente, tal como se formuló en el Manual de San Remo. A pesar de las opiniones expresadas por algunos expertos, la redacción de la norma 44 del Manual de San Remo difiere de la del Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles y, más concretamente, hay tres diferencias importantes. En primer lugar, según el Manual de San Remo, los métodos y medios de guerra «deben emplearse con la debida consideración por el medio ambiente natural», mientras que en la norma 89 del Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles se indica que «habría que dar la debida consideración» a ese respecto. En segundo lugar, no hay ninguna referencia

en el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles a la idea de que se deban tener en cuenta las «normas pertinentes de derecho internacional». En tercer lugar, en el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles no hay ninguna referencia a las «necesidades militares».

198. La referencia a la «debida consideración» aparece en ambos documentos²⁶⁶. No está del todo claro qué significa en este contexto. Como se señaló, la «debida consideración» tiene su origen en el derecho del mar, donde ha servido como principio básico para garantizar la libertad de la alta mar desde los días del jurista y filósofo holandés Hugo Grocio. Se introdujo en el Manual de San Remo para ilustrar el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes que intervienen en conflictos armados y de las que no. Este principio también es aplicable *mutatis mutandis* a las zonas económicas exclusivas²⁶⁷.

199. Por último, cabe mencionar que el Manual sobre el derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles no se ocupa deliberadamente de la cuestión de las represalias porque los expertos convocados para elaborarlo decidieron que el Manual debía «diseñarse para uso operacional en la conducción de las hostilidades (*ius in bello*)» y no para «la aplicación y el cumplimiento de la ley en las relaciones entre Estados»²⁶⁸.

4. MANUAL DE TALLIN SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LA GUERRA CIBERNÉTICA

200. El Manual de Tallin sobre el derecho internacional aplicable a la guerra cibernética es de notable interés en lo que se refiere a la protección del medio ambiente durante los conflictos armados. Cabe recordar que la guerra cibernética está sometida al mismo conjunto de normas que cualquier otro tipo de guerra²⁶⁹.

201. El Manual de Tallin se refiere en varias ocasiones a la protección del medio ambiente. Y, lo que es más

²⁶⁶ En ocasiones la expresión aparece en tratados, como en el Protocolo Adicional I, art. 64, párr. 1, el Convenio III de Ginebra, anexo I, B II) 1), y el Convenio IV de Ginebra, art. 95.

²⁶⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, arts. 87 y 58.

²⁶⁸ Universidad de Harvard, Programa de Política Humanitaria e Investigación de Conflictos, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, introducción, secc. D. También se excluyeron otros temas, dos de los cuales son pertinentes para el debate sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, a saber, la responsabilidad penal individual y los derechos humanos.

²⁶⁹ El Grupo de Expertos del Manual de Tallin llegó a la conclusión de que los principios generales del derecho internacional se aplicaban al ciberespacio; véase la página 13. A la misma conclusión llegó el Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, establecido por la Asamblea General. El Grupo de Expertos Gubernamentales basó sus recomendaciones sobre la premisa de que el derecho internacional era aplicable a las tecnologías de la información y las comunicaciones; véase A/68/98, en particular los párrafos 11, 16, 19 y 23. El Secretario General de las Naciones Unidas expresa su aprecio por que «en el informe se destaquen la trascendencia de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional y la importancia de que los Estados se comporten con responsabilidad».

²⁶³ No hay razón alguna para examinar estas normas a los efectos del presente informe.

²⁶⁴ Obsérvese que la zona económica exclusiva y la alta mar se consideran aguas internacionales.

²⁶⁵ El debate se basó en un análisis crítico presentado por uno de los expertos, Wolff Heintschel von Heinegg, quien ya había participado anteriormente en la labor que dio como resultado el Manual de San Remo.

importante, contiene una sección específica sobre el medio ambiente natural. La norma 83 deja claro que «el medio ambiente natural es un bien de carácter civil y, como tal, goza de protección general frente a los ataques cibernéticos y sus efectos». En el comentario adjunto se explica que la norma refleja adecuadamente el derecho consuetudinario en los conflictos armados internacionales, puesto que «se basa en el principio de distinción y en la prohibición de los ataques contra los bienes de carácter civil»²⁷⁰.

202. Además, la norma 83 establece que «los Estados partes en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra tienen 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».

203. La formulación pone de manifiesto que los expertos convocados para elaborar el Manual estaban divididos en cuanto a si las prohibiciones que figuraban en el artículo 35, párr. 3, y el artículo 55, párr. 1, del Protocolo Adicional I eran un reflejo del derecho internacional consuetudinario. Decidieron superar sus discrepancias redactando la correspondiente norma que se aplicaba solamente a los Estados que eran partes en el Protocolo²⁷¹.

204. No hay ninguna cláusula que prohíba de forma explícita destruir de modo arbitrario el medio ambiente. No obstante, del comentario se desprende claramente que los expertos suponían que esa prohibición existía. Se explicó que «arbitrario» significaba que «la destrucción [era] la consecuencia de una acción deliberada adoptada con intención dolosa, es decir, la acción no [podía] justificarse por necesidades militares»²⁷² y se sugirió que «sería ilícito emplear medios cibernéticos para desencadenar un vertido de petróleo en un curso de agua simplemente para causar daños ambientales»²⁷³.

205. Aunque el Protocolo Adicional I no se aplica a los conflictos armados no internacionales, algunos

²⁷⁰ Manual de Tallin, comentario I a la norma 83. Hubo pleno acuerdo en que el medio ambiente era un objeto de carácter civil y estaba protegido como tal hasta que se convirtiera en un objetivo militar.

²⁷¹ Esta es una técnica que se había empleado en un par de ocasiones para superar las discrepancias acerca de si una determinada disposición reflejaba el derecho internacional consuetudinario.

²⁷² *Ibíd.*, norma 83, párr. 5.

²⁷³ *Ibíd.*

expertos consideraron que sus disposiciones sobre el medio ambiente se aplicaban como una cuestión de derecho consuetudinario a esos conflictos.

206. El Manual de Tallin reitera la prohibición de las represalias conforme al Protocolo Adicional I afirmando que el medio ambiente natural y las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica no podrán ser objeto de ataques cibernéticos en forma de represalias²⁷⁴.

207. Sobre la base de la práctica de los Estados, los convenios pertinentes y la doctrina, se propone el siguiente proyecto de principio:

«Proyecto de principio 4

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.»

E. Conclusiones

208. No ha habido novedades respecto de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados en el ámbito del derecho convencional. Solo tres tratados se refieren directamente a la cuestión, a saber, la Convención sobre la Modificación Ambiental, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y, aunque de manera diferente, el Estatuto de Roma. Habida cuenta del número de Estados partes en esos tratados, no parece posible llegar a la conclusión de que las disposiciones pertinentes de esos tratados establezcan normas. Esta es la conclusión del estudio de la CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. Asimismo, algunos Estados han formulado reservas, declaraciones interpretativas o declaraciones a esas disposiciones. Por lo general, pueden incluirse en dos categorías: una de ellas se refiere al uso de las armas nucleares y la otra a la selección de objetivos. Esto significa que los Estados seguirán teniendo diferentes puntos de vista sobre las repercusiones concretas de las disposiciones, como el umbral prescrito de los daños ambientales.

209. Asimismo, otros tratados ponen de manifiesto un mayor deseo de proteger el medio ambiente.

²⁷⁴ *Ibíd.*, norma 47. Se señala acertadamente que el concepto de represalias no existe en los conflictos armados no internacionales; véase el comentario 3 a la norma 47, párr. 3, pág. 153.

CAPÍTULO VIII

Zonas protegidas

A. Zonas desmilitarizadas

210. No es infrecuente que se asigne a las zonas físicas un régimen jurídico especial como medio para protegerlas y preservarlas. Esto puede hacerse mediante acuerdos internacionales o por medio de la legislación nacional. En determinadas condiciones, esas zonas no solo están protegidas en tiempos de paz, sino que además no pueden ser atacadas durante los conflictos armados. No se producirán daños ambientales en la zona como consecuencia de las

actividades armadas siempre que se respeten las prohibiciones con respecto a esa zona.

211. La primera categoría que viene a la mente es la de zonas desmilitarizadas. La expresión «zonas desmilitarizadas» tiene un significado especial en el contexto del derecho de los conflictos armados. Esas zonas son establecidas por las partes en el conflicto y suponen que las partes tienen prohibido extender sus operaciones militares a ellas en la medida en que tal extensión sea contraria a los términos

de su acuerdo²⁷⁵. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario considera que la regla refleja una norma del derecho consuetudinario tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales²⁷⁶. A menudo se establecen zonas desmilitarizadas por diversas razones (militares, humanitarias, políticas), por ejemplo, como medida para impedir que un conflicto empeore o como un paso hacia un tratado de paz. La dimensión política de las zonas desmilitarizadas establecidas legalmente se pone de manifiesto por la importancia que les atribuye el Consejo de Seguridad. Las violaciones de los acuerdos sobre zonas desmilitarizadas a menudo son criticadas por el Consejo y se exhorta a las partes a que se adhieran a esos acuerdos.

212. También hay otros tipos de zonas desmilitarizadas. Esas zonas pueden haberse creado en tiempos de paz y no estar relacionadas con un conflicto armado en curso. Pueden haberse denominado zonas desmilitarizadas, zonas de paz, zonas para fines pacíficos, zonas libres de armas nucleares y zonas desnuclearizadas, por mencionar solo algunos ejemplos. Algunos miembros de la Comisión se han referido a la importancia de dichas zonas durante el debate sobre el tema que se examina y es en este contexto en el que se formulan las siguientes observaciones.

213. El concepto de «desmilitarización» no tiene una definición autorizada clara en el derecho internacional público. Sin embargo, es un concepto bien establecido, tanto dentro como fuera del contexto jurídico. En cuanto a la utilización de los términos, es evidente que el derecho internacional no exige que una zona concreta haya tenido que ser objeto de algún tipo de militarización antes de poder obtener el régimen de desmilitarizada²⁷⁷.

214. La desmilitarización se ha definido a menudo como la obligación que tiene un Estado de no emplazar fuerzas militares o no mantener instalaciones militares en determinadas zonas de su territorio. A menudo se afirma que la desmilitarización conlleva la obligación de desarmar o la prohibición de las armas en la zona desmilitarizada y, por lo tanto, constituye una transgresión de la soberanía territorial del Estado. Con arreglo a esa opinión, no se interpreta la desmilitarización de modo que se impida a un Estado utilizar su derecho a defender su territorio frente a amenazas externas²⁷⁸. Sin embargo, los numerosos ejemplos de zonas desmilitarizadas en la historia y en

el mundo de hoy²⁷⁹ indican claramente que no son casos equivalentes ni pueden recibir ese tratamiento. Parecería pertinente efectuar una clasificación respecto de la condición jurídica del territorio sometido a un régimen de desmilitarización²⁸⁰ y es posible establecer tres categorías principales, la primera de las cuales incluye las zonas desmilitarizadas bajo la soberanía de un Estado, como el régimen de las islas Aland o el archipiélago de Svalbard. Una segunda categoría de zonas desmilitarizadas está constituida por aquellas que se encuentran bajo el control de un grupo limitado de Estados o de órganos internacionales, como la zona desmilitarizada entre la República de Corea y la República Popular Democrática de Corea. La tercera categoría estaría integrada por las zonas desmilitarizadas situadas fuera de la jurisdicción nacional, como la zona internacional de los fondos marinos y el espacio ultraterrestre²⁸¹.

215. Se podría considerar que conceptualmente las «zonas de paz» son diferentes de las zonas desmilitarizadas, pero las diferencias conceptuales han quedado desdibujadas por la reciente tendencia de integrar las «zonas de paz» en tratados jurídicamente vinculantes. Por consiguiente, hay una zona gris²⁸². Los «fines pacíficos» son otro concepto que carece de definición jurídica, lo cual se desprende de algunos tratados, como el Tratado Antártico²⁸³, que consideran los «fines pacíficos» más un concepto de política que un concepto jurídico. No conlleva por sí mismo obligaciones jurídicas particulares. Sin embargo, el concepto es un indicador del objeto y el propósito de los tratados²⁸⁴.

²⁷⁹ Véase, por ejemplo, Delbrück, «Demilitarization», págs. 150 a 152. Sobre las zonas desmilitarizadas en Europa, véase Ahlström, *Demilitariserade och Neutraliserade Områden i Europa*.

²⁸⁰ Para una forma diferente de clasificación, véase Black y otros, *Neutralization and World Politics*, pág. xi.

²⁸¹ Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 141; 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 (al 1 de enero de 2015, el Tratado tenía 103 partes, incluidos todos los Estados poseedores de armas nucleares); y el Tratado sobre Prohibición de Emplazar Armas Nucleares y Otras Armas de Destrucción en Masa en los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo.

²⁸² Véase, por ejemplo, Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, y Prawitz, «The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia», pág. 651. Subedi (*Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, pág. xli) ha descrito las «zonas de paz» como intentos por «aislar el espacio que las contiene de la militarización y la injerencia externa que no llega a constituir una simple agresión».

²⁸³ Art. I. La Antártida está, sin duda alguna, desmilitarizada. No está incluida en ninguna de las tres categorías debido a las diferencias de opinión entre los Estados con respecto a su condición.

²⁸⁴ Supone una restricción a las «medidas de carácter militar», pero no solo a ellas ni en todos los casos. Véase, por ejemplo, informe del Secretario General, «Estudio sobre la carrera de armamentos navales», A/40/535, en relación con los artículos 88, 242, párr. 1 y 246, párr. 3, en donde se observa esta ausencia de definición. Obsérvese que la noción de «fines militares» se encuentra, por ejemplo, en el Estatuto del Organismo Internacional de Energía Atómica, artículo III, A), 5 y también en otros estatutos del OIEA; véase Pinto, «Maritime Security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea», pág. 32 y notas 94 y 95, también sin definirlo. No es una tarea fácil definir «fines pacíficos» como demostró Subedi. Si bien el derecho internacional en general ofrece escasa contribución al significado de «fines pacíficos», el Tratado Antártico aporta algo más, y, de hecho, también Subedi recurre al Tratado Antártico después de no haber conseguido encontrar una definición específica en otros lugares, Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, pág. 59.

²⁷⁵ Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, art. 60, párr. 1.

²⁷⁶ Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, págs. 135 y 136. Atacar una zona desmilitarizada constituye una grave violación del Protocolo. Véase el Protocolo Adicional I, art. 85, párr. 3, apdo. d.

²⁷⁷ Huelga decir que «fines pacíficos» y «desmilitarización» no son sinónimos. Por lo tanto, no es suficiente designar una zona para su utilización «para fines pacíficos» para lograr automáticamente que la zona en cuestión se convierta en «desmilitarizada». Por otra parte, no existe ninguna definición unánime de «zona de paz», pese a que su existencia y su contenido están bien documentados; véase, por ejemplo, Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*.

²⁷⁸ Véase, por ejemplo, la definición en Delbrück, «Demilitarization», pág. 150. Una definición similar se encuentra en Björklund y Rosas, *Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering*. Las islas Aland son al mismo tiempo una zona desmilitarizada y neutralizada. Björklund y Rosas indican otros ejemplos de zonas desmilitarizadas y neutralizadas, a saber, Spitzbergen, la Antártida y el estrecho de Magallanes (ibid., pág. 17). Véase Hannikainen, «The Continued Validity of the Demilitarized and Neutralized Status of the Åland Islands», pág. 616.

216. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar introdujo la aplicación de los conceptos de «utilización pacífica» y «fines pacíficos» en el contexto del derecho del mar. No se pueden encontrar disposiciones similares en tratados anteriores sobre el derecho del mar. La Convención establece que «la alta mar será utilizada exclusivamente con fines pacíficos» (art. 88). La introducción de la noción de «fines pacíficos» no significa que estén prohibidas las actividades militares en la alta mar y en otras zonas marítimas o de los fondos marinos²⁸⁵. El procedimiento de arreglo de controversias de la Convención es prueba de ello. El mecanismo obligatorio para el arreglo de controversias es aplicable a esas actividades a menos que un Estado declare por escrito que no acepta los procedimientos obligatorios que entrañan decisiones vinculantes que se prevén en la Convención (art. 298, párr. 1, apdo. b). La mayoría de los juristas internacionales convienen en que el artículo 88 no prohíbe las actividades militares²⁸⁶. De esta conclusión se desprende que las actividades militares en el mar no contravienen necesariamente el objetivo de los fines pacíficos. Por consiguiente, una actividad militar puede considerarse compatible con el objetivo de los fines pacíficos y, por lo tanto, podría considerarse una actividad lícita.

217. La tradicional libertad de la alta mar pertinente en este contexto es su utilización militar pacífica. Ese derecho ha sobrevivido firmemente en el régimen jurídico posterior a la Segunda Guerra Mundial. Pocos juristas, y en menor grado todavía la práctica de los Estados, consideran que las patrullas militares, las maniobras militares o incluso los ensayos de armas sean contrarios a la libertad de la alta mar y, menos aún, al objetivo de fines pacíficos que figura en el artículo 88 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Otras disposiciones de la Convención refuerzan la interpretación de que la utilización militar pacífica de la alta mar queda en gran medida salvaguardada. Habiendo dicho esto, cabe recordar que todo uso de la alta mar está sujeto al principio de la debida consideración establecido en el artículo 87, párrafo 2, de la Convención. En lo que respecta a la aplicación del principio de la debida consideración, su aplicación a las zonas designadas como zona económica exclusiva es más compleja que su aplicación a la alta mar. Algunos países han afirmado que están prohibidas las maniobras militares extranjeras en su zona económica exclusiva²⁸⁷. A fin de encontrar disposiciones que

prohíben determinados usos militares de la alta mar, hay que acudir a otro sistema de normas, principalmente a la Carta de las Naciones Unidas, según la cual no se permite ningún acto de agresión, y también, por ejemplo, a los tratados sobre medio ambiente y desarme. El artículo 88 de la Convención no pretende la desmilitarización de la alta mar. Esto se pone de manifiesto por el hecho de que se han realizado intentos de desmilitarizar zonas concretas del mar, como el Océano Índico, por medio de acuerdos especiales, paralelamente a la norma básica ya establecida según la cual la alta mar estará reservada para fines pacíficos²⁸⁸. El artículo 301 de la Convención también contempla la utilización del mar con fines pacíficos, aunque esas palabras solo se mencionan en el título y simplemente se refiere a la obligación de abstenerse de recurrir al uso de la fuerza.

218. Las zonas marítimas que forman parte de una zona desmilitarizada o de una zona libre de armas nucleares constituyen una cuestión jurídica particular, habida cuenta del régimen especial de la zona económica exclusiva. Si bien es posible considerar que la zona económica exclusiva es una categoría *sui generis*, a los efectos de la navegación y de las actividades militares, se consideran aguas internacionales²⁸⁹. La consecuencia jurídica es que los Estados no pueden regular las zonas fuera de su soberanía o jurisdicción de un modo que sea vinculante para los terceros Estados.

B. Zonas libres de armas nucleares

219. En 1975, la Asamblea General aprobó la definición de «zona libre de armas nucleares». Esto exige un tratado o una convención como base²⁹⁰. Probablemente todavía sigue siendo así en lo que respecta a la creación de una zona libre de armas nucleares, si bien no describe la realidad actual

Derecho del Mar y el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.97.V.3, 1997), pág. 29). Se había formulado una declaración similar en el momento de la firma de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *ibíd.*, pág. 4. La India, en el momento de la ratificación en 1995, formuló una declaración casi idéntica a la del Brasil, si bien la India incluía también a la plataforma continental, *ibíd.*, pág. 38. Contrariamente a la opinión del Brasil, Alemania ha afirmado (1994) que los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño en la zona económica exclusiva «no incluyen los derechos a obtener una notificación de los ejercicios o maniobras militares o a autorizarlos», *ibíd.*, pág. 24. Italia formuló la misma declaración en 1995, *ibíd.*, pág. 39. Los autores que toman como punto de partida el principio de la libertad de la alta mar y la redacción de la Convención, en cuyo artículo 88 se establece que la alta mar estará reservada para «fines pacíficos», tienden a apoyar la interpretación del Brasil.

²⁸⁸ Churchill y Lowe, *The Law of the Sea*, págs. 313 y 314. Véase el artículo correspondiente sobre los fondos marinos, que dice «*exclusivamente** con fines pacíficos». En cuanto a la conexión entre el Océano Índico como zona de paz y el Tratado Antártico, véase, por ejemplo, Moneta, *La Antártida en el sistema internacional del futuro*, págs. 22 y 23.

²⁸⁹ Las aguas archipelágicas son una categoría aparte y no se examinan en el presente informe.

²⁹⁰ La definición se encuentra en la resolución 3472 (XXX) B de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1975, Estudio amplio de la cuestión de las zonas libres de armas nucleares en todos sus aspectos. Para una definición limitada de «Estado poseedor de armas nucleares», véase el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, art. IX, párr. 3. Subedi (*Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, pág. xlii) señala que el concepto de «zonas de paz» apareció por primera vez en el derecho internacional en la década de 1970.

²⁸⁵ El artículo 58, párr. 2, establece que el artículo 88 se aplica en la medida en que no sea incompatible con esa parte de la Convención (es decir, la parte V), que se ocupa de la zona económica exclusiva. Cabe señalar que el artículo 141, que se ocupa del objetivo de los fines pacíficos en relación con la Zona, está redactado de manera diferente, en el sentido de que establece que la Zona estará abierta a la utilización *exclusivamente** con fines pacíficos. Cabe asimismo indicar que la Convención obliga a la Conferencia de Examen a velar por la utilización de la Zona exclusivamente con fines pacíficos (art. 147, párr. 2).

²⁸⁶ Pinto, «Maritime Security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea», pág. 35.

²⁸⁷ Por ejemplo, al ratificar la Convención en 1988, el Brasil afirmó que su Gobierno entendía que las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar «no [autorizaban] a otros Estados a realizar ejercicios o maniobras militares, en particular los que [entrañasen] el empleo de armas o explosivos, [...] sin el consentimiento del Estado ribereño» (División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, El Derecho del Mar: Declaraciones y manifestaciones con respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre el

por lo que se refiere a la creación de zonas de paz, es decir, zonas de paz que también pueden establecerse por otros motivos, aunque, por supuesto, sus consecuencias jurídicas serán limitadas. Por lo tanto, una zona de paz puede considerarse un concepto más liviano, como, por ejemplo, la etapa anterior a que una zona se convierta en zona desnuclearizada jurídicamente vinculante o en zona desmilitarizada. Las zonas de paz terrestres y marítimas y las zonas desnuclearizadas o libres de armas nucleares son, o se pretende que sean, medidas de fomento de la confianza y de desarme en el plano regional. Se ha debatido acerca de su valor y a menudo se han aceptado o bien han sido objeto de intensas críticas²⁹¹. Ahora bien, no solo hay cada vez más, sino que hay una tendencia a transformarlas o reformular sus bases en tratados jurídicamente vinculantes. El Tratado de Tlatelolco (Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe) y el Tratado de Rarotonga (Tratado sobre la Zona Desnuclearizada del Pacífico Sur) son unos de los primeros ejemplos. Desde 1996 se han establecido varias zonas libres de armas nucleares y zonas de paz²⁹². Se ha afirmado que la comunidad internacional alienta el establecimiento de esas zonas²⁹³. Algunas de esas zonas se aplican a los territorios soberanos de las partes, como el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba), el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central (Tratado de Semipalatinsk) y el Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares de Asia Sudoriental (Tratado de Bangkok).

220. Todos los tratados mencionados son jurídicamente vinculantes y algunos de ellos prevén la adhesión de Estados situados fuera de la zona de aplicación del tratado correspondiente. Se ha considerado de gran importancia que los Estados que sean potencias nucleares ubicados geográficamente fuera de la zona de aplicación se adhieran a los denominados «protocolos sobre las garantías»²⁹⁴. Cabe destacar que ningún tratado pretende establecer regímenes objetivos válidos *erga omnes* y que todos ellos contienen cláusulas de adhesión, retirada y revisión.

²⁹¹ Aunque Subedi no aporta ninguna referencia en su conclusión, la Relatora Especial está de acuerdo con la descripción dada por Subedi en lo que respecta a las dos escuelas de pensamiento en este contexto, a saber, quienes consideran que el establecimiento de zonas regionales es innecesario porque «las Naciones Unidas están tratando de lograr la paz mundial» y quienes no ven «ninguna relación de oposición entre el enfoque zonal y el enfoque universal para lograr la paz; el enfoque zonal es complementario y suplementario del enfoque universal» (ibíd., pág. xlv). Sin embargo, también hay otra dimensión que tiene que ver con el control (en particular por parte de las principales potencias).

²⁹² La Asamblea General ha aprobado numerosas resoluciones sobre el tema; véase, por ejemplo, la resolución 60/58, de 8 de diciembre de 2005 (Hemisferio sur y áreas adyacentes libres de armas nucleares). Para ejemplos de la doctrina sobre el tema, véase Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, y Prawitz, «The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia».

²⁹³ Prawitz, «The Concept of nuclear-weapon-free zones», pág. 661 y nota 46, que se refiere a los principios y objetivos para la no proliferación de las armas nucleares y el desarme, aprobados en la Conferencia del Tratado, NPT/CONF.1995/32/DEC.2, anexo al *Final Document of the 1995 Review and Extension Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, Part I, Organization and work of the Conference*, NPT/CONF.1995/32 (Part I).

²⁹⁴ También se ha propuesto establecer zonas libres de armas nucleares en otras zonas, como el Oriente Medio y Asia Nororiental. Prawitz, «The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia», págs. 668 y 669; Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, págs. 115 a 134.

221. Una de las cuestiones más delicadas en la negociación de los tratados de creación de zonas de paz siempre ha sido el ámbito de aplicación. El Tratado de Bangkok incluye la zona económica exclusiva de las partes en el Tratado y el espacio aéreo sobre la plataforma continental (art. 1, apdos. *a* y *b*). Asimismo, el Tratado establece que ninguna de sus disposiciones se entenderá en perjuicio de los derechos o el ejercicio de estos por cualquier otro Estado con arreglo a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 2 de la Convención). En el Tratado se mencionan explícitamente la libertad de la alta mar y el derecho de paso. El Tratado de Pelindaba contiene también una cláusula de salvaguardia con respecto a los derechos protegidos por el principio de la libertad de los mares y al ejercicio de esos derechos (art. 2, párr. 2). Ambos tratados incluyen también mecanismos de cumplimiento e imponen obligaciones a las partes para que cooperen con el Organismo Internacional de Energía Atómica.

222. Por otra parte, en varias ocasiones la Asamblea General ha aprobado resoluciones que establecen zonas de paz o zonas libres de armas nucleares en zonas del mar, como el Océano Índico y el hemisferio sur (es decir, el Atlántico Sur) y zonas adyacentes²⁹⁵. Las resoluciones de la Asamblea General no son jurídicamente vinculantes, pero sí ponen de manifiesto una aspiración política. En un primer momento, ninguno de los cinco Estados poseedores de armas nucleares que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad estaba satisfecho con el establecimiento de esas zonas de paz en zonas marítimas. Sus opiniones, en realidad, eran el reflejo de diferentes perspectivas en relación con el derecho del mar. A pesar de todo, los Estados que en un principio se oponían a la creación de esas zonas decidieron posteriormente participar en los debates al respecto.

223. Sobre la base de lo anteriormente indicado, no es posible llegar a la conclusión de que las zonas desmilitarizadas o las zonas libres de armas nucleares automáticamente seguirán estando libres de todas las actividades militares y, por tanto, protegerán indirectamente el medio ambiente. Todos los tratados tienen que analizarse teniendo en cuenta su redacción, su objetivo y su fin propios. Sin embargo, si se establecen zonas desmilitarizadas mediante «tratados por los que se declara, crea o regula un régimen o un estatuto permanente o derechos permanentes conexos», tales como tratados de «neutralización de una parte del territorio de un Estado», puede considerarse que esos tratados siguen vigentes durante los conflictos armados, de conformidad con el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados²⁹⁶.

C. Zonas declaradas patrimonio natural y zonas de gran importancia ecológica

224. En 2014, algunos miembros de la Comisión sugirieron que se incluyera el patrimonio cultural en el

²⁹⁵ Aplicación de la Declaración del Océano Índico como zona de paz, resolución 50/76 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1995, en la que se recordaron algunas otras resoluciones tales como la resolución 2833 (XXVI), de 16 de diciembre de 1971, la resolución 49/82, de 15 de diciembre de 1994, y la zona de paz y cooperación del Atlántico Sur, resolución 50/18, de 27 de noviembre de 1995.

²⁹⁶ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), art. 7 y anexo (lista indicativa de los tratados a que se hace referencia en el artículo 7).

presente informe, ya que, de lo contrario, se incurriría en incoherencias. Sin embargo, la mayoría de los oradores siguieron considerando que el patrimonio cultural debía quedar excluido. En su resumen del debate, la Relatora Especial subrayó que las cuestiones relativas a los bienes culturales, el patrimonio cultural y el paisaje natural eran complejas. Existe una intrincada relación entre el medio ambiente y el patrimonio cultural, en particular cuando se habla de los aspectos estéticos o característicos del paisaje. Esta cuestión guarda también relación con los derechos de los pueblos indígenas con respecto a su medio ambiente como un recurso cultural y natural²⁹⁷. Existe una brecha entre la protección de los bienes culturales y del patrimonio cultural en relación con los conflictos armados. Esta brecha obedece a que la Convención de 1972 de la UNESCO sobre el Patrimonio Mundial, al incluir también las «obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza» como aspectos estéticos de los paisajes en la definición de patrimonio cultural (art. 1), ofrece una definición más amplia (a este respecto) que el término «bienes culturales» conforme a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado²⁹⁸ y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado. En este contexto, cabe recordar que la Comisión ha incluido los «valores que no tienen una utilidad práctica, como los aspectos estéticos del paisaje» en la definición del medio ambiente que figura en el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, lo cual incluye el disfrute de la naturaleza por su belleza natural y los atributos y oportunidades de recreo que la acompañan²⁹⁹.

225. En este contexto, debería considerarse especialmente la protección de las zonas de gran importancia ecológica que son susceptibles de sufrir las consecuencias negativas de las hostilidades³⁰⁰. Se formuló una propuesta para brindar una protección especial a las zonas de gran importancia ecológica en el momento de redactar los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra cuando

²⁹⁷ La situación de las comunidades árabes de las marismas después de que se ejecutaran los proyectos de drenaje del partido Baaz de Saddam Hussein, que comenzaron durante la guerra entre la República Islámica del Irán y el Iraq en la década de 1980, es un ejemplo trágico de una situación en la que la falta de protección del medio ambiente durante los conflictos armados puede conllevar consecuencias devastadoras para los pueblos que dependen de la tierra para su supervivencia. Véase Roselli, *At the Intersection of Human Rights and the Environment in Iraq's Southern Marshes*. Véase también Oslo International Law and Policy Institute, *Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: An Empirical Study*, págs. 21 a 23.

²⁹⁸ Esta Convención deja claro que hay determinados bienes muebles o inmuebles que son diferentes del resto debido a su gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos. Por lo tanto, la Convención distingue los «bienes culturales» del conjunto de bienes de carácter civil. A continuación, en la categoría de bienes culturales, diferencia los inmuebles de importancia muy grande. Sin embargo, este último tipo de bienes de importancia muy grande no se ajusta plenamente al concepto de «patrimonio cultural».

²⁹⁹ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, párr. 20 del comentario al principio 2 (Términos empleados). Véase también *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, párrs. 79 y 80.

³⁰⁰ Droege y Tougas, «The Protection of the Natural Environment in Armed Conflict – Existing Rules and Need for Further Legal Protection», pág. 43.

un grupo de trabajo de la conferencia presentó una propuesta en virtud de la cual «las reservas naturales públicamente reconocidas con las marcas y los límites adecuados declarados como tal al adversario serán protegidas y respetadas, excepto cuando dichas reservas se utilicen específicamente para fines militares»³⁰¹. La propuesta, formulada en la fase incipiente del derecho ambiental internacional, no fue aprobada.

226. La propuesta debería contrastarse con el sistema comparable de las zonas especialmente protegidas que existe para los bienes culturales. El Segundo Protocolo de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado establece un sistema denominado de «protección reforzada», en virtud del cual los bienes culturales de especial importancia para la humanidad se inscriben en una lista y las partes en el Protocolo se comprometen a no utilizarlos jamás para respaldar operaciones militares (art. 10). También existe un sistema similar de lugares que figuran en una lista establecido en la Convención sobre el Patrimonio Mundial, que exige que los Estados no tomen «deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural» (art. 6, párr. 3). La Convención también contempla la inscripción en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro del patrimonio mundial amenazado por un «conflicto armado que haya estallado o amenace estallar» (art. 11, párr. 4).

227. Por otra parte, la Convención sobre el Patrimonio Mundial también impone obligaciones a los Estados partes en relación con los bienes del patrimonio natural. Conforme a ese instrumento, el Comité del Patrimonio Mundial establece y actualiza una lista del patrimonio mundial en que figuran los bienes del patrimonio cultural y del patrimonio natural (la Lista del Patrimonio Mundial) que se considera que tienen valor universal excepcional. La inclusión en la Lista requiere el consentimiento del Estado de que se trate. Además, el Comité mantiene la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro, que incluye lugares para cuya conservación se requieren operaciones importantes y para los cuales se ha solicitado asistencia en el marco de la Convención³⁰². Los bienes que forman parte del patrimonio cultural y natural se incorporan a la Lista solo si están «amenazados por peligros graves y precisos», entre ellos el estallido de un conflicto armado, como se indica expresamente en el artículo 11, párrafo 4 (véase el artículo 2).

³⁰¹ Véase Pilloud y Pictet, «Article 55: Protection of the Natural Environment», pág. 664, párrs. 2138 y 2139. La propuesta relativa al proyecto de artículo 48 *ter* procedía del grupo de trabajo del Comité III.

³⁰² De conformidad con el artículo 2, el patrimonio natural se define y delinea en tres categorías principales, a saber, los monumentos naturales, las formaciones geológicas y fisiográficas y los lugares naturales. El artículo 2 establece lo siguiente:

«A los efectos de la presente Convención se considerarán “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 natural.»

228. En la actualidad figuran en la Lista del Patrimonio Mundial 197 bienes que forman parte del patrimonio natural³⁰³. Algunos de ellos se enumeran en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11, párr. 4, de la Convención sobre el Patrimonio Mundial.

³⁰³ Para los bienes inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial, véase <http://whc.unesco.org>.

229. Se propone el siguiente proyecto de principio:

«Proyecto de principio 5

Los Estados deberían designar a las zonas de gran importancia ecológica como zonas desmilitarizadas antes del comienzo de un conflicto armado o, por lo menos, en su inicio.»

CAPÍTULO IX

Programa de trabajo futuro

230. El tercer informe incluirá propuestas relacionadas con medidas posteriores a los conflictos, como medidas de reparación, cooperación, intercambio de información y mejores prácticas.

231. El tercer informe intentará cerrar el círculo de las tres fases temporales y constará de tres partes. La primera se centrará en la ley aplicable con posterioridad a los conflictos armados. La segunda abordará las cuestiones que todavía no se hayan examinado, como la ocupación. La tercera contendrá un análisis resumido de las tres fases. Con ello se espera ayudar a la Comisión a decidir el modo de proceder en relación con el tema. La Relatora Especial desea reiterar que si, como consecuencia de la labor realizada, se planteara la necesidad de continuar con una mayor codificación o desarrollo progresivo, sería preciso que la Comisión o los Estados tomaran una decisión en una etapa posterior, lo cual 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».

232. La Relatora Especial seguirá manteniendo consultas con otras entidades, como el CICR, la UNESCO y el PNUMA, así como con organizaciones regionales. También sería de gran valor que la Comisión volviera a pedir a los Estados que proporcionaran ejemplos de normas de derecho ambiental internacional, incluidos los tratados regionales y bilaterales, que han seguido aplicándose durante conflictos armados internacionales o no internacionales, así como después de los conflictos armados. Además, también sería de ayuda que los Estados siguieran aportando ejemplos de leyes nacionales en la materia y jurisprudencia en la que se haya aplicado el derecho ambiental nacional o internacional.

ANEXO I

**Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados:
proyectos de principios propuestos**

PREÁMBULO

Alcance de los principios

Los presentes principios se aplican a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Propósito

Estos principios tienen por objeto aumentar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados mediante la adopción de medidas preventivas y de reparación.

También tienen por objeto reducir al mínimo los daños colaterales para el medio ambiente durante los conflictos armados.

*Términos empleados*³⁰⁴

A los efectos de los presentes principios:

a) 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) 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.

³⁰⁴ Presentado en el informe preliminar, *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, cap. VII.

PROYECTOS DE PRINCIPIOS

Principio 1

El medio ambiente natural tiene carácter civil por naturaleza y no puede ser atacado, a menos que una parte de él se convierta en objetivo militar y solo en ese caso. El medio ambiente natural será respetado y protegido de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho internacional humanitario.

Principio 2

Durante los conflictos armados deberán aplicarse los principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario, incluidos los principios de precauciones en el ataque, distinción y proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar, de manera que se intensifique lo máximo posible la protección del medio ambiente.

Principio 3

Se deben tener en cuenta las consideraciones ambientales al evaluar lo que es necesario y proporcionado en pos de objetivos militares lícitos.

Principio 4

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

Principio 5

Las zonas de gran importancia ecológica deberían ser designadas zonas desmilitarizadas por los Estados antes del comienzo de un conflicto armado o, por lo menos, en su inicio.

ANEXO II

Bibliografía seleccionada

- ABASCAL, Christine Stockins
Protección del medio ambiente en los conflictos armados, disertación, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.
- ACCONCI, PIA, y otros (eds.)
International Law and the Protection of Humanity: Essays in Honor of Judge Flavia Lattanzi (de próxima publicación).
- AHLSTRÖM, Christer
Demilitariserade och neutraliserade områden i Europa, Mariehamn, Åland Islands Peace Institute, 1995.
- 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, núm. 1 (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, 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 (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 LUÍS y Pedro J. VARELA FERNÁNDEZ
«Vieques: prácticas de guerra, derechos humanos y ambiente», *Revista Jurídica 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, Barcelona, 1985.
- AUSTIN, Jay 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-Zurich, Rüegger, 1996.
- BAKER, Betsy
«Legal protections for the environment in times of armed conflict», *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, núm. 2 (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, Londres, Routledge, 2009, págs. 145 a 188.
- BANNELIER-CHRISTAKIS, Karine
«L’utopie de la “guerre verte”: insuffisances et lacunes du régime de protection de l’environnement en temps de guerre», en Vincent Chetail (ed.), *Permanence et mutations du droit des conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 2013.
- BARBOZA, Julio
The Environment, Risk and Liability in International Law. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- BARNED, Ashley y Christopher WATERS
«The Arctic environment and international humanitarian law», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 49, Vancouver, University of British Columbia Press, 2011, págs. 213 a 241.
- BASSIOUNI, M. Cherif
«International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4 (1996), págs. 63 a 74.
- BETHLEHEM, Daniel
«The methodological framework of the Study», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE y Catherine REDGWELL
International Law and the Environment, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BJÖRKHOLM, Mikaela y Allan ROSAS
Ålandsöarnas demilitarisering och neutralisering, Åbo, Åbo Akademi University Press, 1990.
- BLACK, Cyril E. y otros
Neutralization and World Politics, Princeton, Princeton University Press, 1968.
- 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», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 40, núm. 1 (1989), págs. 29 a 45.
- BLOM, Esther y otros (eds.)
Nature in War: Biodiversity Conservation during Conflict, Leiden, Nederlandse Commissie voor Internationale Natuurbescherming, 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
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 Paper, núm. 15, Newport, Naval War College, 2000.
- BOOLEY, Ashraf y Letetia VAN DER POLL
«In our common interest: liability and redress for damage caused to the natural environment during armed conflicts», *Law, Democracy and Development*, vol. 15 (2011), págs. 90 a 129.

- BOTHE, Michael
 «The ethics, principles and objectives of protection of the environment in times of armed conflict», en Rosemary Rayfuse (ed.), *War and the environment: New approaches to protecting the environment in relation to armed conflict*, Leiden, Brill, 2014.
- «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.
- «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.
- BOTHE, Michael y otros
Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, SJ/110/85, 1985.
- «International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, núm. 879 (2010), págs. 569 a 592.
- 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, 2ª ed., 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 (1991), págs. 599 a 611.
- BROWN WEISS, Edith
International Law for a Water-Scarce World, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- BRUCH, Carl y otros
Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa, 2ª ed., Washington D.C., Environmental Law Institute, 2007.
- «Post-conflict peace building and natural resources», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19, núm. 1 (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.
- CARNAHAN, Burris M.
 «The law of land mine warfare: Protocol II to the United Nations Convention on Certain Conventional Weapons», *Military Law Review*, vol. 105 (1984), págs. 73 a 95.
- 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.
- CHURCHILL, R. R. y A. V. LOWE
The Law of the Sea, Manchester, Manchester University Press, 1988.
- CLÉMENT, Etienne
 «Le réexamen de la Convention de la Haye 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, R. y V. SACO CHUNG
 «La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario», *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 51 (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. 1, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 612 a 626.
- CRUZ ROJA ALEMANA E INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA PAZ Y LOS CONFLICTOS ARMADOS
 «Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften», *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol. 26, núm. 3 (2013), págs. 111 a 159.
- 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.
- «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, núm. 1 (2013), págs. 155 a 178.
- 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, núm. 1 (2013), págs. 103 a 128.
- D'ASPROMONT, Jean
 «Towards an international law of brigandage: interpretative engineering for the regulation of natural resource exploitation», *Asian Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1 (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.
- DELBRÜCK, Jost
 «Demilitarization», en Rudolf Bernhardt y Peter Macalister-Smith (eds.), *Encyclopaedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, North-Holland, 1982, págs. 150 a 152.
- 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.
- DIENELT, Anne
After the war is before the war: the environment, preventive IHL measures and their post-conflict impact, tesis doctoral, Universidad de Gotinga, 2014.
- DINSTEIN, Yoram
 «Protection of the environment in international armed conflict», en J. A. Frowein y R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), págs. 523 a 549.
- War, Aggression and Self-Defence*, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

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», *Développement durable et territoires*, vol. 8 (2006).

DOSWALD-BECK, Louise

Human Rights in Times of Conflict and Terrorism, Oxford, Oxford University Press, 2011.

DOSWALD-BECK, Louise (ed.)

«El Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, noviembre de 1995.

DOUHAN, Alena

«Liability for environmental damage», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012.

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, núm. 1 (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 (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.

ENIANG, Edem, 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

«Environmental disruption by military means and international law», en Arthur H. Westing, ed., *Environmental Warfare: A Technical, Legal and Policy Appraisal*, London, Taylor and Francis, 1984, págs. 33 a 51.

«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.

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 (1992), págs. 496 a 497.

FENRICK, William 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.

FISCHHABER, Hans-Bjoern

«Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led operations: real commitments or another “paper tiger”?», *Energy Security Highlights*, vol. 10 núm. 19 (2012), págs. 22 a 24.

FITZMAURICE, Malgosia, David M. ONG y Panos MERKOURIS (eds.)

Research Handbook on International Environmental Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.

FLECK, Dieter

«Current legal and policy issues», en Julie Dahlitz (ed.), *Future Legal Restraints on Arms Proliferation: Arms Control and Disarmament Law*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: GC. E.96.0.24.

«The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82, núm. 1 (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.

FRIGO, Manilio

«Cultural property v. cultural heritage: A «battle of concepts» in international law?», *International Review of the Red Cross*, vol. 86, núm. 854 (2004), págs. 367 a 378.

GARDAM, Judith G.

«Energy and the law of armed conflict», *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 15, núm. 2 (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, Universidad de Lausana, 2001.

GILLESPIE, Alexander

Conservation, Biodiversity and International Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.

GOLDBLAT, Jozef

«Protection of the natural environment against the effects of military activities: legal implications», *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 3 (1992), págs. 133 a 136.

«Legal protection of the environment against the effects of military activities», *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 22, núm. 4 (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.

GREEN, Leslie

«The environment and the law of conventional warfare», en C.B. Bourne (ed.), *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 29 (1991), págs. 222 a 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.), *International Law Studies*, vol. 69, *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Newport, Naval War College, 1996.

«The twilight of the law of belligerent reprisals», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 20 (1989), págs. 35 a 69.

- GUILLARD, David
Les armes de guerre et l'environnement naturel: essai d'étude juridique, París, 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, febrero de 2009.
- HAMPSON, Françoise
 «Other areas of international law in relation to the study», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 50 a 74.
- HANNIKAINEN, Lauri
 «The continued validity of the demilitarized and neutralized status of the Åland Islands», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 54 (1994), págs. 614 a 651.
- 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*, Routledge, 2013.
- 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», en Jost Delbrück, Rainer Hofmann y Andreas Zimmermann (eds.), *German Yearbook of International Law*, vol. 37 (1994), págs. 281 a 302.
- HENCKAERTS, Jean-Marie
 «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, núm. 857 (2005), págs. 3 a 46.
 «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.
- 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.
- HERCZEGH, Géza
 «La protection de l'environnement naturel et le droit humanitaire», en *Etudes 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.
- 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 (2008), págs. 103 a 113.
- HOURLLE, Laurent R.
 «Environmental law of war», *Vermont Law Review*, vol. 25, núm. 3 (2001), págs. 653 a 681.
- HULME, Karen
 «Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, núm. 879 (2010), págs. 675 a 691.
 «Natural environment», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 204 a 237.
War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.
- ICHIM, Octavian
Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- 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*, Abingdon, Oxon, Earthscan, 2013.
- 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, mayo de 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 (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. 17, 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 (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*, vol. 2, Córdoba, Marcos Lerner, 2002.
 «Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente», en Juan Soroeta Licerias (ed.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2002.
- KABAI, Michael
 «An international call for moratorium on the use of depleted uranium in military weapons», *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol. 26, núm. 3 (2013), págs. 137 a 141.
- KALSHOVEN, Frits
Reflections on the Law of War: Collected Essays, International Humanitarian Law Series, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.
Belligerent Reprisals, 2ª. ed., International Humanitarian Law Series, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
- KARURU, Njeri y Louise H. YEUNG
 «Integrating gender into post-conflict natural resource management», en Carl Bruch, Carroll Muffet y Sandra S. Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, 2013.
- KEARNS, Brendan
 «When bonobos meet guerillas: preserving biodiversity on the battlefield», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 24, 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, A.

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.

KNIGHT, Danielle

«Conflict-environment: questions over accountability in Kosovo», Inter Press Service, 12 de noviembre de 1999.

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, núm. 1 (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 Saïd Mahmoudi, Leiden y Boston, Brill Nijhoff, 2014, págs. 189 a 201.

KRESS, Claus

«The International Court of Justice and the law of armed conflicts», en Christian J. Tams y James Sloan (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2013, págs. 263 a 300.

LANDEL, Morgane

«Are aerial fumigations in the context of war in Colombia a violation of the rules of international humanitarian law?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 19, núm. 2 (2010), págs. 491 a 513.

LANIER-GRAHAM, Susan D.

The Ecology of War: Environmental Impacts of Weaponry and Warfare, Nueva York, Walker, 1993.

LAVAUX, Stephanie

Degradación ambiental y conflictos armados: las conexiones, documento de investigación núm. 7, Bogotá, Centro Editorial, Universidad del Rosario, 2004.

LAVIEILLE, 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. 40, 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 (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 (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 (2005), págs. 737 a 754.

LUJALA, Päivi y Siri Aas RUSTAD (eds.)

High-value Natural Resources and Post-conflict Peacebuilding, Nueva York, 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.

MAHFOUDH, Haykel Ben

L'environnement, l'humanitaire et le droit international, Manouba (Túnez), Centre de publication universitaire, 2010.

MAHMOUDI, Saïd

«Foreign military activities in the Swedish economic zone», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 11, núm. 3 (1996), págs. 365 a 386.

MAINETTI, Vittorio

L'intérêt culturel internationalement protégé: contribution à l'étude du droit international de la culture, tesis doctoral núm. 881, Ginebra, Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo, 2011, págs. 71 a 136.

MAKHJANI, Arjun, Howard HU y Katherine YIH (eds.)

Nuclear Wastelands: A Global Guide to Nuclear Weapons Production and its Health and Environmental Effects — By a Special Commission of International Physicians for the Prevention of Nuclear War and the Institute for Energy and Environmental Research, 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*, vol. I (2001), Nueva Delhi, Indian Society of International Law, págs. 72 a 93.

MARAUHN, Thilo, Georg NOLTE y Andreas PAULUS

«Trends in international humanitarian law», *Human Rights Law Journal*, vol. 29 (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 636.

MARSH, Jeremy

«Lex lata or lex ferenda? Rule 45 of the ICRC study on customary international humanitarian law», *Military Law Review*, vol. 198 (2008), págs. 116 a 164.

McCARTHY, Conor

Reparations and Victim Support in the International Criminal Court, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

McCORMACK, Timothy L.H.

«An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study», en Anthony M. Helm (ed.), *International Law Studies*, vol. 82: *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*: Newport, U.S. Naval War College, 2006, págs. 81 a 97.

McNEILL, John H.

«Protection of the environment in times of armed conflict: environmental protection in military practice», en A. -C. Kiss y Johan G. Lammers (eds.), *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6, 1993, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994.

- MELVIN, Neil y Ruben DE KONING
«Resources and armed conflict», *SIPRI Yearbook 2011: Armaments, Disarmament and International Security*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 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. 37 (1991), págs. 203 a 219.
- MONETA, Carlos J.
La Antártida en el sistema internacional del futuro, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- 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, núm. 5 (1976), págs. 1051 a 1067.
- NYSTUEN, Gro, Stuart CASEY-MASLEN y Annie GOLDEN BERSAGEL (eds.)
Nuclear Weapons under International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- OKORODUDU-FUBARA, Margaret
«Oil in the Persian Gulf War: legal appraisal of an environmental warfare», *St. Mary's Law Journal*, vol. 23 (1992), págs. 123 a 219.
- OKOWA, Phoebe
«Sovereignty contests and the protection of natural resources in conflict zones», *Current Legal Problems*, vol. 66, núm. 1 (2013), págs. 33 a 73.
«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.
«The legal framework for the protection of natural resources in situations of armed conflict», en W. J. M. van Genugten, M. P. Scharf y S. E. Radin (eds.), *Criminal Jurisdiction 100 Years after the 1907 Hague Peace Conference: 2007 Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law*, La Haya, T. M. C. Asser, 2007, págs. 243 a 260.
- 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 (Suiza), Fondo Mundial para la Naturaleza, 2000.
- OXMAN, Bernard H.
«Comment: developing the environmental law of armed conflict», en Richard J. Grunawalt, John E. King y Ronald S. McClain (eds.), *International Law Studies*, vol. 69: *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Newport, U.S. Naval War College, 1996, págs. 576 a 581.
- ÖZERDEM, Alpaslan y Rebecca ROBERTS (eds.)
Challenging post-conflict environments: sustainable agriculture, Burlington, Ashgate, 2012.
- PANTAZOPOULOS, Stavros-Evdokimos
«Towards a coherent framework of transnational corporations' responsibility in international environmental law!», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 24, núm. 1 (2013), págs. 131 a 165.
- 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 Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 525 a 556.
- PAYNE, Cymie R.
«Defining the environment», en Carsten Stahn, Jens Iverson y Jennifer Easterday (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles and Practices*, Oxford University Press, 2017 (de próxima publicación).
- PAYNE, Cymie R. y Peter H. SAND (eds.)
Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PEJIĆ, Jelena
«Status of armed conflicts», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 77 a 100.
- PERNA, Laura
The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- PERTILE, Marco
La relazione tra risorse naturali e conflitti armati nel diritto internazionale, Padua, CEDAM, 2012.
- 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 (2009), págs. 325 a 343.
- PIMIENTO 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, Edmonds, Washington, Edmonds Institute, 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 Press, 1992.
- PLANT, Roger
Land Rights and Minorities, Minority Rights Group International Report 94/2, 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.
- PRAWITZ, Jan
«The concept of nuclear-weapon-free zones, with a special reference to East Asia», en Joseph Rotblat y Michiji Konuma (eds.), *Proceedings of the Forty-fifth Pugwash Conference on Science and World Affairs, Hiroshima, Japan, 23 a 29 de julio de 1995: Towards a Nuclear-Weapon Free World*, Singapur, World Scientific, 1997, págs. 651 a 669.

PRESCOTT, Michael

«How war affects treaties between belligerents: a case study of the Gulf War», *Emory International Law Review*, vol. 7, núm. 1 (1993), págs. 197 a 201.

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. 159 a 170.

REUVENY, Rafael, Andreea S. MIHALACHE-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 (2004), págs. 445 a 558.

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

«International law and the destruction of nature in the Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 21 (1991), págs. 216 a 220.

ROGERS, A.P.V.

Law on the Battlefield, Manchester, Manchester University Press, 2004.

ROSCINI, Marco

«Protection of the natural environment in time of armed conflict», en Jahid Hossain Bhuiyan, Louise Doswald-Beck y Azizur Rahman Chowdhury (eds.), *International Humanitarian Law: An Anthology*, Nagpur, LexisNexis Butterworths, 2009.

ROSELLI, Carina

At the intersection of human rights and the environment in Iraq's southern marshes, tesis de doctorado en derecho, Vermont Law School, 2014. La tesis puede consultarse en los archivos de la Relatora Especial.

«Bordering on desuetude: are Additional Protocol I's environmental provisions no longer serviceable?», 17 de enero de 2013. Este artículo puede consultarse en los archivos de la Relatora Especial.

«Restoring Iraq's southern marshes: uncertainty in post-conflict Mesopotamia», tesis, Vermont Law School, 20 de diciembre de 2012.

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 (1992), págs. 515 a 534.

SAALFELD, Michael

«Umweltschutz in bewaffneten Konflikten aus völkerrechtsgeschichtlicher Sicht», *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 5, núm. 1 (1992), págs. 23 a 32.

SANCIN, Vasilka

«Peace operations and the protection of the environment», en Vasilka Sancin (ed.), *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges*, Ljubljana, GV Založba, 2012, págs. 187 a 208.

SAND, Peter H.

«Environmental dispute settlement and the experience of the UN Compensation Commission», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 54 (2011), págs. 151 a 189.

«Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 35, núm. 6 (2005), págs. 244 a 249.

SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI y Bruno ZIMMERMANN

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August of 1949, Ginebra, CICR y Martinus Nijhoff, 1987.

SANDS, Philippe

«Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts: an introductory note», en Alexandre Timoshenko (ed.), *Liability and Compensation for Environmental Damage: Compilation of Documents*, Nairobi, PNUMA, 1998, págs. 1 a 22.

«The Gulf war: environment as a weapon», en G.C. Denny y S.F. Bassuener (eds.), *Proceedings of the 85th Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 85, Washington D.C., American Society of International Law, 1991.

SANDS, Philippe y Jacqueline PEEL

Principles of International Environmental Law, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

SCHAFER, Bernard K.

«The relationship between the international laws of armed conflict and environmental protection: the need to re-evaluate 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.

SCHIEFER, H. Bruno (ed.)

Verifying Obligations Respecting Arms Control and the Environment: A Post-Gulf War Assessment — Final Report, Workshop on Verifying Obligations Respecting Arms Control and the Environment: Post-Gulf War Assessment, Saskatoon, Universidad de Saskatchewan, 1992.

SCHMITT, Michael N.

«Humanitarian law and the environment», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, núm. 3 (2000), págs. 265 a 323.

«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.

«Green war: an assessment of the environmental law of international armed conflict», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, núm. 1 (1997), págs. 1 a 109.

SCHMITT, Michael N. (ed.)

Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

SCHMITT, Michael N., Charles H. B. GARRAWAY y Yoram DINSTEIN

The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict With Commentary, San Remo, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, 2006.

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.

- SCOBIE, Iain
«The approach to customary law in the study», en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 15 a 29.
- 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
«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 67.
- SHELTON, Dinah L. y Alexandre Charles KISS
International Environmental Law, 3ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, 2004.
- SHRAGA, Daphna
«The Secretary-General's Bulletin on the observance by the United Nations forces of international humanitarian law: A Decade Later», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 39 (2009), págs. 357 a 377.
- 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. 3-4 (2010), págs. 453 a 466.
- STÖSTEDT, 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, núm. 1 (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, Surrey, Ashgate, 2013.
- SOONS, Alfred A.
Marine Scientific Research and the Law of the Sea, La Haya, Kluwer Law y Taxation Publishers, 1982.
- SPIEKER, Heike
«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 Verlag, 2008, págs. 741 a 768.
Völkergewohnheitsrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt, Bochum, UVB-Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 1992.
- SUBEDI, Surya P.
Land and Maritime Zones of Peace in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- TAMS, Christian J.
«The contentious jurisdiction of the Permanent Court», en Christian J. Tams y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, págs. 9 a 39.
- TARASOFSKY, Richard G.
«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.
- «Legal protection of the environment during international armed conflict», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), págs. 17 a 79.
- THIEFFRY, Patrick
Droit de l'environnement de l'Union européenne, 2ª 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, núm. 1 (2013), págs. 83 a 103.
- TICEHURST, Rupert
«The Martens Clause and the laws of armed conflicts», *International Review of the Red Cross*, vol. 37, núm. 317 (1997), págs. 125 a 134.
- TIGNINO, Mara
L'eau et la guerre: éléments pour un régime juridique, Bruselas, Bruylant, 2011.
«Water, international peace and security», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, núm. 879 (2010), págs. 647 a 674.
- 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, Amado S., Jr.
«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*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
«Armed conflict and the environment: legal perspectives», *Philippine Law Journal*, vol. 81, núm. 3 (2007), págs. 377 a 389.
- TOMAN, Jiří
Cultural Property in War: Improvement in Protection — Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, París, UNESCO Publishing, 2009.
The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, Signed on 14th May 1954 in The Hague, and on Other Instruments of International Law concerning such Protection, Brookfield, Dartmouth Publishing, 1996.
- TROUWBORST, Arie
Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law, International Environmental Law and Policy Series, vol. 62, La Haya, Kluwer Law International, 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. 57 (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 Press, 1992, págs. 96 a 103.
- UNIVERSIDAD DE HARVARD, PROGRAMA DE POLÍTICA HUMANITARIA E INVESTIGACIÓN DE CONFLICTOS
Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- 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

«Observation on the legal protection of the environment in times of international armed conflict», en A.-C. Kiss y J. G. Lammers (eds.), *Hague Yearbook of International Law*, vol. 7, 1994, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 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, Carroll Muffet y Sandra S. Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, 2013.

VIHKARI, Lotta

The Environmental Element in Space Law: Assessing the Present and Charting the Future, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

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 (2013), págs. 405 a 425.

VOIGT, Christina

Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

VÖNEKY, Silja

Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten, Berlín, Springer, 2001.

«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.

WALKER, George K. (ed.)

Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.

WARNER, Frederick

«The environmental consequences of the Gulf War», *Environment*, vol. 33, núm. 5 (1991), págs. 7 a 26.

WESTING, Arthur H.

«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.

Ecological Consequences of the Second Indochina War, Estocolmo, Almquist & Wiksell International, 1976.

Warfare in a Fragile World: Military Impact on the Human Environment, Londres, Taylor and Francis, 1980.

WESTING, Arthur H. (ed.)

Global Resources and International Conflict: Environmental Factors in Strategic Policy and Action, Oxford, Oxford University Press, 1986.

Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects, Londres, Taylor and Francis, 1985.

WHITTEMORE, Luke

«Intervention and post-conflict natural resource governance: lessons from Liberia», *Minnesota Journal of International Law*, vol. 17, núm. 2 (2008), págs. 387 a 433.

WILMSHURST, Elizabeth (ed.)

International Law and the Classification of Conflicts, Oxford, Oxford University Press, 2012.

WILMSHURST, Elizabeth y Susan Breau (eds.)

Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

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 (2010), págs. 593 a 646.

ZEMMALI, Ameur

«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 9 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/681

Segundo informe sobre la protección de la atmósfera, del Sr. Shinya Murase, Relator Especial*

[Original: inglés]
[2 de marzo de 2015]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	198
Obras citadas en el presente informe.....	199
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-7 202
<i>Capítulo</i>	
I. DIRECTRICES GENERALES: PROPUESTA DEL RELATOR ESPECIAL BASADA EN EL DEBATE CELEBRADO POR LA COMISIÓN EN SU 66º PERÍODO DE SESIONES.....	8-23 204
A. Definiciones.....	9-17 204
1. Atmósfera.....	9-11 204
2. Contaminación atmosférica.....	12-13 205
3. Degradación de la atmósfera.....	14-17 206
B. Ámbito de aplicación.....	18-23 208
II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA.....	24-25 209
A. Trascendencia de los principios.....	24 209
B. Principios que debe incluir el presente proyecto de directrices.....	25 210
III. DEGRADACIÓN DE LAS CONDICIONES ATMOSFÉRICAS COMO PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD.....	26-40 210
A. Debates celebrados en el 66º período de sesiones de la CDI y en la Sexta Comisión en su sexagésimo noveno período de sesiones.....	26-29 210
B. El concepto de «preocupación común de la humanidad» en la práctica de los tratados.....	30-40 212
IV. OBLIGACIÓN GENERAL DE LOS ESTADOS DE PROTEGER LA ATMÓSFERA.....	41-59 215
A. Obligación <i>erga omnes</i>	42-51 215
B. El principio <i>sic utere tuo ut alienum non laedas</i>	52-59 219

* El Relator Especial desea agradecer su contribución a Charles Wharton, profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Renmin, profesor visitante adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Taiwán, Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, y expresar su gratitud a las siguientes personas por la valiosa ayuda prestada: Masayuki Hiromi, investigador asociado, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Waseda (Tokio), Megan E. Henry, Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, y Nadia Sánchez, doctoranda en la Universidad de Leiden.

El Relator Especial también quiere transmitir su profundo agradecimiento al Grupo de Estudio sobre la Protección de la Atmósfera creado bajo la copresidencia de Song Ying y Chen Yifeng, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Beijing, y a sus investigadores y estudiantes de posgrado, por su valiosa cooperación. Agradece asimismo a los Qin Yihe y Chen Xiaohua y a los estudiantes de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Juventud de China de Ciencias Políticas, y a Zhu Wenqi, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Renmin, su valiosa ayuda en la realización del presente estudio en Beijing.

Por último, el Relator Especial quiere expresar su profunda gratitud a Peter H. Sand, de la Universidad de Munich, por su infatigable apoyo a este proyecto.

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
V. COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....	60-77	221
A. Desarrollo del principio de cooperación en el derecho internacional	60-63	221
B. Tratados y otros instrumentos.....	64-67	223
1. Tratados mundiales.....	64-65	223
2. Acuerdos regionales	66-67	223
C. Labor anterior de la Comisión.....	68-71	224
D. Decisiones judiciales	72-73	225
E. Principio de la buena fe	74-77	226
VI. CONCLUSIÓN	78-79	227
ANEXO. Proyecto de directrices		228

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	Enrique Díaz Retg, <i>Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania</i> , Barcelona, Ed. ALSA, 1919.
Convenio Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (Washington, 2 de diciembre de 1946)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 161, núm. 2124, pág. 72.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, núm. 1021, pág. 277.
Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua (Moscú, 5 de agosto de 1963)	Ibíd., vol. 480, núm. 6964, pág. 43.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (París, 16 de noviembre de 1972)	Ibíd., vol. 1037, núm. 15511, pág. 151.
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.
Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Helsinki, 1 de agosto de 1975)	https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true .
Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1302, núm. 21623, pág. 217. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 59, 10 de marzo de 1983.
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 (Nueva York, 5 de diciembre de 1979)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1363, núm. 23002, pág. 3.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1833, 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.
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.
Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Ibíd., vol. 1513, núm. 26164, pág. 293.
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. 3.
Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales (Kuala Lumpur, 9 de julio de 1985)	UICN, <i>Droit international de l'environnement - Traités multilatéraux</i> , vol. VI, Erich Schmidt Verlag, Berlín, pág. 985.
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>Treaty Series</i> , vol. 1673, núm. 28911, pág. 57.
Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Ibíd., vol. 1989, núm. 34028, pág. 309.

Fuente

- Protocolo relativo a la Reducción de la Acidificación, de la Eutrofización y del Ozono en la Troposfera (Gotemburgo, 30 de noviembre de 1999) *Ibíd.*, vol. 2319, núm. 21623, pág. 80.
En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 87, 12 de abril de 2005.
- 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.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992) *Ibíd.*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.
- Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Montreal, 29 de enero de 2000) *Ibíd.*, vol. 2226, núm. 30619, pág. 208.
- 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
- Convención Internacional 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 (A/51/49), vol. III, resolución 51/229, anexo.
- Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2256, núm. 40214, pág. 119.
- Acuerdo Marco Regional de África Oriental sobre la Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Nairobi de 2008) (Nairobi, 23 de octubre de 2008) Disponible en https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ_2008-AirPollutionAgreement.pdf.
- Acuerdo Marco Regional de África Occidental y Central sobre la Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Abiyán de 2009) (Abiyán, 22 de julio de 2009) Disponible en https://web.archive.org/web/20111224143143/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf.
- Convenio de Minamata sobre el Mercurio (Kumamoto, 10 de octubre de 2013) *Convenio de Minamata sobre el Mercurio, Texto y Anexos*, PNUMA, 2013.

Obras citadas en el presente informe

- ANNACKER, Claudia
«The legal régime of *erga omnes* obligations in international law», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1993/94), págs. 131 a 166.
- ARNFIELD, A. John
«Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island», *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), págs. 1 a 26.
- 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, PNUMA, 1991.
- BABOVIĆ, Bogdan
«The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter», en Milan Šahović (ed.), *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*, Nueva York, Oceana, 1972, págs. 277 a 322.
- BARBOZA, Julio
«International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994-III*, vol. 247 (1994), págs. 291 a 405.
- BASHIRI, Fereshteh y Che Rosmani CHE HASSAN
«Light pollution and its effects on the environment», *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), págs. 8 a 12.
- BEYERLIN, Ulrich
«Different types of norms in international environmental law: policies, principles, and rules», en Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Ellen Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, págs. 425 a 448.
- BEYERLIN, Ulrich, Peter-Tobias STOLL y Rüdiger WOLFRUM (eds.)
Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue Between Practitioners and Academia, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE y Catherine REDGWELL (eds.)
International Law and the Environment, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BOWMAN, Michael
«Environmental protection and the concept of common concern of mankind», en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, págs. 493 a 518.
- 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 and Trotman, 1991, págs. 7 a 20.
- «The principle of co-operation: the environment», en Vaughan Lowe y Colin Warbrick (eds.), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst*, Londres, Routledge, 1994.

- «Some reflections on the relationship of treaties and soft law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), págs. 901 a 912.
- 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.
 «Sic utere tuo ut alienum non laedas», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. y D. J. ATTARD
 «The implication of the “common concern of mankind” concept on global environmental issues», en Toru Iwama (ed.), *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, Tokio, Environmental Research Center, 1991, págs. 7 a 14.
- CINZANO, Pierantonio y Fabio FALCHI
 «The propagation of light pollution in the atmosphere», *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), págs. 3337 a 3357.
- CRAWFORD, James
The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
 «Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of article 48 of the ILC articles on responsibility of States for internationally wrongful acts», en Ulrich Fastenrath y otros (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 224 a 240.
- D'AMATO, Anthony
 «Legal aspects of the French nuclear tests», *AJIL*, vol. 61 (1967), págs. 66 a 77.
- DELBRÜCK, Jost
 «The international obligation to cooperate — an empty shell or a hard law principle of international law? — A critical look at a much debated paradigm of modern international law», en Holger P. Hestermeyer y otros (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. 1, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, págs. 3 a 16.
- DWORKIN, Ronald
Taking Rights Seriously, Londres, Duckworth, 1977.
- ETO, Junichi
 «Significance of principles in international adjudication», en Junichi Eto (ed.), *Aspects of International Law Studies. Festschrift for Shinya Murase*, Tokio, Shinzansha, 2015, págs. 729 a 754.
- FITZMAURICE, Malgosia
 «Responsibility and climate change», *German Yearbook of International Law*, vol. 53 (2010), pág. 89.
 «The International Court of Justice and international environmental law», en Christian J. Tams y James Sloan (eds.), *The Development of International Law by International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- FLINTERMAN, Cees, Barbara KWIATKOWSKA y Johan G. LAMMERS (eds.)
Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Co-operation of States, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.
- FRANCK, Thomas M.
 «Word made law: the decision of the ICJ in the *Nuclear Test* cases», *AJIL*, vol. 69 (1975), págs. 612 a 620.
- FRENCH, Duncan
 «Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?» en Michael Bowman, Peter Davies y Edward Goodwin (eds.), *Research Handbook on Biodiversity and Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, págs. 334 a 360.
- FRIEDMANN, Wolfgang
The Changing Structure of International Law, Londres, Stevens and Sons, 1964.
- FUGLESVEDT J.S. y otros
 «Transport impacts on atmosphere and climate: metrics», *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), págs. 4648 a 4677.
- GAJA, Giorgio
 «States having an interest in compliance with the obligation breached», en James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, págs. 957 a 964.
 «The concept of an injured State», en James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, págs. 947 y 948.
- GALIZZI, Paolo
 «Air, atmosphere and climate change», en Shawkat Alam y otros (eds.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, Londres, Routledge, 2013, págs. 333 a 348.
- GARDINER, Richard K.
Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GARTLAND, Lisa
Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas, Londres, Earthscan, 2008.
- GOTTLIEB, Yaron
 «Combating maritime piracy: inter-disciplinary cooperation and information sharing», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 46 (2013), págs. 303 a 333.
- GROCIO, Hugo
Del derecho de la guerra y de la paz, Madrid, Reus, 1925.
- HOUBEN, Piet-Hein
 «Principles of international law concerning friendly relations and cooperation among States», *AJIL*, vol. 61 (1967), págs. 703 a 736.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL
 «First report of the Committee on the Legal Principles relating to Climate Change», *Report of the Seventy-Fourth Conference, The Hague, 15–19 August 2010*, sesión de La Haya, Londres, 2010, págs. 346 a 401.
 «Second report of the Committee on the Legal Principles relating to Climate Change», *Report of the Seventy-Fifth Conference, Sofia, August 2012*, sesión de Sofía, Londres, 2012, págs. 432 a 489.
- KAWANO, Mariko
 «Standing of a State in the contentious proceedings of the International Court of Justice: judicial procedure on the basis of the consent of the Parties and the development of international legal rules to protect the common interests of the international community as a whole or as established by a treaty», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 55 (2012), págs. 208 a 236.
- KEITH, David W.
 «Photophoretic levitation of engineered aerosols for geoengineering», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 107, núm. 38 (2010), págs. 16428 a 16431.
- KISS, Alexandre
 «Air pollution», Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, págs. 72 a 74.
 «The common concern of mankind», *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), págs. 244 a 247.
- KOLB, Robert
La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit, París, Presses Universitaires de France, 2000.

- «Principles as sources of international law (with special reference to good faith)», *Netherlands International Law Review*, vol. 53 (2006), págs. 1 a 36.
- KOIVUROVA, Timo, Paula KANKAANPÄÄ y Adam STĘPIEŃ
«Innovative environmental protection: lessons from the Arctic», *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), págs. 285 a 311.
- KHOSRAVI, Rashid y otros
«Response of the mesosphere to human-induced perturbations and solar variability calculated by a 2-D model», *Journal of Geophysical Research* (2002), vol. 107, núm. D18, pág. 4358.
- KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte
«Atmosphere, international protection», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 737 a 744.
- LEBEN, Charles
«The changing structure of international law revisited: by way of introduction», *European Journal of International Law*, vol. 8 (1997), págs. 399 a 408.
- 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.
- LIN, Jin Tai, Donald. J. WUEBBLES y XinZhong LIANG
«Effects of intercontinental transport on surface ozone over the United States: present and future assessment with a global model», *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008).
- MACDONALD, Ronald St. J. y Barbara HOUGH
«The Nuclear Tests case revisited», *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), págs. 337 a 335
- MCWHINNEY, Edward
«The “new” countries and the “new” international law: the United Nations’ Special Conference on Friendly Relations and Co-operation among States», *AJIL*, vol. 60 (1966), págs. 1 a 33.
«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.
- NORDQUIST, Myron H. y otros (eds.)
United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, vol. IV, Articles 192 to 278, Final Act, Annex VI, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- MISCHE, Patricia M.
«Ecological security and the need to reconceptualize sovereignty», *Alternatives: Global, Local, Political*, vol. 14 (1989), págs. 389 a 427.
- MURASE, Shinya
Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron (Legiferación internacional: fuentes del derecho internacional), Tokio, Toshindo, 2002 [en japonés]. En chino, véase la traducción de Yihe Qin, Beijing, Public Security University Press, 2012.
Derecho internacional: una perspectiva integrada sobre cuestiones transfronterizas, Tokio, Sophia University Press, 2011.
«Aspectos jurídicos de los regímenes medioambientales internacionales: observancia de las obligaciones convencionales», en Shinya Murase, *Legiferación internacional: fuentes del derecho internacional*, Tokio, Toshindo, 2002, págs. 343 a 364 [en japonés]. Para una traducción al chino, véase la publicación de Chinese People’s Public Safety University Press, 2012, págs. 172 a 182.
«Función del principio de la buena fe en las controversias internacionales: reclamaciones de los Estados partes en virtud de regímenes internacionales», en Shinya Murase, *Legiferación internacional: fuentes del derecho internacional*, Tokio, Toshindo, 2002, págs. 569-595. Para una traducción al chino, véase la publicación de Chinese People’s Public Safety University Press, 2012, págs. 267 a 279.
- O’CONNOR, J. F.
Good Faith in International Law, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1991.
- O’KEEFE, Constance
«Transboundary pollution and strict liability issue: the work of the International Law Commission on the topic of international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 18 (1989/90), págs. 145 a 208.
- OKUWAKI, Naoya
«On compliance with the obligation to cooperate: new developments of “international law for cooperation”», en Junichi Eto (ed.), *Aspects of International Law Studies: Festschrift for Shinya Murase*, Tokio, Shinzansha, 2015, págs. 5 a 46.
- OMM/Proyecto internacional de estudio de la química atmosférica mundial, «Impact of Megacities on Air Pollution and Climate», informe de Vigilancia Atmosférica Mundial núm. 205, OMM (septiembre de 2012).
- PETERSEN, Niels
«Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international norm creation», *American University International Law Review*, vol. 23 (2008), págs. 275 a 310.
- RICH, Catherine y Travis LONGCORE (eds.)
Ecological Consequences of Artificial Night Lighting, Washington, D.C., Island Press, 2006.
- ROSENNE, Shabtai
Developments in the Law of Treaties 1945-1986, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- SANDS, Philippe
«Pleadings and the pursuit of international law: Nuclear Tests II (*New Zealand v. France*)», en Antony Anghie y Garry Sturgess (eds.), *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, La Haya, Kluwer Law International, 1998.
- SANDS, Philippe y Jacqueline PEEL
Principles of International Environmental Law, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- SCHWARZENBERGER, Georg
The Dynamics of International Law, Abingdon, Professional Books, 1976.
- SHELTON, Dinah
«Common concern of humanity», *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), págs. 83 a 86.
«Equitable utilization of the atmosphere: a rights-based approach to climate change?», en Stephen Humphreys (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, págs. 91 a 125.
- SHEN, Z., y otros
«Analysis of transpacific transport of black carbon during HIPPO-3: implications for black carbon aging», *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 14 (2014), págs. 6315 a 6327.
- SIMMA, Bruno
«From bilateralism to community interest in international law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1994-VI*, vol. 250 (1994), págs. 217 a 384.
- SIMON, David y Hayley LECK (eds.)
«Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning», *Urban Climate*, vol. 7 (2014), págs. 1 a 134.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Convention of the Law of Treaties, 2ª ed., Manchester, Manchester University Press, 1984.

SMITH, Anne K. y otros

«Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole», *Geophysical Research Letters* (2010), vol. 37, núm. 22.

STEC, Stephen

«Humanitarian limits to sovereignty: common concern and common heritage approaches to natural resources and environment», *International Community Law Review*, vol. 12 (2010), págs. 361 a 389.

STOLL, Tobias

«Article 55 (a) and (b)», en Bruno Simma y otros (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 1535 a 1564.

«Article 56», en Bruno Simma y otros (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 1603 a 1610.

STONE JR., Brian

The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

SUR, Serge

«Les affaires des essais nucléaires devant la C.I.J.», *Revue général de droit international public*, vol. 80 (1975), págs. 972 a 1027.

THIERRY, Hubert

«Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice», *AFDI*, vol. 20 (1974), págs. 286 a 298.

THIRLWAY, Hugh

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

TIEWUL, S. Azadon

«International law and nuclear test explosions on the high seas», *Cornell International Law Journal*, vol. 8 (1974–1975), págs. 45 a 70.

TOMUSCHAT, Christian

«International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 281 (1999), págs. 9 a 438.

VERDROSS, Alfred

Völkerrecht, Viena, Springer-Verlag, 1964.

VERDROSS, Alfred y Bruno SIMMA

Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1984.

WEIL, Prosper

«Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 237 (1992), págs. 9 a 370.

WOLFRUM, Rüdiger

«Article 56», en Bruno Simma y otros (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

«General international law (principles, rules and standards)», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 344 a 368.

WUEBBLES, Donald J., Hang LEI y Jin Tai LIN

«Intercontinental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences», *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), págs. 65 a 84.

XUE, Hanqin

Transboundary Damage in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

YOSHIDA, Osamu

The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer, La Haya, Kluwer Law International, 2001.

ZASLOFF, Jonathan

«*Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 127 S. Ct. 1438», *AJIL*, vol. 102 (2008), págs. 134 a 143.

Introducción

1. El presente informe es una continuación del primer informe sobre el mismo tema¹, presentado por el Relator Especial en febrero de 2014 para su examen por la Comisión de Derecho Internacional en su 66º período de sesiones, a raíz de la decisión adoptada por dicha Comisión en su 65º período de sesiones, celebrado en 2013², de incluir esta cuestión en su actual programa de trabajo.

¹ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667.

² *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 168. El tema se incluyó 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 «colmar» lagunas en los regímenes convencionales; c) las cuestiones relacionadas

2. En el primer informe se ofrecía una justificación de este proyecto y se exponían una serie de enfoques básicos en relación con el tema³, seguidos de una breve reseña histórica de la evolución del derecho internacional en relación con la protección de la atmósfera⁴. El informe ofrecía a continuación información general (aunque no necesariamente exhaustiva) sobre las principales fuentes del derecho, incluida la práctica de los tratados, jurisprudencia de cortes y tribunales internacionales, el derecho internacional consuetudinario, instrumentos no vinculantes, legislación nacional y jurisprudencia de los tribunales nacionales⁵. Por último, el Relator Especial propuso tres proyectos de directrices: el proyecto de directriz 1 sobre los términos empleados y la definición de la atmósfera, el

con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formarán parte del tema; 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; e) los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento.

³ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, párrs. 10 a 19.

⁴ *Ibíd.*, párrs. 20 a 28.

⁵ *Ibíd.*, párrs. 29 a 63.

proyecto de directriz 2 sobre el ámbito de aplicación de las directrices, y el proyecto de directriz 3 sobre la condición jurídica de la atmósfera.

3. Durante su 66º período de sesiones, la Comisión examinó el primer informe en mayo y junio de 2014⁶. Los miembros de la Comisión reconocieron que la protección de la atmósfera era una misión extremadamente urgente e importante para la humanidad, y manifestaron su preocupación, sustentada por datos científicos, de que la contaminación atmosférica, el agotamiento del ozono y el cambio climático representaban una amenaza para la atmósfera. Si bien algunos miembros se mostraron críticos con el Relator Especial por su interpretación demasiado flexible del «entendimiento» alcanzado por la Comisión en 2013, otros respondieron con una propuesta muy diferente, esto es, suprimir por completo el «entendimiento» y abordar el proyecto sin limitaciones de ninguna clase. La interpretación un tanto laxa del «entendimiento»⁷ por el Relator Especial se situaba al parecer entre dos perspectivas dispares: una que trataba de limitar los trabajos sobre este tema aplicando una interpretación rígida y restrictiva del «entendimiento» y otra que instaba a dejar este último de lado. El enfoque intermedio consistente en aplicar una interpretación flexible, sin abandonar el marco del entendimiento, fue respaldado por un número considerable de miembros. El Relator Especial ha seguido ese mismo planteamiento en este informe, sin dejar de reconocer los múltiples puntos de vista alternativos manifestados en el 66º período de sesiones⁸.

4. Como se ha mencionado, el Relator Especial propuso en su primer informe tres proyectos de directrices. A pesar de que la mayoría de los miembros de la Comisión se mostró partidaria de remitir las directrices al Comité de Redacción, el Relator Especial optó por no pedir a la Comisión que efectuara esa remisión en su 66º período de sesiones. La decisión del Relator Especial respondía al propósito de facilitar el examen de las cuestiones planteadas por los miembros y someter versiones revisadas de los proyectos de directrices a la Comisión en su 67º período de sesiones, en 2015. La nueva serie de proyectos de directrices propuestos por el Relator Especial figura en los párrafos 17, 22, 39, 59 y 77 y en el anexo *infra*.

5. En octubre y noviembre de 2014, en el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, la

⁶ *Ibid.*, vol. I, 3209ª a 3214ª sesiones; véase también *ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 79.

⁷ En su primer informe, el Relator Especial explicaba así su interpretación del entendimiento: «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*» (*ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, nota 13).

⁸ *Ibid.*, 3209ª a 3214ª sesiones.

Sexta Comisión examinó las deliberaciones de la CDI sobre el tema⁹. Expresaron su parecer más de 28 Estados. Muchas delegaciones dijeron compartir el punto de vista del Relator Especial sobre la importancia y oportunidad de este proyecto¹⁰, mientras que algunas de ellas se preguntaron si era conveniente plantear esta cuestión¹¹. Varias delegaciones señalaron que se trataba de un tema

⁹ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), cap. VIII.

¹⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, Tonga (en nombre de los 12 pequeños Estados insulares en desarrollo del Pacífico, 20ª sesión (A/C.6/69/SR.20), párr. 7; Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 13; Austria, *ibid.*, párr. 20; Estados Federados de Micronesia, *ibid.*, párr. 24; Rumania, *ibid.*, párr. 45; Italia, *ibid.*, párr. 52; Alemania, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 39; Japón, *ibid.*, párr. 73; Cuba, *ibid.*, párr. 79; Israel, *ibid.*, párr. 82; El Salvador, *ibid.*, párr. 92; Malasia, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 31; Palau, *ibid.*, párrs. 40 a 42; Portugal, *ibid.*, párr. 75; República Islámica del Irán, *ibid.*, párrs. 82 y 83; Argelia, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 3; Viet Nam, *ibid.*, párrs. 16 a 18; India, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 112; Indonesia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párrs. 60 a 62. Los Estados Federados de Micronesia expresaron su apoyo entusiasta al tema y animaron a la Comisión a elaborar y aprobar a la mayor brevedad un proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera y a sentar las bases de un mecanismo internacional exhaustivo en la materia (22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 27). Palau también expresó su firme apoyo y señaló que, como pequeño Estado insular, estaba decidido a estudiar formas de frenar el progresivo deterioro de la atmósfera, y destacó además que su Senado había aprobado una resolución por la que se instaba al Presidente de Palau a que declarase su firme apoyo a la labor de la Comisión (24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 40). Alemania consideró que la protección de la atmósfera era una cuestión de la máxima importancia para el conjunto de la humanidad y expresó su confianza en que la labor de la Comisión ayudara a contrarrestar la creciente fragmentación de la legislación mundial sobre medio ambiente, a través de un análisis horizontal y de la aplicación de enfoques transversales que fueran más allá del ámbito de los regímenes jurídicos particulares (23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 39). Austria afirmó que, si bien era deseable un régimen general de protección de la atmósfera, a fin de evitar la fragmentación, sería útil señalar los derechos y obligaciones de los Estados derivados de los principios jurídicos vigentes y de la normativa aplicable sobre protección ambiental (22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 20). La República Islámica del Irán observó que, a pesar de que la tarea encomendada al Relator Especial estaba plagada de dificultades, no por ello debía minimizarse la importancia de las cuestiones jurídicas que rodean este tema, y también abogó por que se concediese al Relator Especial gran flexibilidad para llevar a cabo su tarea de determinar los usos en este ámbito y de señalar las posibles lagunas en el régimen convencional existente (24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 82). Italia (22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 51) y el Japón (23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 73) hicieron hincapié en los trabajos de la Comisión debían basarse en el reconocimiento común de la enorme trascendencia que esta cuestión tiene para la humanidad, y que dichos trabajos debían desarrollarse en un espíritu cooperativo y constructivo, pese a las diferencias de planteamiento de sus miembros. Indonesia afirmó que la labor de la Comisión en este ámbito permitiría a la comunidad internacional combatir la degradación ambiental mediante la preservación y conservación de la atmósfera, que es un recurso natural limitado; este Estado también sugirió que se analizaran con mayor detalle las modalidades de uso de la atmósfera (27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 60). Muchos Estados opinaron que, si bien el Relator Especial y la Comisión debían proceder con cautela y prudencia en los trabajos, en virtud del entendimiento de 2013, este último debía interpretarse y aplicarse con la debida flexibilidad.

¹¹ Federación de Rusia, *ibid.*, 21ª sesión (A/C.6/69/SR.21), párr. 135; Francia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párrs. 34 y 35; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 32; Estados Unidos de América, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párrs. 65 y 66). Estos Estados expresaron sus dudas sobre la viabilidad de esta cuestión, tanto por su carácter extremadamente técnico como por rebasar el mandato de la Comisión. Recalcaron la importancia de aplicar estrictamente el entendimiento de 2013 para garantizar que la labor de la Comisión fuese valiosa para los Estados y minimizar a la vez el riesgo de que esa labor pudiese complicar o inhibir las trascendentales negociaciones actuales o futuras sobre temas que son de interés mundial (Estados Unidos, *ibid.*, párr. 66).

especialmente complejo, lo que exigía una atención y un tratamiento especiales por parte de la Comisión¹². Varios delegados también formularon observaciones sobre las directrices propuestas, y a ellas se alude en los párrafos correspondientes del presente informe¹³.

6. En su informe sobre los trabajos realizados en su 66º período de sesiones, la Comisión declaró que

¹² China, *ibíd.*, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párrs. 54 y 55; España, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párrs. 23 y 24; República de Corea, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párrs. 28 y 29. China observó que la labor de la Comisión debía llevarse a cabo de forma prudente y rigurosa y servir de complemento constructivo de los distintos mecanismos aplicables y de los procesos de negociación política y jurídica que ya están en marcha; este país expresó su deseo de que la Comisión siguiese reforzando sus investigaciones sobre las teorías y prácticas pertinentes aplicando criterios rigurosos y evitando recurrir a conceptos ambiguos, para ir aclarando paulatinamente las directrices en cuestión (23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párrs. 54 y 55).

¹³ Véanse los párrafos 9, 21 y 28 *infra*.

recibiría con interés cualquier información sobre la práctica de los Estados en el ámbito de la protección atmosférica¹⁴. En el período comprendido entre el 31 de enero y el 19 de febrero de 2015 respondieron a la solicitud de la Comisión los Estados Federados de Micronesia, Finlandia, Cuba, los Estados Unidos de América y la República de Corea.

7. Durante el 66º período de sesiones de la Comisión, en 2014, y con posterioridad a él, el Relator Especial mantuvo contactos con representantes de las organizaciones interesadas, tanto gubernamentales como no gubernamentales. Se ha acordado que en una reunión oficiosa de la Comisión en mayo de 2015 sus miembros mantengan un diálogo interactivo con los científicos y expertos vinculados al PNUMA, la OMM y la CEPE.

¹⁴ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 27.

CAPÍTULO I

Directrices generales: propuesta del Relator Especial basada en el debate celebrado por la Comisión en su 66º período de sesiones

8. Como ya se ha explicado, el Relator Especial propuso en su primer informe tres proyectos de directriz: el proyecto de directriz 1 sobre los términos empleados: «atmósfera», el proyecto de directriz 2 sobre el ámbito de aplicación de las directrices, y el proyecto de directriz 3 sobre la condición jurídica de la atmósfera¹⁵. Teniendo presentes las deliberaciones de la Comisión en su 66º período de sesiones, en 2014, así como los resultados de las últimas investigaciones científicas, el Relator Especial presenta una nueva serie de proyectos de directrices que introduce algunos cambios en la propuesta inicial contenida en el primer informe. Se espera que esta segunda serie de proyectos de directrices responda adecuadamente a las acertadas sugerencias realizadas por los miembros de la Comisión en los debates celebrados en 2014.

¹⁵ Los proyectos de directrices propuestos inicialmente por el Relator Especial en su primer informe (*ibíd.*, vol. II (primera parte), párrs. 70, 78 y 90, respectivamente) rezaban como sigue:

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 aire.

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 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.

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.

A. Definiciones

1. ATMÓSFERA

9. En el proyecto de directriz 1 de su primer informe, el Relator Especial proponía una definición jurídica de la atmósfera. Esta definición debe tener en cuenta y reflejar razonablemente las características de la atmósfera establecidas por la doctrina científica. La definición ofrecida en el primer informe pretendía ser una definición de trabajo que pudiese utilizarse específicamente para el presente proyecto. A pesar de que algunos miembros de la Comisión no consideraron necesario establecer una definición de la atmósfera, la gran mayoría se mostró de acuerdo con el Relator Especial en que era necesario y también deseable fijar tal definición. Los delegados que trataron este asunto en las sesiones de la Sexta Comisión, en su sexagésimo noveno período de sesiones celebrado en 2014, se mostraron en general de acuerdo con la inclusión de una definición¹⁶. El Relator Especial estima que, para el presente proyecto, es una cuestión de necesidad práctica contar con una definición de trabajo del concepto de atmósfera. Cualquier intento de elaborar directrices para la protección de esta se vería favorecido por la existencia de un entendimiento común sobre lo que dichas directrices pretenden abarcar.

¹⁶ Según una opinión, parecía inevitable el uso de términos técnicos, dado que la definición de los límites de la atmósfera implicaría necesariamente el recurso a tecnicismos; por otra parte, la definición ofrecida podía ser solo provisional, sujeta a la formulación de un concepto jurídico que se complementase con observaciones técnicas (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, República Islámica del Irán, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 83). Respecto al carácter técnico de una definición de la atmósfera, hubo cierto acuerdo en que era necesario el concurso de expertos científicos en la materia, además de otra información especializada (Japón, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 74). Un Estado sostuvo que la definición debía incluir una descripción de las características naturales de la circulación atmosférica (Indonesia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 61).

10. Como se explica en el primer informe, el 80 % de la masa de aire se encuentra en la troposfera y el 20 % en la estratosfera. Por consiguiente, se consideró natural limitar el alcance del tema a estas dos capas, donde se producen los principales riesgos de contaminación atmosférica, agotamiento del ozono y cambio climático sobre los cuales se han podido obtener resultados científicos más o menos exhaustivos. No obstante, algunos miembros se plantearon la conveniencia de incluir las esferas superiores (a saber, la mesosfera y la termosfera) en la definición de atmósfera ofrecida en la propuesta de directriz 1¹⁷. Debe señalarse que la atmósfera superior constituye únicamente el 0,0002 % de la masa total de la atmósfera: una proporción relativamente insignificante de la zona que este proyecto de directrices pretende proteger. Sin embargo, como indicó uno de los miembros de la Comisión¹⁸, es cierto que algunos estudios científicos, que no obstante distan de ser definitivos, parecen haber detectado en la mesosfera (hasta unos 85-95 km por encima de la Tierra)¹⁹ ciertos efectos adicionales, aunque limitados, derivados del cambio climático²⁰. Por ello, se propone suprimir las referencias específicas a la troposfera y la estratosfera del proyecto original de directriz 1 propuesto en el primer informe. Además, es posible que el término «envoltura» sea preferible al de «capa» a fin de evitar la confusión con las distintas capas de la atmósfera²¹. Por último, dado que los científicos utilizan la expresión «sustancias transportadas por el aire» para referirse a las que específicamente implican daño o riesgo para la salud, se ha elegido la expresión más amplia de «sustancias degradantes»²² para esta versión revisada del proyecto de directriz que contiene las definiciones.

¹⁷ Véase *Anuario... 2014*, vol. I, 3211ª sesión, Sres. Murphy, Hassouna, Petrić y Forteau, e *ibíd.*, 3210ª sesión, Sr. Park.

¹⁸ Sr. Kittichaisaree, *ibíd.*, 3210ª sesión.

¹⁹ Véase Smith y otros, «Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole».

²⁰ Según las conclusiones obtenidas por la División para la Antártida del Departamento de Medio Ambiente de Australia, se tienen datos, aunque no definitivos, de que en la mesosfera se manifiesta en alguna medida el efecto invernadero, <http://www.antarctica.gov.au/about-antarctica/environment/atmosphere/studying-the-atmosphere/hydroxyl-airglow-temperature-observations/climate-change-in-the-mesosphere>. Un estudio independiente de Khosravi y otros indica que el incremento a largo plazo de los gases de efecto invernadero bien mezclados altera de forma significativa la estructura térmica y la composición química de la mesosfera («Response of the mesosphere to human-induced perturbations and solar variability calculated by a D-2 model», pág. 4358). Por otra parte, Smith y otros indican que el agujero de ozono en la estratosfera sobre la Antártida podría afectar a las pautas de circulación que se producen en la mesosfera («Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole»). Los científicos están estudiando ahora la posibilidad de inyectar ciertas partículas en la mesosfera para controlar el cambio climático (véase, por ejemplo, Keith, «Photophoretic levitation of engineered aerosols for geoengineering»). Así pues, cabe la posibilidad de que en el futuro la mesosfera se incluya en el ámbito de la actividad humana directa, si bien tal actividad corresponde todavía al campo de las hipótesis (el Relator Especial desea transmitir su agradecimiento a Zhou You, de la Escuela Superior de Estudios Jurídicos de la Universidad de Beijing (posgraduado del Departamento de Ciencias), por facilitar esta y otra información de carácter científico).

²¹ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, párr. 69. En el quinto informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Grupo de Trabajo III, *Climate Change 2014*, anexo, se define la «atmósfera» como «[la] envoltura gaseosa que circunda la Tierra».

²² La expresión «degradación atmosférica» se definirá en el proyecto de directriz 1, apdo. c.

11. Se reconoce el transporte transcontinental de sustancias contaminantes como uno de los principales problemas del actual entorno atmosférico²³, y la zona del Ártico, como depósito de contaminantes nocivos, es la región más gravemente afectada por su propagación mundial²⁴. Así pues, como se proponía en el primer informe²⁵ y también en el proyecto de directriz 1, apdo. a, que figura en el párrafo 17 *infra*, la definición de atmósfera debe abordar a la vez su aspecto sustantivo como envoltura de gases y su aspecto funcional como medio en el que se producen el transporte y la dispersión de las sustancias degradantes.

2. CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA

12. Para abordar la cuestión adecuadamente, se necesita establecer una definición de la expresión «contaminación atmosférica». Tal definición puede encontrarse en el artículo 1 del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, conforme al cual,

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 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, y la expresión «contaminantes atmosféricos» deberá entenderse en ese mismo sentido.

En la doctrina sobre este tema se ha recurrido reiteradamente a esta definición²⁶. Conviene señalar también que el artículo 1, párr. 4, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar define «contaminación» como la producción de «efectos *nocivos** tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, *peligros** para la salud humana»²⁷. Si bien la expresión «contaminación atmosférica» se usa en ocasiones en sentido amplio, de modo que incluye el deterioro general de las condiciones atmosféricas, como el agotamiento del ozono o el cambio climático, aquí se emplea en el mismo sentido estricto que en la práctica de los tratados antes mencionada, es decir, excluyendo de la definición las cuestiones de naturaleza global. En el presente informe se ha considerado apropiado abordar las cuestiones más generales utilizando la expresión «degradación de la atmósfera», que abarca la

²³ Véase, Fuglesvedt y otros, «Transport impacts on atmosphere and climate: metrics»; Shen y otros, «Analysis of Trans-Pacific Transport of Black Carbon during HIPPO-3: Implications for Black Carbon Aging»; Wuebbles, Lei y Lin, «Intercontinental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences»; Lin, Liang y Wuebbles, «Effects of intercontinental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model».

²⁴ Se ha determinado la existencia de varios riesgos de contaminación del entorno ártico, como el provocado por los contaminantes orgánicos persistentes o el mercurio, la mayoría de los cuales tiene su origen en fuentes externas a esa región. Estos contaminantes llegan al Ártico desde regiones industriales situadas más al sur, tanto de Europa como de otros continentes, transportados por los vientos del norte y la circulación oceánica. Véase Koivurova, Kankaanpää y Stepien, «Innovative Environmental Protection: Lessons from the Arctic», pág. 297.

²⁵ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, párr. 70.

²⁶ Kiss, «Air Pollution», pág. 72.

²⁷ El artículo 212 de la Convención establece la obligación de impedir la contaminación del mar a través de la atmósfera. En esa medida, la definición de «contaminación» contenida en la Convención atañe a la contaminación atmosférica.

contaminación atmosférica (en sentido estricto), el agotamiento del ozono y el cambio climático, como se explica más adelante (véanse los párrafos 14 a 16 *infra*).

13. Algunos miembros de la Comisión propusieron en su 66º período de sesiones²⁸ que el término «energía», en referencia a la introducción de contaminantes en la atmósfera, se suprimiera o limitara para excluir las emisiones radiactivas y nucleares. El Relator Especial considera que es importante para la labor sobre la protección de la atmósfera de la Comisión mantener el término «energía». Dicho término aparece tanto en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia²⁹ como en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar³⁰, cuando se trata de definir la «contaminación». Debe también señalarse que la comunidad internacional ya ha reconocido el problema que suponen las emisiones sonoras y lumínicas a la atmósfera desde las grandes urbes³¹. Además, la Comisión no debe pasar por alto el grave problema de las emisiones nucleares, especialmente a raíz del desastre nuclear ocurrido en 2011 en Fukushima³², poderoso recordatorio de los peligros que pueden derivarse de la contaminación nuclear y radiactiva en un planeta donde existen más de 500 centrales nucleares. Aunque la Comisión no tiene por qué mencionar de forma explícita las sustancias radiactivas en el proyecto de directrices, es importante hacer

²⁸ *Anuario... 2014*, vol. I, 3212ª sesión, Sr. Šturma y 3210ª sesión, Sr. Park. El debate sobre la «energía» se celebró con motivo del proyecto inicial de directriz 2 contenido en el primer informe, que se refería al ámbito de aplicación.

²⁹ Art. 1, apdo. a.

³⁰ Art. 1, párr. 1, apdo. 4, que incluye «la introducción [...] de sustancias o de energía en el medio marino». Véase también *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, nota 207.

³¹ OMM/Proyecto internacional de estudio de la química atmosférica mundial, «Impact of Megacities on Air Pollution and Climate», Simon y Leck, «Urban Adaptation to Climate/Environmental Change: Governance, Policy and Planning»; Arnfield, «Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island»; Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas*; véase, en general, Stone, *The City and the Changing Climate: Climate Change in the Places We Live* (el Relator Especial agradece a Terblanche Deon, Director del Departamento de Investigación Atmosférica y Medio Ambiente, OMM, la puesta a su disposición de la anterior información). Véase también Rich y Longcore, *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting*; Cinzano y Falchi, «The propagation of light pollution in the atmosphere»; Bashiri y Hassan, «Light pollution and its effects on the environment» (el Relator Especial agradece a Peter H. Sand el suministro de esta y otra valiosa información).

³² Las emisiones de las instalaciones nucleares de Fukushima oscilaron entre el 7 % y el 23 % de las del accidente de Chernóbil y fueron muy inferiores a las de los ensayos nucleares realizados por los Estados poseedores de armas nucleares en los decenios de 1950 y 1960. Se estima que la emisión total de uno de los nucleidos principales, el cesio-137, que tiene un ciclo de vida de 30 años, fue de 6-20 petabecquerel (PBq) en el caso de Fukushima, frente a 85 PBq en Chernóbil. Las emisiones de cesio-137 procedentes de los ensayos de armas nucleares realizados en las décadas de 1950 y 1960 fueron en total unas diez veces superiores a las de Chernóbil. Véase Comité Científico de las Naciones Unidas para el Estudio de los Efectos de las Radiaciones Atómicas, informe a la Asamblea General de 2013, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 46 (A/68/46)*. Para el anexo científico A, véase *Sources, effects and risk of ionizing radiation, vol. I*, «Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami» (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.14.IX.1), párr. B12 (el Relator Especial expresa su agradecimiento a Gerhard Wotawa, del Instituto Central de Meteorología y Geodinámica (Viena), que ha facilitado la información científica precedente).

referencia, al menos, a la cuestión de la contaminación «energética» entendida en sentido amplio. No obstante, la inclusión de esa terminología no implica que el proyecto de directrices vaya a interferir en absoluto en las políticas sobre energía nuclear de los Estados, que, por supuesto, abarcan cuestiones que corresponden al ámbito de competencia interno de cada uno de ellos. El concepto general de energía que se emplea en este proyecto de directriz está concebido para ser eficaz y a la vez flexible: con su inclusión se quiere seguir la anterior práctica de los tratados y abordar con precisión el tema de la protección atmosférica, evitando a la vez cualquier mención concreta de las sustancias radiactivas u otras sustancias específicas, conforme a lo previsto en el «entendimiento». El proyecto de directriz 1, apdo. b, sobre «contaminación atmosférica» que se propone figura en el párrafo 17 *infra*.

3. DEGRADACIÓN DE LA ATMÓSFERA

14. Por lo que respecta a las fuentes no convencionales del derecho internacional, cabe señalar que una institución académica de vanguardia y varias resoluciones judiciales de trascendencia dictadas por tribunales nacionales han empleado los términos «contaminación atmosférica» y «contaminación» en un sentido más amplio que estricto, a fin de incluir cuestiones como el agotamiento del ozono de la estratosfera y el cambio climático. El artículo 1, párr. 1, de la resolución III sobre contaminación atmosférica transfronteriza, aprobada en 1987 por el Instituto de Derecho Internacional, establece que,

[a] los efectos de la presente resolución, por «contaminación atmosférica 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 en de zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional³³.

15. En cuanto al uso del concepto de contaminación atmosférica en los tribunales nacionales, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el asunto *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, de 2007³⁴, abordó el significado de «contaminante atmosférico» que figura en el título II, artículo 202 a) 1), de la Ley de Protección de la Calidad del Aire, según la cual esa expresión alude a cualquier agente o combinación de agentes contaminantes de la atmósfera, incluida toda sustancia o materia física, química, biológica o radiactiva que se emita a la atmósfera o que llegue a ella por otra vía³⁵. Durante el procedimiento, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos sostuvo que lo dispuesto en el título II, artículo 202 a) 1) de la Ley³⁶ no autorizaba a dicha Agencia

³³ *Yearbook, vol. 62 (1988), sesión de El Cairo (1987), parte II*, pág. 296.

³⁴ Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 2 de abril de 2007, 549 U.S. 497 (2007). Véase también Zasloff, «Massachusetts v. Environmental Protection Agency, 127 S. Ct. 1438».

³⁵ 42 U.S.C., art. 7602 g). En relación con la legislación interna de los Estados Unidos, véanse también las observaciones escritas de ese país de 10 de febrero de 2015, págs. 2 a 5.

³⁶ Según el artículo 202 a) 1) de la Ley de Protección de la Calidad del Aire, la Agencia de Protección Ambiental tiene potestad para reglamentar la emisión de cualquier contaminante atmosférico por los vehículos de motor nuevos, y, de conformidad con lo dispuesto en ese artículo, establecer normas (que podrá revisar en cada momento) relativas a la emisión de cualquier contaminante atmosférico por esos vehículos, de la clase que sean, o de motores nuevos destinados a ellos, que, a su

a regular los gases de efecto invernadero, pues estos no son agentes de contaminación ambiental en el sentido tradicional del término y, por lo tanto, no pueden clasificarse como contaminantes atmosféricos a los efectos previstos en la Ley. No obstante, la Corte determinó que la definición contenida en la Ley era tan general que abarcaba todos los compuestos transportados por el aire, con independencia de su clase³⁷. Así, la Corte concluyó que, puesto que los gases de efecto invernadero encajan en la amplia definición de contaminante atmosférico prevista en la Ley de Protección de la Calidad del Aire, la Agencia de Protección Ambiental era la autoridad con potestad legal para regular las emisiones de dichos gases por los vehículos de motor nuevos³⁸. Respondiendo a esta decisión de la Corte, la Agencia decidió que las emisiones de gases de efecto invernadero por los vehículos de motor nuevos estarían sujetas a los requisitos establecidos en la Ley para la prevención del deterioro sustancial de la calidad del aire, y también a su título V. No obstante, en la causa *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, de 2014, la Corte Suprema dictaminó que, cuando en la parte dispositiva de la Ley (como las disposiciones sobre prevención del deterioro sustancial o el título V) aparece la expresión «contaminante atmosférico», la Agencia de Protección Ambiental la ha interpretado habitualmente de forma estricta y ajustada al contexto³⁹. Dado el uso reiterado de la expresión «contaminante atmosférico» por el Congreso de los Estados Unidos, la Corte concluyó que, a la hora de interpretar los requisitos exigidos en las disposiciones sobre prevención del deterioro sustancial y el título V, el término tiene un significado más estricto que el de la definición genérica reconocida por la Corte en el asunto *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* en relación con el título II⁴⁰.

16. Los Estados aplican distintas definiciones del término «contaminante» en sus legislaciones nacionales⁴¹.

juicio, causen contaminación atmosférica o puedan contribuir a ella, de tal modo que sea razonablemente previsible que se ponga en peligro la salud o el bienestar público, 42 U.S.C., art. 7521 a) 1).

³⁷ *Massachusetts v. EPA* (nota 34 *supra*), pág. 529.

³⁸ *Ibid.*, pág. 532.

³⁹ *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, resolución de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 23 de junio de 2014, 134 S. Ct. 2427 (2014).

⁴⁰ Cabe señalar que, en la causa *Utility Air*, la Corte reafirmó en primer lugar la interpretación amplia de «contaminante atmosférico» de la Ley de Protección de la Calidad del Aire que había corroborado en el asunto *Massachusetts v. EPA*, para luego dictaminar que, en algunos de los preceptos de la parte dispositiva de dicha Ley, la Agencia debía interpretar el término en un sentido más estricto. Más concretamente, respecto de las disposiciones sobre prevención del deterioro sustancial y el título V (fuentes principales), la Corte resolvió que el término «contaminante atmosférico» debía interpretarse en relación con los gases de efecto invernadero de modo que solo abarcara los contaminantes atmosféricos (incluidos los gases de efecto invernadero) emitidos en cantidades tales que permitieran su regulación atendiendo a criterios racionales. Así pues, en la parte dispositiva de la Ley dicha expresión puede interpretarse en un sentido cuantitativo. Desde el punto de vista cualitativo, no obstante, parece que aún tiene validez la definición amplia contenida en ese instrumento. Incluso respetando la decisión de la Corte, la Agencia de Protección Ambiental puede regular libremente las emisiones de gases de efecto invernadero del 83 % de las fuentes estáticas de todo el territorio de los Estados Unidos (el Relator Especial agradece a Thomas J. Schoenbaum de la Universidad de Washington (Seattle), sus acertadas observaciones sobre estas causas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos).

⁴¹ Por ejemplo, la Ley de Protección del Medio Ambiente de los Estados Federados de Micronesia ofrece una definición general de

No tiene mayor trascendencia que se emplee el concepto de contaminación atmosférica en su acepción amplia o estricta en una norma interna o a efectos de su interpretación por un órgano jurisdiccional igualmente interno⁴². Pero, cuando se trata del ámbito del derecho internacional, debe utilizarse siguiendo estrictamente la definición contenida en los tratados. Sea cual fuere el daño que puedan causar el agotamiento del ozono o el cambio climático, ha de distinguirse claramente del daño provocado por la contaminación atmosférica transfronteriza. Por ello, se propone que en los trabajos sobre este tema la expresión «sustancias degradantes» se emplee para indicar un amplio conjunto de problemas atmosféricos, incluida la contaminación atmosférica transfronteriza, el agotamiento del ozono de la estratosfera⁴³, el cambio climático⁴⁴ y cualquier otra alteración de las condiciones atmosféricas que tenga efectos nocivos para la salud y la vida humanas y para el medio ambiente natural del planeta, como se indica en el proyecto de directriz 1, apdo. c.

17. Así pues, se propone que el proyecto de directriz 1 tenga la siguiente redacción:

«Proyecto de directriz 1. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) Se entiende por “atmósfera” la envoltura de gases que circunda la Tierra, en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias degradantes;

b) Se entiende por “contaminación atmosférica” la introducción en la atmósfera por la actividad humana, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan efectos nocivos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra;

«contaminante» que otorga a su Gobierno un poder reglamentario considerable para impedir la introducción en la atmósfera de sustancias que puedan poner en riesgo la salud, el bienestar o la seguridad humanas (observaciones escritas de los Estados Federados de Micronesia, 31 de enero de 2015, pág. 3). La Ley del Medio Ambiente de Cuba, tit. VI, cap. VII, regula la protección de la atmósfera y, entre otras cosas, contempla reducir y controlar las emisiones de contaminantes a la atmósfera producidas por la operación de fuentes artificiales o naturales, fijas o móviles, de manera que se asegure la calidad del aire de conformidad con las normas que la regulan, para la salvaguardia del medio ambiente y en especial de la salud humana y el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el país (art. 118 b)) (observaciones escritas de Cuba, 3 de febrero de 2015, pág. 3). Además, la Ley de Conservación de la Calidad del Aire, de 1990, de la República de Corea, prevé la reglamentación de la contaminación atmosférica y de las sustancias que pueden modificar el clima y el ecosistema, así como la cooperación con otros Estados en relación con estas sustancias (observaciones escritas de la República de Corea, 19 de febrero de 2015).

⁴² De hecho, si bien los Estados Unidos cuentan con regímenes legales y reglamentarios detallados y exhaustivos en un conjunto de ámbitos relacionados con la protección atmosférica, debe señalarse que estos regímenes internos han sido concebidos para afrontar sus propios problemas de manera singular, y no se atienen a normas de carácter general (observaciones escritas de los Estados Unidos, 10 de febrero de 2015).

⁴³ El artículo 2, párr. 1, del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono establece que «[l]as Partes tomarán las medidas apropiadas [...] para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que *modifiquen o puedan modificar** la capa de ozono».

⁴⁴ Como se dispone en el artículo 1, párr. 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 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».

c) La “degradación de la atmósfera” comprende la contaminación atmosférica, el agotamiento del ozono de la estratosfera, el cambio climático y cualquier otra alteración de las condiciones atmosféricas que tenga efectos adversos significativos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.»

En etapas posteriores se propondrá la definición de otros términos.

B. Ámbito de aplicación

18. El segundo proyecto de directriz propuesto en su primer informe por el Relator Especial tenía la finalidad de delimitar con claridad el ámbito del tema. De ese modo, el apartado *a* del proyecto de directriz 2 señalaba que el tema solo se refiere a la degradación ambiental «antropógena», que puede consistir en la introducción de «sustancias nocivas o energía» en la atmósfera o la alteración de su «composición», que tenga o probablemente pueda tener «efectos adversos sensibles» en el entorno humano o natural. El apartado *b* se limitaba a aclarar que el proyecto de directrices versaba sobre los principios básicos del derecho ambiental internacional y hacía hincapié en su interrelación en lo que concierne a la protección de la atmósfera. El proyecto de directriz 2 resultó menos controvertido que los demás en las deliberaciones que la Comisión mantuvo en su 66º período de sesiones. A pesar de que algunos miembros se cuestionaron si el tema abarcaba la contaminación nacional y local⁴⁵, el Relator Especial aseguró a la Comisión que el proyecto de directrices se limitaría a los daños atmosféricos «transfronterizos», como era pertinente y como ya se indicaba en el primer informe.

19. Varios miembros de la Comisión manifestaron especial preocupación por la frase «sustancias nocivas»⁴⁶ contenida en el proyecto de directriz 2, y alegaron que era demasiado amplia y daba pie a incluir ciertas actividades con efectos muy reducidos en la atmósfera. Pero si la referencia a las «sustancias nocivas» se interpreta, como corresponde, en el contexto de la segunda parte del apartado *a* del proyecto de directriz 2, queda claramente matizada por la frase «que tengan o probablemente puedan tener efectos adversos sensibles». Así pues, la redacción del proyecto de directriz 2 limita adecuadamente el ámbito de aplicación del proyecto a determinadas actividades humanas y sustancias nocivas con efectos adversos sensibles. Otros miembros⁴⁷ expresaron objeciones al lenguaje empleado en la segunda frase e indicaron que el término «sensible» debía articularse con mayor claridad. Sobre este punto, el Relator Especial recordó que la Comisión ha utilizado con frecuencia el término «sensible» en sus trabajos⁴⁸, incluido el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas⁴⁹. En ese caso, la Comisión optó por no definirlo, reconociendo que la determinación de su significado debe ser más fáctica que jurídica⁵⁰.

⁴⁵ *Anuario... 2014*, vol. I, 3211ª sesión, Sr. Murphy y 3212ª sesión, Sr. Wood.

⁴⁶ *Ibíd.*, 3211ª sesión, Sres. Murphy y Hassouna.

⁴⁷ *Ibíd.*, 3210ª sesión, Sr. Kittichaisaree y 3211ª sesión, Sr. Hassouna.

⁴⁸ Véase *Anuario... 2014*, vol. I, 3214ª sesión).

⁴⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párrs. 97 y 98.

⁵⁰ Véase *ibíd.*, comentarios al proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas en los que se

20. Un miembro señaló que el proyecto de directriz 2, apdo. *a*, contiene expresiones que abarcan algunos conceptos sustantivos, como «sustancias nocivas» y «efectos adversos sensibles», y defendió la supresión de los mismos para, en su lugar, tratarlos conjuntamente con los principios generales en cuya formulación entraban en juego⁵¹. No obstante, la inclusión de términos sustantivos en los proyectos de artículos o directrices en los que se describe el ámbito de aplicación de un proyecto es coherente con la práctica reciente de la Comisión. El artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas establece que

[l]os 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.

Aquí se incorporaron en el artículo sobre el alcance conceptos sustantivos relevantes como «riesgo», «daño» y «daño sensible». Siguiendo este acertado modelo, se propone un proyecto de directriz 2 que contenga un mínimo de conceptos sustantivos.

21. En el debate celebrado en la Sexta Comisión, en su sexagésimo noveno período de sesiones, se afirmó que, si bien eran bastante precisos los términos empleados para describir el alcance de los trabajos⁵², convenía realizar algunas aclaraciones en relación con expresiones como «actividad humana», «sustancias nocivas», «energía»⁵³ y

señala que «“sensible” es algo más que “detectable” pero sin necesidad de alcanzar el nivel de “grave” o “sustancial”. El daño deber producir un efecto realmente perjudicial [y] esos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos» (párr. 4 del comentario al proyecto de artículo 2). «La palabra “sensible”, aunque determinada por criterios reales y objetivos, implica igualmente un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formule ese juicio. Por ejemplo, una pérdida determinada, en un momento determinado, podría no considerarse “sensible” porque, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración humana de un recurso determinado no habían llegado a un punto en que se atribuía mucha utilidad a ese recurso concreto» (párr. 7 del comentario al proyecto de artículo 2).

Estos son algunos ejemplos de disposiciones que emplean la palabra «sensible» en tratados y otros instrumentos:

a) Artículos de la Comisión:

i) Artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (*ibíd.*, pág. 159, párr. 98);

ii) Artículo 7 de la Convención Internacional sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación;

iii) Artículo 6 de del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 23, párr. 54);

b) Otras disposiciones de tratados:

i) Artículos 2, párrs. 1 y 2 del Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo;

ii) Memorando de Intenciones sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Canadá, de 5 de agosto de 1980 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1274, núm. 21009, pág. 235).

⁵¹ *Anuario... 2014*, vol. I, 3213ª sesión, Sr. Nolte.

⁵² Se llegó a afirmar que la referencia a la alteración de la composición de la atmósfera y a los efectos adversos sensibles podría constituir un punto de partida apropiado, y que la mención de los principios básicos resultaría inevitable, dada la imposibilidad de examinar los derechos y obligaciones de los Estados sin explicar los principios pertinentes (República Islámica del Irán, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 83).

⁵³ Malasia, *ibíd.*, párr. 31.

concretamente sobre el término «interrelaciones»⁵⁴. En el presente informe, el Relator Especial ha intentado responder lo mejor posible a estas inquietudes. Se acordó que debe mantenerse la distinción entre «atmósfera» y «espacio aéreo»⁵⁵.

22. Como recalcó el Relator Especial en su primer informe, es crucial establecer una distinción entre atmósfera y espacio aéreo. Se trata de dos conceptos completamente diferenciados en el derecho internacional. Mientras que el espacio aéreo es una entidad estática y de base zonal sobre la que el Estado tiene «soberanía completa y exclusiva», la atmósfera es una sustancia dinámica y fluctuante, en constante movimiento en torno a la Tierra y a través de las fronteras nacionales. La atmósfera es invisible, intangible e indivisible, por lo que no puede estar sujeta a la soberanía, jurisdicción o control de ningún Estado⁵⁶.

⁵⁴ Indonesia, *ibíd.*, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 62. A modo de aclaración, el Relator Especial ha añadido en su segundo informe la frase «con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional».

⁵⁵ Dinamarca en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 13.

⁵⁶ De hecho, la Comisión se ha mostrado reacia a aplicar los conceptos de jurisdicción y control estatales a los recursos naturales que no se consideren claramente situados dentro del territorio de un Estado, como lo demuestran dos tratados que regulan distintas clases de recursos acuíferos. En el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, el artículo 3 (soberanía de los Estados del acuífero), establece que «[c]ada Estado del acuífero tiene soberanía sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo situada en su territorio. El Estado del acuífero ejercerá su soberanía de acuerdo con el derecho internacional y los presentes artículos» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 159, párr. 98). Es significativa la ausencia de un artículo comparable en la Convención Internacional sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. Esto tiene su explicación en que los acuíferos son masas delimitadas de agua, encerradas en un depósito y sobre las que el Estado del acuífero puede ejercer su soberanía. La Convención Internacional sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, por el contrario, regula aguas corrientes no delimitadas, sobre las que el Estado del curso de agua no puede ejercer su soberanía. En este sentido, la atmósfera es mucho más parecida a los cursos de agua internacionales que a los acuíferos, especialmente porque fluye a más velocidad aún que los primeros, superando habitualmente los cientos de kilómetros por hora, por lo que no cumple las condiciones para someterse a la soberanía, jurisdicción o control de ningún Estado. Véase el resumen de las deliberaciones elaborado por el Relator Especial (*Anuario... 2014*, vol. I, 3214ª sesión).

El Relator Especial propuso inicialmente el proyecto de directriz 3, apdo. *b*, como una cláusula de salvaguardia en relación con el concepto jurídico de «espacio aéreo». Sin embargo, considera ahora más conveniente incluir esa cláusula de salvaguardia en el proyecto de directriz 2, relativo al ámbito de aplicación. Así, el proyecto de directriz 2 tendría la siguiente redacción:

«*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 tengan o probablemente puedan tener efectos adversos significativos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra;

b) El presente proyecto de directrices versa sobre los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, así como sobre su interrelación con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional;

c) Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices tiene por objeto afectar a la condición jurídica del espacio aéreo conforme al derecho internacional aplicable.»

23. Según la propuesta presentada por el Relator Especial en su primer informe, el proyecto de directriz 3, en el que se abordaba la condición jurídica de la atmósfera, calificaba la protección de esta como una «preocupación común de la humanidad». Numerosos miembros de la Comisión manifestaron su inquietud por el uso de esta designación y por el contenido jurídico específico del concepto. Dado que, como ya se ha explicado, la directriz propuesta contiene determinados elementos normativos que pueden no corresponderse exactamente con el encabezado «directrices generales», el Relator Especial ha incluido el proyecto inicial de directriz 3 en el epígrafe «principios fundamentales». Por consiguiente, las deliberaciones de la Comisión durante su 66º período de sesiones se resumen en el capítulo III *infra* del presente informe (véanse los párrafos 26 y 27 *infra*).

CAPÍTULO II

Principios fundamentales relativos a la protección de la atmósfera

A. Trascendencia de los principios

24. En el presente informe se analizan los principios fundamentales de la protección de la atmósfera y se proponen varios proyectos de directrices para reflejarlos adecuadamente. Así pues, puede ser conveniente aclarar desde un principio la función de estos principios fundamentales. Aunque entre los juristas existen opiniones divergentes en cuanto a su definición, naturaleza, importancia, función y efectos⁵⁷, parece que, en términos generales, el término

«principio» denota un alto grado de fuerza jurídica⁵⁸. Se entiende generalmente que los principios no se limitan

principles and the role of State practice in international norm creation»; Kolb, «Principles as sources of international law». Véase también Beyerlin, «Different Types of Norms in International Environmental Law: Policies, Principles, and Rules» págs. 425 y ss.; Asociación de Derecho Internacional, «First Report of the Committee on Legal Principles Relating to Climate Change», sesión de La Haya (2010), págs. 355 a 357, y «Second Report», sesión de Sofía (2012), págs. 439 a 442.

⁵⁸ La mayoría de los autores parece estar de acuerdo en que la diferencia entre «normas» y «principios» se refiere simplemente al carácter general o fundamental de la proposición (por ejemplo, Weil, «Le droit international en quête de son identité», pág. 150), mientras que otros aprecian una diferencia de índole cualitativa (Eto, «Significance of principles in international adjudication», pág. 734).

⁵⁷ Véase, en general, Eto, «Significance of principles in international adjudication»; Wolfrum, «General international law (principles, rules and standards)»; Petersen, «Customary law without custom? Rules,

a expresar un *desideratum*, sino que tienen cierto peso jurídico. Lo más importante es que, «cuando se dice que determinado principio es un principio del derecho, lo que se quiere expresar es que los agentes públicos deberán tomarlo en consideración si procede»⁵⁹. Así pues, los principios abarcan factores clave que los responsables de adoptar decisiones habrán de tener en cuenta. Dicho de otra forma, los principios pueden «fijar límites o dar orientaciones, y también establecer la forma de resolver posibles conflictos entre otros principios y normas»⁶⁰. Este argumento fue utilizado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, al observar, refiriéndose al principio del desarrollo sostenible, que «se han establecido nuevas normas y principios en un gran número de instrumentos durante los dos últimos decenios» y que «han de tenerse en cuenta esas nuevas normas y considerarse debidamente esos nuevos principios»⁶¹. De modo similar, la Comisión señaló en el comentario general al proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, que

el proyecto de principios tiene por objeto contribuir al proceso de desarrollo del derecho internacional en este campo proporcionando a los Estados la debida orientación con respecto a las actividades peligrosas no incluidas en acuerdos específicos e indicando las cuestiones que habría que regular en tales acuerdos⁶².

⁵⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 24 a 27.

⁶⁰ Boyle, «Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law», pág. 907.

⁶¹ Fallo, *I.C.J. Reports 1997*, párr. 140.

⁶² *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 66, párr. 5 del comentario general.

B. Principios que debe incluir el presente proyecto de directrices

25. Los principios pueden ser fruto de la práctica de los tratados, la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, los instrumentos internacionales no vinculantes, la legislación nacional y la jurisprudencia de los tribunales nacionales y otra práctica de los Estados, y pueden llegar a convertirse en normas del derecho internacional consuetudinario⁶³. Dado que el mandato de la Comisión comprende la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, los principios que se considera aplicables a la protección de la atmósfera a efectos del presente proyecto se limitan a los ya consolidados y a los que tienen carácter emergente como derecho internacional consuetudinario⁶⁴. El presente informe se centra en los principios básicos que guardan relación con la protección de la atmósfera. Entre ellos cabe citar la preocupación común de la humanidad, las obligaciones generales de los Estados, la cooperación internacional, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, el desarrollo sostenible, la equidad, la prevención y la precaución, y la interrelación con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional. El presente informe analiza los tres primeros principios, y comienza por el examen de la degradación de las condiciones atmosféricas como preocupación común de la humanidad.

⁶³ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, párrs. 29 a 63.

⁶⁴ En relación con el concepto de «normas emergentes del derecho internacional consuetudinario», véase el fallo en los casos *North Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 41.

CAPÍTULO III

Degradación de las condiciones atmosféricas como preocupación común de la humanidad

A. Debates celebrados en el 66º período de sesiones de la CDI y en la Sexta Comisión en su sexagésimo noveno período de sesiones

26. En su primer informe, el Relator Especial indicó que la atmósfera es un recurso natural esencial para sustentar la vida en la Tierra y mantener la integridad de los ecosistemas y que, por tanto, la protección de la atmósfera es un «interés común de la humanidad». De conformidad con la resolución 43/53 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1988, y el primer párrafo del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Relator Especial indicó que sería más apropiado caracterizar la naturaleza jurídica de tal protección como preocupación común en lugar de bien común o patrimonio común. Habida cuenta del creciente reconocimiento de los nexos entre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático global, el primer informe aplicó el concepto de preocupación común al conjunto de los problemas atmosféricos. El concepto de «preocupación común» implica la cooperación de todos los Estados sobre cuestiones que son de importancia similar para todos ellos, y sienta las bases para dicha cooperación⁶⁵.

⁶⁵ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, párrs. 86 a 90.

27. Durante el debate celebrado en el 66º período de sesiones de la Comisión, en 2014, varios miembros se mostraron de acuerdo con la opinión del Relator Especial de que la protección de la atmósfera es, de hecho, una preocupación común de la humanidad, al tiempo que insistieron en la necesidad de seguir estudiando la cuestión⁶⁶. Los miembros plantearon varias preguntas en cuanto a la clasificación de la protección de la atmósfera como preocupación común de la humanidad en el primer informe. En primer lugar, se señaló que tal vez el concepto de preocupación común aún no estuviera claro o lo bastante asentado en el derecho internacional y careciera de suficiente apoyo en la práctica de los Estados. En segundo término, aunque problemas globales como el agotamiento del ozono y el cambio climático podrían tener cabida en el concepto de preocupación común, se cuestionó la idoneidad de que la contaminación atmosférica transfronteriza, cuyos limitados efectos se circunscribían a las relaciones bilaterales de los Estados, se encuadrara también en esa categoría. En tercer lugar, se expresó la opinión de que el vínculo entre el concepto de preocupación común y las obligaciones *erga omnes* debía aclararse mejor. En cuarto lugar, se planteó un argumento que cuestionaba

⁶⁶ *Ibid.*, vol. I, 3211ª sesión, Sres. Tladi, Hassouna, Niehaus y Petrič; 3212ª sesión, Sres. Candioti, Vázquez-Bermúdez y Wisnumurti, y 3213ª sesión, Sr. Valencia-Ospina.

la conveniencia de emplear el concepto de preocupación común antes de que el proyecto de directrices prescribiera las obligaciones específicas de los Estados. En quinto lugar, se afirmó que, en el marco de la política jurídica, la noción de preocupación común era demasiado débil y que, en su lugar, debería utilizarse el concepto de «patrimonio común» en relación con la protección de la atmósfera. El Relator Especial trató de responder a todas esas cuestiones en la exposición que realizó al final del debate de la Comisión en su 66º período de sesiones⁶⁷, y se espera que sus conclusiones se fundamenten más y se aclaren mejor en las secciones que siguen.

28. En el debate que tuvo lugar durante las reuniones de la Sexta Comisión en su sexagésimo noveno período de sesiones, en 2014, el modo en que los delegados hicieron referencia al concepto de preocupación común fue en gran medida similar al planteado en el debate de la CDI en su 66º período de sesiones. Varios Estados expresaron apoyo al concepto de preocupación común propuesto por el Relator Especial⁶⁸, señalando además, a modo de aclaración, que lo que constituía una «preocupación común de la humanidad» no era la protección de la atmósfera, sino el deterioro de sus condiciones⁶⁹. Algunas delegaciones se opusieron al uso del término en el marco del tema: se consideró que el concepto era vago y controvertido, y que su contenido no solo era difícil de definir, sino también susceptible de diversas interpretaciones⁷⁰. La calificación de la atmósfera como recurso natural cuya protección es una «preocupación común de la humanidad» dejaba sin resolver la cuestión de cuáles serían las obligaciones concretas que se derivarían de esa consideración⁷¹. No obstante, se sugirió que esa afirmación no implicaba necesariamente la adopción de normas jurídicas sustantivas que regularan directamente las relaciones jurídicas entre los Estados, sino que suponía más bien el reconocimiento de que la protección de la atmósfera no era un asunto exclusivamente nacional⁷². Aunque algunas delegaciones no se opusieron, en principio, a esta calificación, señalaron que era preciso que en el futuro la Comisión la examinara en mayor profundidad, sobre todo en lo que respecta a su relación con otros principios y conceptos relativos al medio ambiente⁷³. Algunas delegaciones destacaron que, desde un punto de vista jurídico, el tema requería un enfoque integrado que considerara a la atmósfera como una unidad única

⁶⁷ *Ibíd.*, 3214ª sesión.

⁶⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, Estados Federados de Micronesia*, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 24; *Japón*, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 74; *Cuba*, *ibíd.*, párr. 79; *El Salvador*, *ibíd.*, párr. 92; *Palau*, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 42; *República Islámica del Irán*, *ibíd.*, párr. 83, e *Indonesia*, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 60.

⁶⁹ *Indonesia*, *ibíd.*

⁷⁰ *Francia*, *ibíd.*, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 35; *Reino Unido*, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 32; *China*, *ibíd.*, párr. 55; *Polonia*, *ibíd.*, párr. 62; *España*, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 24; *Viet Nam*, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 18, e *India*, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 112.

⁷¹ *Austria*, *ibíd.*, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 21.

⁷² *Japón*, *ibíd.*, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 74, e *Indonesia*, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 60.

⁷³ *Cuba*, *ibíd.*, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), párr. 79; *España*, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 24; *República Islámica del Irán*, *ibíd.*, párr. 83; *India*, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 112; e *Indonesia*, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 60.

global, ya que se trataba de una sustancia dinámica y fluida que se desplazaba continuamente a través de las fronteras nacionales⁷⁴.

29. Es conveniente tratar en primer lugar la propuesta de emplear el concepto de «patrimonio común» y no el de «preocupación común de la humanidad» antes de pasar a las demás cuestiones que se refieren específicamente a la noción de preocupación común. En opinión de algunos miembros de la Comisión en su 66º período de sesiones, el concepto de «preocupación común» puede ser demasiado débil para ofrecer un régimen jurídico eficaz que regule un problema tan importante como la protección de la atmósfera, por lo que, en su lugar, debería utilizarse el marco más sólido que ofrece el concepto de «patrimonio común»⁷⁵. Se observó que, si bien 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 consideraba «patrimonio común de la humanidad» a la Luna y sus recursos naturales (art. 11, párr. 1), el régimen de patrimonio común de la Luna nunca tuvo pleno efecto. También cabe señalar que el concepto de «patrimonio común» pareció adquirir un nuevo significado en el curso de las negociaciones sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en la década de 1970. Desde entonces, se entiende que el concepto requiere un aparato institucional de largo alcance para la aplicación de mecanismos de protección, como el que se prevé en la parte XI de la Convención, que, no obstante, fue objeto de modificaciones fundamentales a raíz del 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. Por lo tanto, el concepto de patrimonio común no ha conseguido ganar impulso, más allá del éxito bastante limitado del régimen de los fondos marinos previsto en la Convención. Además de las dificultades mencionadas, la conceptualización inicial de los recursos fitogenéticos como parte del patrimonio común fue retirada casi de inmediato⁷⁶, y un argumento similar para que el cambio climático y la diversidad biológica se consideraran elementos del patrimonio común no obtuvo apoyo en los proyectos finales de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Aunque en su preámbulo, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural formula la idea de que «ciertos bienes del patrimonio cultural y natural presentan un interés excepcional que exige se conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera», se ha observado que «tanto en el tono como en los efectos, parece tratarse más de una “preocupación común” que de un “patrimonio común”, tal como ciertamente se entiende en el contexto institucional de la Convención [de las Naciones Unidas] sobre el Derecho del Mar»⁷⁷. Por consi-

⁷⁴ *Palau*, *ibíd.*, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 42, y *Viet Nam*, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25), párr. 18.

⁷⁵ *Anuario... 2014*, vol. I, 3212ª sesión, Sr. Peter y 3213ª sesión, Sr. Wako.

⁷⁶ Bowman, «Environmental Protection and the Concept of Common Concern of Humankind», pág. 501.

⁷⁷ French, «Common Concern, Common Heritage and Other Global(-ising) Concepts: Rhetorical Devices, Legal Principles or a Fundamental Challenge?», pág. 349; Brunnée, «Common Areas, Common

guiente, la expresión más indicada para la protección de la atmósfera debería ser la de «preocupación común», como sucedió en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica⁷⁸. Dicho término proporciona la debida solidez en cuanto a los fines, evitando la posibilidad de que se establezcan requisitos de aplicación onerosos al estilo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o surjan desacuerdos sobre un alcance excesivo, problemas que se han planteado en el pasado cuando se ha tratado de aplicar el estándar del «patrimonio común».

B. El concepto de «preocupación común de la humanidad» en la práctica de los tratados

30. El concepto de «preocupación común de la humanidad» se ha establecido de manera clara y completa y en suficiente medida en la práctica de los Estados y la doctrina pertinente. El conocido primer párrafo del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático reconoce que «los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de la humanidad*». Del mismo modo, el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica declara que las partes son «conscientes [...] de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida en la biosfera» (segundo párrafo) y afirma que «la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad*» (tercer párrafo)⁷⁹. En su prólogo, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, utiliza expresiones similares a preocupación común, entre ellas «centro de las preocupaciones», «urgente preocupación de la comunidad internacional» y «problemas de dimensiones mundiales» en el contexto de

(Continuación de la nota 77.)

Heritage, and Common Concern», pág. 565; Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment*, págs. 128 a 130; Shelton, «Common Concern of Humanity»; Shelton, «Equitable Utilization of the Atmosphere: Rights-based Approach to Climate Change?»; Stec, «Humanitarian Limits to Sovereignty: Common Concern and Common Heritage Approaches to Natural Resources and Environment».

⁷⁸ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, párrs. 87 y 88; cabe señalar que la noción de preocupación común es «conceptualmente más abierta» que la de patrimonio común, que está de por sí limitada por referirse específicamente a ciertos recursos. También debe observarse que «el concepto [de patrimonio común] está dirigido de manera más estricta a determinados procesos ambientales o medidas de protección» (Brunnée, «Common Areas, Common Heritage, and Common Concern», pág. 564).

⁷⁹ El ámbito de aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica incluye claramente la atmósfera (véase el artículo 2 (Términos utilizados), que dispone que por «diversidad biológica» se entiende «la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte*», y el artículo 4 (Ámbito jurisdiccional), en cuyo apartado b se estipula que el Convenio se aplicará «[e]n el caso de procesos y actividades realizados bajo su jurisdicción o control, y con independencia de dónde se manifiesten sus efectos, dentro o fuera de las zonas sujetas a su jurisdicción nacional o fuera de los límites de la jurisdicción nacional*»). El término «biosfera» se aplica a la «esfera de la vida» o el «espacio en el que la vida existe o puede existir». Se trata del «sistema de la naturaleza integrado por la atmósfera, la litosfera y la hidrosfera, o el aire, el suelo, las rocas, los minerales y el agua de la Tierra, elementos que sustentan a los organismos vivos» (Mische, «Ecological Security and the Need to Re-conceptualize Sovereignty».

la lucha contra la desertificación y la sequía⁸⁰. Cabe señalar que en esos instrumentos, que gozan de aceptación universal⁸¹, prácticamente todos los Estados convinieron en que había una necesidad imperiosa de que la comunidad internacional se comprometiera colectivamente a enfrentar estos problemas globales⁸². A este respecto, la principal ventaja de emplear la expresión «preocupación común» en la práctica anterior pertinente en materia de tratados ambientales ha sido alentar la participación, la colaboración y la adopción de medidas en lugar de la discordia, cuestión que el Relator Especial considera especialmente importante con respecto al tema que se examina.

31. El Relator Especial considera justificado emplear la expresión «preocupación común de la humanidad» en el contexto transfronterizo, teniendo en cuenta la práctica contemporánea en materia de tratados. El Convenio de Minamata sobre el Mercurio considera que el mercurio es «un producto químico de preocupación mundial* debido a su transporte a larga distancia en la atmósfera» (primer párrafo del preámbulo)⁸³. Recientes trabajos de investigadores de vanguardia⁸⁴ caracterizan al Convenio de Minamata como un tratado que identifica y trata de abordar una amenaza particular. En esa medida, sigue al Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, que optó por un enfoque más descriptivo al observar que «los contaminantes orgánicos persistentes [...] son transportados por el aire*, el agua y las especies migratorias a través de las fronteras internacionales y depositados lejos del lugar de su liberación*, acumulándose en ecosistemas terrestres y acuáticos» (preámbulo, primer párrafo). El proyecto de directrices para la protección de la atmósfera se ajusta al patrón de ambos convenios, que destacan la necesidad de dar una respuesta colectiva a las amenazas de riesgo ambiental en razón de su carácter global, incluso aunque el daño sea en su origen de carácter transfronterizo.

32. Por otra parte, cabe señalar que el Protocolo relativo a la Reducción de la Acidificación, de la Eutrofización y del Ozono en la Troposfera al Convenio sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, adoptado en 1999, fue enmendado el 4 de mayo de 2012 para incluir en su regulación el carbono negro y el ozono troposférico, que tienen determinados efectos adversos

⁸⁰ Huelga decir que la desertificación y la sequía tienen mucho que ver con las condiciones atmosféricas.

⁸¹ Al 15 de febrero de 2015, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático tiene 196 partes, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, 195, y la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, 195.

⁸² Cabe señalar que, aunque el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, en el que hay 197 partes, no emplea el término «preocupación común», expresa no obstante una idea fundacional similar al postular que las «medidas para proteger la capa de ozono [...] requieren acción y cooperación internacionales» (preámbulo, párrafo sexto). El Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (que también cuenta con 197 partes) advierte contra «los posibles efectos climáticos de las emisiones de esas sustancias [que agotan el ozono]» (preámbulo, cuarto párrafo).

⁸³ El Convenio tenía 128 signatarios y 10 partes al 15 de febrero de 2015 (según el artículo 31, el Convenio entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que se haya depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión).

⁸⁴ French, «Common Concern, Common Heritage and Other Global(-ising) Concepts: Rhetorical Devices, Legal Principles or a Fundamental Challenge?», pág. 348.

sobre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático⁸⁵. El texto del preámbulo del Protocolo de 1999, en su versión enmendada, dice entre otras cosas lo siguiente:

Advertiendo con preocupación asimismo que [los productos químicos] emitidos [...] son transportados en la atmósfera a largas distancias y pueden tener efectos transfronterizos nocivos [tercer párrafo],

Reconociendo las evaluaciones de los conocimientos científicos realizadas por organizaciones internacionales, como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, y por el Consejo del Ártico sobre los beneficios colaterales para la salud humana y el clima de reducir el carbono negro y el ozono troposférico [...] [cuarto párrafo],

Conscientes asimismo de los compromisos que las Partes han contraído en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (último párrafo).

También debe mencionarse el objetivo del Protocolo enmendado, que se establece en el artículo 2, párr. 1:

El objetivo del presente Protocolo es controlar y reducir las emisiones de [productos químicos] causadas por actividades antropogénicas y que pueden producir efectos nocivos sobre la salud humana y el medio ambiente, los ecosistemas naturales, los materiales, los cultivos y el clima* a corto y largo plazo, debido a la acidificación, la eutrofización, las partículas o la formación de ozono troposférico como consecuencia de la transmisión atmosférica transfronteriza a larga distancia, y procurar, en la medida de lo posible, que, a largo plazo y procediendo por etapas, teniendo en cuenta los progresos de los conocimientos científicos, los depósitos de origen atmosférico y las concentraciones en la atmósfera no sobrepasen [los niveles críticos que se indican en el anexo I, etc.].

Por lo tanto, existe práctica convencional importante que aborda los vínculos entre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático. Con el telón de fondo del creciente reconocimiento de esa vinculación inherente, la aplicación del concepto de «preocupación común» a las cuestiones que se plantean en contextos transfronterizos debe considerarse apropiada en la medida en que exista una relación con los problemas atmosféricos de dimensión global.

33. En la labor sobre el presente tema se pretende establecer un marco de cooperación para la protección atmosférica, sin tratar de establecer una propiedad o gestión común ni arbitrar un régimen de responsabilidad respecto de la protección de la atmósfera. Esta aplicación restringida del concepto de «preocupación común» está en consonancia con actuales aplicaciones del concepto en el derecho internacional del medio ambiente, tal como se describe más arriba, y refleja el entendimiento de que no es un recurso particular el que tiene carácter común, sino las *amenazas* a ese recurso las que constituyen una preocupación común, ya que los Estados contribuyen conjuntamente al problema y además comparten sus efectos. En la medida en que la contaminación atmosférica transfronteriza es un fenómeno mundial, el concepto de «preocupación común de la humanidad» sería aplicable, ya que «las cuestiones

ambientales transfronterizas o regionales que no pueden gestionarse eficazmente mediante esfuerzos nacionales o regionales pueden dar lugar a una preocupación común»⁸⁶. Además, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* se ha incorporado al concepto de protección global de la atmósfera de múltiples maneras. El hecho de que este principio actualmente no se limite al estrecho contexto del daño transfronterizo bilateral ha sido confirmado por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Además, el principio se reconoció en el párrafo octavo del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el artículo 2, párr. 2, apdo. *b*, del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. La incorporación del principio *sic utere tuo* en las cuestiones globales del derecho internacional del medio ambiente es testimonio de la relación jurídica entre el daño transfronterizo y las cuestiones globales relacionadas con la protección de la atmósfera. Por lo tanto, la ampliación del ámbito de aplicación de este principio ha sido reconocida por la jurisprudencia, en la práctica de los tratados y en la doctrina, como se examina más adelante en la sección B del capítulo V del presente informe.

34. La labor de la Comisión en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional requiere el uso de los enfoques inductivo y deductivo. Incluso la tarea de codificación, que se supone que conlleva recopilar las normas del derecho internacional consuetudinario vigente que se determinen mediante los enfoques inductivos habituales, implica «la más precisa formulación y sistematización» de disposiciones (artículo 15 del estatuto de la Comisión). Durante la formulación y sistematización, algunos elementos de deducción inevitablemente intervienen en el proceso. Esto es más cierto si cabe en lo que respecta a la labor de desarrollo progresivo del derecho internacional, que se refiere a 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». Si bien el concepto de «preocupación común de la humanidad» parece haber recibido amplia aceptación en la práctica de los Estados, aún puede considerarse en parte como una noción en desarrollo, en cuyo caso puede estar justificado un enfoque deductivo en la medida en que se ajuste a los principios y normas emergentes del derecho internacional consuetudinario⁸⁷.

35. Como se señaló en el primer informe⁸⁸, según el contenido jurídico del concepto de preocupación común, la cuestión de que se trata no pertenece exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados, debido a su importancia global y a las consecuencias que entraña para todos⁸⁹.

⁸⁶ Kiss, «The Common Concern of Mankind», pág. 246.

⁸⁷ Durante el debate de la Comisión, en su 66º período de sesiones de 2014, algunos miembros hicieron una importante observación en el sentido de que el Relator Especial había «puesto el carro delante de los bueyes» (*Anuario... 2014*, vol. I, 3211ª y 3213ª sesiones, párr. 14) a la que este respondió en sus conclusiones que, en este contexto, «la relación de los hijos con sus padres podría ser una metáfora más ilustrativa: puede que el concepto de preocupación común de la humanidad aún esté dando sus primeros pasos, pero es responsabilidad de la generación anterior fomentar su desarrollo para el futuro» (ibíd., 3214ª sesión, párr. 16).

⁸⁸ Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/AC.4/667, párr. 89.

⁸⁹ Kiss, «The Common Concern of Mankind», pág. 247.

⁸⁵ Documento del Consejo Económico y Social ECE/EB.AIR/114 (6 de mayo de 2013, texto consolidado), disponible en http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2013/air/eb/ECE.EB.AIR.114_ENG.pdf. Las enmiendas al anexo I del Protocolo entraron en vigor para todas las partes en el Protocolo el 5 de junio de 2013, mientras que las enmiendas del texto de los anexos II a IX y los nuevos anexos X y XI aún no están en vigor.

Lo que está en juego en la protección de la atmósfera y en la protección del medio ambiente en general puede no afectar a los intereses inmediatos de uno o varios Estados, sino que refleja una preocupación más remota y general: un beneficio (o la prevención de un daño) para toda la humanidad que solo puede lograrse mediante la aceptación de obligaciones básicas y generales por todos los Estados y la cooperación internacional, aunque no se obtengan ganancias o réditos inmediatos⁹⁰.

36. Cabe señalar que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica no identifican el cambio climático y la diversidad biológica de por sí como una preocupación común. En el concepto de preocupación común la atención se centra especialmente en la necesidad de cooperación internacional, no en los recursos en sí mismos. Por consiguiente, se considera que la razón de ser de la preocupación común es la responsabilidad colectiva de actuar⁹¹. Dicho de otro modo, la preocupación común refleja la voluntad de la comunidad internacional de actuar colectivamente para proteger la integridad de la biosfera y la atmósfera facultando a todos los Estados para que cooperen a nivel internacional, o incluso exigiéndoles que lo hagan, a fin de responder a esta preocupación⁹². Por todas las razones mencionadas anteriormente, el Relator Especial considera que la preocupación común constituye la base más sólida para la cooperación internacional destinada a la protección de la atmósfera.

37. El concepto de preocupación común puede interpretarse en sentido amplio o de manera restrictiva. Una interpretación amplia incluiría un efecto jurídico que proporciona a todos los Estados un interés jurídico, o legitimación, en el cumplimiento de las normas relativas a la protección de la atmósfera. Sin embargo, como se señala en el capítulo siguiente sobre la obligación general de los Estados, dado que aún no se han establecido procedimientos adecuados en el derecho internacional que propicien la *actio popularis*, esta interpretación expansiva no puede mantenerse⁹³. Según otra interpretación posible, el concepto de preocupación común genera

⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 245. 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 del 13 al 15 de diciembre de 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 Attard, «The meeting of the Group of Legal Experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues»; Cançado Trindade y Attard, «The Implication of the “Common Concern of Mankind” Concept on Global Environmental Issues»).

⁹¹ French, «Common Concern, Common Heritage and Other Global(-ising) Concepts: Rhetorical Devices, Legal Principles or a Fundamental Challenge?», pág. 348.

⁹² Brunnée, «Common Areas, Common Heritage, and Common Concerns», pág. 566. Véase también Kreuter-Kirchhoff, «Atmosphere, International Protection», págs. 737 a 744 (la atmósfera como «preocupación común de la humanidad»).

⁹³ Boyle, «International Law and the Protection of the Global Atmosphere: Concepts, Categories and Principles», págs. 11 y 12.

derechos para las personas y las generaciones futuras. Sin embargo, esta interpretación también carece, hasta la fecha, de una base jurídica sólida en el derecho internacional contemporáneo sobre la protección de la atmósfera, que no hace referencia a los derechos individuales. En el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se mencionan los intereses de las generaciones futuras, aunque se hace únicamente como motivo de preocupación; además, no se dispone de instituciones ni procedimientos que otorguen representación o derechos a las generaciones futuras⁹⁴. Con arreglo a una tercera interpretación, la preocupación común crea obligaciones sustantivas para la protección de la atmósfera⁹⁵. Dado que el concepto de preocupación común no entraña una norma específica de conducta para los Estados⁹⁶, es difícil imaginar que pueda llevar a establecer obligaciones sustantivas específicas para ellos⁹⁷. Sin embargo, no cabe duda de que sirve como complemento para la creación de dos obligaciones generales de los Estados, a saber, la de proteger la atmósfera (que se examina en el capítulo IV) y la de cooperar entre sí para la protección de la atmósfera (que es objeto del capítulo V).

38. Una manera de articular el concepto de preocupación común en relación con la atmósfera es estipular proactivamente que la *protección* de la atmósfera es una preocupación común. Este fue el criterio adoptado por el Relator Especial en su primer informe, y es similar en naturaleza al que se refleja en el tercer párrafo del prólogo del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que dispone que «la *conservación** de la diversidad biológica es una preocupación común de la humanidad». Otra manera de expresar la idea de preocupación común podría ser el reconocimiento más pasivo de que el deterioro de las condiciones atmosféricas es una cuestión de preocupación común, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en el que se reconoce que «*los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos** son una preocupación común de la humanidad». Teniendo en cuenta la necesidad de prudencia al abordar este tema, puede que este último criterio se considere más fácil de aceptar para el presente proyecto de directriz. Por lo tanto, la redacción del proyecto de directriz 3 se ha modificado en consecuencia.

39. La justificación y el fundamento científico de otros conceptos empleados en el proyecto de directriz 3 que figura a continuación, como el de la «atmósfera como recurso natural», ya se analizaron en profundidad en el primer informe⁹⁸, por lo que no se repiten aquí. Habida cuenta de lo anterior, el proyecto de directriz 3 tendría el siguiente tenor:

⁹⁴ *Ibíd.*, págs. 12 y 13.

⁹⁵ *Ibíd.*, pág. 13.

⁹⁶ Brunnée, «Common Areas, Common Heritage, and Common Concern», pág. 566.

⁹⁷ «El de preocupación común [...] es un concepto general que no denota normas y obligaciones específicas, pero establece la base general para que la comunidad en cuestión actúe», Kiss, «The Common Concern of Mankind», pág. 246.

⁹⁸ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, párrs. 64 a 90.

«Proyecto de directriz 3. Preocupación común de la humanidad»

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, la degradación de las condiciones atmosféricas es una preocupación común de la humanidad.»

40. Como se ha señalado anteriormente, la aplicación del concepto de «preocupación común de la humanidad» tiene dos corolarios importantes en relación con la protección de la atmósfera (que se examinan a continuación): la «obligación general de los Estados de proteger la atmósfera» y la «cooperación internacional para la protección de la atmósfera».

CAPÍTULO IV

Obligación general de los Estados de proteger la atmósfera

41. El artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece la obligación general de los Estados de «proteger y preservar el medio marino», que también podría caracterizarse como obligación *erga omnes*. En el presente informe se postula que esa misma obligación general es aplicable a la protección de la atmósfera. A fin de corroborar este postulado, se necesita en primer lugar analizar el significado y la función de la expresión «obligaciones *erga omnes*».

A. Obligación *erga omnes*

42. Como es bien sabido, fue en el famoso *obiter dictum* del fallo *Barcelona Traction*, donde la Corte Internacional de Justicia invocó la noción de obligaciones *erga omnes*, que se refería a «obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto», es decir, obligaciones que «son, por su propia naturaleza, la preocupación de todos los Estados»⁹⁹. Por lo tanto, la Corte identificó la noción de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto con la de obligaciones debidas a todos los Estados y que llevan consigo los correspondientes «derechos», en contraste con el concepto tradicional de «obligaciones recíprocas» que un Estado debe a otro en sus relaciones bilaterales, donde solo a este último Estado le asiste el derecho correspondiente. La Corte prosiguió declarando que «en vista de la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*»¹⁰⁰.

43. Como reflejo de la estructura cambiante del orden jurídico internacional, los autores han puesto de relieve cada vez más la importancia de proteger los intereses de la comunidad¹⁰¹. La Corte Internacional de Justicia ha desempeñado un papel importante en el desarrollo de este proceso. Por ejemplo, la Corte consideró que el respeto de la libre determinación es un derecho y una obligación *erga omnes*, tanto en el caso *East Timor*¹⁰² como en la opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*¹⁰³. En este

último caso, la Corte declaró que las obligaciones *erga omnes* «son, por su propia naturaleza, “la preocupación de todos los Estados”» y «en vista de la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección»¹⁰⁴. Se recordará también que la Corte examinó la naturaleza de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en los casos *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*¹⁰⁵ y *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*¹⁰⁶, examen que también se ha reiterado en el reciente fallo *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croacia c. Serbia)*¹⁰⁷.

44. Con anterioridad, en su demanda en los casos *Nuclear Tests*, Australia había pedido a la Corte Internacional de Justicia «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 tipo»¹⁰⁸. Aunque la Corte había indicado anteriormente la adopción de medidas cautelares el 22 de junio de 1973, dictó un fallo definitivo el 20 de diciembre de 1974, declarando que el objetivo perseguido por los demandantes, a saber, la cesación de los ensayos nucleares, se había conseguido mediante las declaraciones de Francia de que no seguiría adelante con los ensayos atmosféricos, por lo que la Corte no estaba llamada a adoptar una decisión sobre las pretensiones planteadas por los demandantes¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 199, párr. 155; citando *Barcelona Traction, Light and Power Company* (nota 99 *supra*), pág. 32, párr. 33.

¹⁰⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 616, párr. 31.

¹⁰⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 31 y 32, párr. 64.

¹⁰⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croacia c. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, párrs. 87 y 88.

¹⁰⁸ Memoria de Australia, *Pleadings, I.C.J. Reports 1973*, págs. 338 a 343, párrs. 462 a 485.

¹⁰⁹ *Nuclear Tests case (Australia c. Francia)*, medidas provisionales, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 99; competencia, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253; (Nueva Zelanda c. Francia), medidas provisionales, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 135; competencia, *I.C.J. Reports 1974*,

⁹⁹ Segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Véase Annacker, «The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law»; Simma, «From Bilateralism to Community Interests in International Law»; Tomuschat, «International Law, Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century».

¹⁰² *East Timor (Portugal c. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 105, párr. 29.

¹⁰³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 172, párr. 88, y párr. 199, párr. 155.

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. En su memoria afirmó, entre otras cosas, que

el mar no es estático; sus sistemas de vida 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 sitio. En verdad, la Corte no estaría cumpliendo su función de proteger por medios judiciales los intereses de la comunidad internacional si hiciera caso omiso de consideraciones de esta índole¹¹⁰.

A este respecto, en la opinión disidente conjunta de los magistrados Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock se indicó 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 del «interés jurídico» nos parece nuevamente que forma parte de la cuestión jurídica general que constituye el fondo del asunto. Si los elementos de prueba aportados por Australia convinieran 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 de si tal norma confiere a todos los Estados el derecho de interponer individualmente una acción para hacerla observar. 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 denominada *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, *I.C.J. Reports 1970*, 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 Corte¹¹¹.

Por lo tanto, la opinión disidente conjunta no llegó a determinar las repercusiones que la obligación *erga omnes* en el derecho sustantivo podría tener en la dimensión del derecho procesal. Esta aparente «falta de conexión» entre el derecho sustantivo y el derecho procesal es la principal dificultad inherente al concepto de obligaciones *erga omnes*.

(Continuación de la nota 109.)

pág. 457. Véase 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»; McWhinney, «International Law-Making and the Judicial Process, The World Court and the French Nuclear Tests Case»; Sur, «Les affaires des essais nucléaires»; MacDonald y Hough, «The Nuclear Tests Case Revisited». La Corte Internacional de Justicia señaló que «las declaraciones unilaterales de las autoridades francesas [...] se habían hecho fuera de la Corte, de manera pública y *erga omnes*», lo que significa que Francia pasaba a estar obligada respecto de todos los Estados (*I.C.J. Reports 1997*, pág. 269, párr. 50). Sin embargo, ese pasaje solo es pertinente como explicación de los efectos jurídicos de las declaraciones unilaterales y no tanto de la naturaleza jurídica de las obligaciones en cuestión.

¹¹⁰ *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, vol. I, memoria sobre competencia y admisibilidad presentada por Australia, págs. 337 y 338.

¹¹¹ *I.C.J. Reports 1974*, pág. 312, párr. 117. Se recordará que, en el fallo *South West Africa*, la Corte señaló que «el argumento [de los demandantes, Etiopía y Liberia] constituye una alegación de que la Corte debería permitir el equivalente de una “*actio popularis*”, [...] que el derecho internacional desconoce en su forma actual» (segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 47, párr. 88).

45. El Instituto de Derecho Internacional confirmó esta situación jurídica cuando aprobó en 2005 una resolución sobre obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional. Según el artículo 1, apdo. *a*, por obligación *erga omnes* se entiende «una obligación en virtud del derecho internacional general que un Estado debe en un supuesto determinado a la comunidad internacional, en vista de sus valores comunes y su preocupación por el cumplimiento, de modo que el incumplimiento de esa obligación permite que todos los Estados adopten medidas». El artículo 1, apdo. *b*, define la obligación «*erga omnes partes*» (aunque la resolución no emplea esta terminología, sino que simplemente utiliza la misma expresión «*erga omnes*» en ambos casos) como

una obligación en virtud de un tratado multilateral que un Estado parte en el tratado debe en un supuesto determinado a todos los demás Estados partes en el mismo tratado, en vista de sus valores comunes y su preocupación por el cumplimiento, de modo que el incumplimiento de esa obligación permite que todos esos Estados adopten medidas.

En lo que respecta a los requisitos de procedimiento para dar efecto a esas obligaciones, en la resolución se afirma que debe haber «un vínculo jurisdiccional entre un Estado que presuntamente ha infringido una obligación *erga omnes* y un Estado a quien se debe la obligación» a fin de que este último Estado esté «legitimado para presentar una demanda ante la Corte Internacional de Justicia u otras instituciones judiciales internacionales en relación con una controversia relativa al cumplimiento de esa obligación» (art. 3). Para que un Estado participe en las actuaciones ante la Corte o la institución de que se trate en relación con esa obligación, «deben existir normas específicas que rijan esta participación» (art. 4), sin las cuales la intervención no es posible¹¹². No obstante, es significativo que el Instituto haya confirmado claramente la existencia y la función de las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional en su forma actual¹¹³.

46. Cabe recordar que la Comisión abordó la cuestión de las obligaciones *erga omnes* en relación con el proyecto de artículo 48 sobre la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado de su proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El proyecto de artículo 48, párr. 1, establece que

[t]odo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado [...] si:

a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto¹¹⁴.

El apartado *a* se refiere a las obligaciones *erga omnes partes* para con un grupo de Estados, mientras que el

¹¹² Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 71 (2005), sesión de Cracovia, parte II, pág. 287, Relator: Giorgio Gaja. Véase también el primer informe del Relator (2002) en *ibíd.*, parte I, págs. 119 a 151; segundo informe (2004), *ibíd.*, págs. 189 a 212; respuestas y observaciones de la Comisión, *ibíd.*, págs. 153 a 187.

¹¹³ M. Fitzmaurice, «The International Court of Justice and International Environmental Law», pág. 358.

¹¹⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 76.

apartado *b* se refiere a las obligaciones *erga omnes* que existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto¹¹⁵. En cuanto a la cuestión de la legitimación del Estado no lesionado, la Comisión parece haber sido neutral respecto de la existencia de un interés colectivo del grupo y de la naturaleza jurídica de la obligación impuesta por un tratado multilateral. La respuesta solo puede darse mediante la interpretación del tratado en cuestión¹¹⁶.

47. La cuestión de la legitimación de los demandantes ante los tribunales internacionales sobre la base de los intereses de la comunidad incorporados en los tratados multilaterales ha sido objeto de controversia durante muchos años y se remonta a la causa *S. S. Wimbledon* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1923¹¹⁷. La Corte Permanente declaró en ese asunto que el artículo 380 del Tratado de Versalles sobre el libre paso por el canal de Kiel era una disposición de carácter general e imperativo, y que los cuatro demandantes tenían un interés jurídico y, por consiguiente, legitimación en virtud del Tratado¹¹⁸. El fallo *South West Africa* desestimó, por una estrecha mayoría, la pretensión de legitimación por «pertenecer al fondo del litigio»¹¹⁹ de Etiopía y Liberia, que habían reclamado, como Miembros de la Sociedad de las Naciones, legitimación con arreglo al Mandato pertinente, cuyo propósito era asegurar su adecuada administración como «misión sagrada» de los intereses de la comunidad compartidos por los miembros de la Sociedad. Sin embargo, en 1966, la Corte Internacional de Justicia, distinguiendo entre las disposiciones sobre los «actos» y los «intereses especiales» previstas en el Mandato, sostuvo que el derecho a reclamar el debido cumplimiento del Mandato no se derivaba del mero hecho de la pertenencia a la Sociedad de las Naciones. Por consiguiente, concluyó que los demandantes, en su calidad individual de Estados, no poseían «ningún derecho propio y autónomo

que puedan hacer valer con independencia del derecho de la Sociedad, o además de él, a fin de reclamar, en la realización de sus actividades colectivas e institucionales, la debida ejecución del Mandato en cumplimiento de la “misión sagrada”»¹²⁰. En cambio, la Corte Internacional de Justicia ha aceptado un criterio más liberal en el reciente caso *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*¹²¹, con respecto a la legitimación del demandante sobre la base de las obligaciones *erga omnes partes* que están previstas en un tratado multilateral, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. En cuanto a la legitimación de Bélgica en la causa, la Corte admitió que todos los Estados partes tenían un interés común en el cumplimiento de las obligaciones de prevenir la tortura y adoptar medidas para su enjuiciamiento, y «ese interés común implica que las obligaciones en cuestión son debidas por cualquier Estado parte a todos los demás Estados partes en la Convención». Por tanto, consideró que «todos los Estados partes “tienen un interés jurídico” en la protección de los derechos en cuestión» y que «esas obligaciones pueden definirse como “obligaciones *erga omnes partes*” en el sentido de que cada Estado parte tiene un interés en el cumplimiento de las mismas en cualquier supuesto determinado»¹²². La Corte concluyó que «todo Estado parte en la Convención puede invocar la responsabilidad de otro Estado parte con el fin de determinar el presunto incumplimiento de sus obligaciones *erga omnes partes*, como las previstas en el artículo 6, párrafo 2, y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención, y de poner fin a ese incumplimiento» y que, a tal efecto, no era necesario «un interés especial»¹²³. Por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte confirma que la cuestión del reconocimiento o no de legitimación en relación con las obligaciones *erga omnes partes* depende de la interpretación del tratado multilateral pertinente¹²⁴. Por el contrario, dada la falta de normas procesales en el derecho internacional general para las obligaciones *erga omnes* debidas a la comunidad internacional en su conjunto, es difícil concebir que exista una legitimación similar que permita a cualquier Estado presentar una reclamación ante las cortes y los tribunales internacionales¹²⁵.

¹¹⁵ *Ibid.* Véase también Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, págs. 277 6) y 278 9). En el comentario se explica que las «obligaciones que protegen un interés colectivo del grupo» previstas en el apartado *a* en ocasiones han sido calificadas de «obligaciones *erga omnes partes*» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 135, párr. 6 del comentario al artículo 48). En cuanto al apartado *b*, «los artículos evitan utilizar las palabras “obligaciones *erga omnes*”, que transmiten menos información que la referencia hecha por la Corte [...] y que se han confundido en ocasiones con las obligaciones debidas a todas las partes en un tratado» (*ibid.*, pág. 136, párr. 9 del comentario). Véase también Crawford, «Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts».

¹¹⁶ Gaja, «States Having an Interest in Compliance with the Obligation Breached», pág. 959.

¹¹⁷ *S.S. Wimbledon (France, Italy, Japan and U. K. v. Germany)*, fallo, 1923, *P.C.I.J. Series A, No. 1*, págs. 16 a 20.

¹¹⁸ Véase Crawford, «Responsibility for Breaches of Communitarian Norms...». Véase también Kawano, «Standing of a State in the Contentious Proceedings of the International Court of Justice: Judicial Proceedings on the Basis of the Consent of the Parties and the Development of International Legal Rules to Protect the Common Interests of the International Community as a Whole or as Established by a Treaty», págs. 221 a 223.

¹¹⁹ El fallo que la Corte Internacional de Justicia dictó en 1962 reconoció su competencia para conocer del caso, así como la legitimación de los demandantes sobre la base del artículo 7, párr. 2, del Mandato (*South West Africa (Etiopía c. Sudáfrica)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 335 a 342). Sin embargo, el fallo de 1966 consideró que no podía reconocerse su legitimación como «cuestión que pertenecía al fondo» del asunto (*South West Africa*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 18, párr. 4).

¹²⁰ *South West Africa*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 29, párrs. 32 y 33. Véase, Kawano, «Standing of a State in the Contentious Proceedings...», págs. 223 y 224.

¹²¹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica c. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 426, párr. 1.

¹²² *Ibid.*, párr. 68, pág. 449.

¹²³ *Ibid.*, párr. 69, pág. 450.

¹²⁴ En su demanda contra el Japón en el caso *Whaling in the Antarctic (Australia c. Japón: Nueva Zelanda interviniente)*, *I.C.J. Reports 2014*, fallo, pág. 226. Australia invocó una obligación *erga omnes partes* en virtud del Convenio Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (Crawford, «Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts», págs. 235 y 236). El Japón no impugnó esa afirmación y, por consiguiente, la Corte Internacional de Justicia no se refirió a este extremo en su fallo. Habría sido difícil imaginar que la Corte modificara su posición con respecto a la obligación *erga omnes partes* tras el fallo *Obligation to Prosecute or Extradite* de 2012. No obstante, se podría haber argumentado que difícilmente cabría entender que el Convenio Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, salvo que se hubiera interpretado en clave evolutiva (algo que la Corte rechazó), con un marco procesal totalmente distinto del previsto en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, contemplara en 1946 la legitimación de una parte no lesionada.

¹²⁵ Thirlway, *The Sources of International Law*, págs. 143 a 153.

48. Como se mencionó anteriormente, el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece una obligación general, que también podría caracterizarse como obligación *erga omnes*, según la cual «los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino». Esta disposición es un componente esencial del enfoque amplio que en la parte XII de la Convención se realiza de la protección y preservación del medio marino¹²⁶. Aunque la estructura básica de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se basa en la asignación de la carga de proteger el medio marino de conformidad con la división en zonas del mar (por ejemplo aguas territoriales, zonas contiguas, zonas económicas exclusivas y alta mar), es significativo que la Convención prevea no obstante esa cláusula genérica sobre la obligación general de los Estados de proteger el medio marino. Además, debe señalarse que en trabajos anteriores de la Comisión se encuentran disposiciones sobre la obligación general de proteger ciertos recursos naturales, en particular en el artículo 20 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación y el proyecto de artículo 10 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos¹²⁷. Estas disposiciones se basaron en el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹²⁸. El comentario a la Convención sobre los Cursos de Agua indica que «[l]a Comisión opina que este artículo, dada la naturaleza general de la obligación en él enunciada, debe figurar antes que otros artículos más específicos»¹²⁹. Habida cuenta de estos precedentes en la labor de la Comisión, el Relator Especial considera que en el presente proyecto de directrices debería incluirse la misma obligación general en cuanto a la protección de la atmósfera, sobre la base de la práctica estatal y la jurisprudencia que se examinan a continuación.

49. El Tratado de Prohibición de Pruebas con Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Ultraterrestre y Bajo del Agua dispone que las partes, «deseando poner término a la contaminación originada por sustancias radiactivas del medio físico» (preámbulo), se comprometen «a prohibir, impedir y no realizar explosiones de pruebas con armas nucleares ni cualquier otra clase de explosión nuclear [...] [e]n la atmósfera» (art. 1). Aunque el número de partes en el Tratado sigue siendo 124 (a febrero de 2015), después de que Francia anunciara su intención de poner fin a los ensayos nucleares en la atmósfera en 1974, parece inconcebible que un Estado se atreva a cuestionar hoy la prohibición parcial de los ensayos de armas nucleares que se alcanzó en virtud del Tratado, con lo que la obligación se aplica a todos los Estados sobre la base del derecho internacional consuetudinario¹³⁰.

¹²⁶ Nordquist y otros, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: Commentary*, vol. IV, pág. 36.

¹²⁷ *Anuario...* 2008, vol. II (segunda parte), párrs. 53 y 54.

¹²⁸ *Anuario...* 1994, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario al artículo 20, párr. 222 del proyecto de artículos.

¹²⁹ *Ibíd.*, pág. 126, párr. 1 del comentario al artículo 20.

¹³⁰ Aunque la Corte no examinó el carácter de derecho consuetudinario del Tratado en su fallo *Nuclear Tests (Australia c. France)* (*I.C.J. Reports 1974*, pág. 253), al considerar que los casos habían quedado sin efecto, se observó, no obstante, que debería haberse considerado la cuestión, opinión disidente conjunta de los magistrados Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock, pág. 368. Véase D'Amato, «Legal Aspects of the French Nuclear Tests», págs. 66 y 67; Tiewul, «International Law and Nuclear Test Explosions on the High Seas», pág. 56.

50. En el procedimiento consultivo ante la Corte Internacional de Justicia *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (iniciado por la Asamblea General) (1996)¹³¹, se preguntó si el empleo de armas nucleares podía dar 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»¹³². La Corte consideró que «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 ambiente»¹³³.

51. Huelga decir que la protección de la atmósfera en relación con cuestiones globales como el agotamiento del ozono y el cambio climático está claramente comprendida en la obligación general de los Estados¹³⁴. Con respecto a si podría considerarse que la contaminación atmosférica transfronteriza de carácter bilateral o regional también entra en el ámbito de la obligación general de proteger la atmósfera, ya se señaló en el primer informe, al igual que en el actual, que existen fuertes vínculos entre la contaminación atmosférica transfronteriza y las cuestiones globales del agotamiento del ozono y el cambio climático, y si estas últimas categorías deben considerarse sujetas a la obligación general, ha de entenderse que la primera también es objeto de la misma obligación. Esto se refleja en la transformación del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*: su aplicación a las relaciones entre Estados adyacentes ha ampliado su alcance para abarcar el contexto más amplio de la comunidad internacional en su conjunto, como se analiza más en detalle a continuación. El Relator Especial tiene la intención de referirse al principio *sic utere tuo* en su tercer informe, que presentará en 2016, como uno de los principios en los que se basa la protección de la atmósfera. La descripción que sigue tiene por objeto relatar de forma preliminar ciertos cambios que se han producido en la aplicación del principio con respecto a las obligaciones generales de los Estados.

¹³¹ Opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 241.

¹³² *Ibíd.*, párr. 29.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono establece en el artículo 2 (Obligaciones generales), párr. 1, que «[l]as Partes tomarán las medidas apropiadas [...] contra los efectos adversos [...] que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono». La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático dispone en el artículo 3 (Principios), párr. 1, que «[l]as Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras», principio que es de suponer que se aplica tanto a los países desarrollados como a los países en desarrollo. La frase citada se matiza con la frase «de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades». Los términos «responsabilidades comunes» establecen que todos los Estados tienen la obligación general de proteger el sistema climático, mientras que las «responsabilidades», en lo que respecta a su grado, deberían ser «diferenciadas» de acuerdo con sus «respectivas capacidades».

B. El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*

52. En un primer momento, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* («utiliza tus bienes de modo que no lesiones los de los demás») estaba concebido para aplicarse a la relación entre «Estados adyacentes» que comparten una frontera territorial común. El principio era corolario del de la soberanía territorial y la igualdad de los Estados, en virtud del cual corresponde al Estado ejercer su jurisdicción o control exclusivo sobre las actividades que tienen lugar dentro de él¹³⁵, al tiempo que reconocía la observación del árbitro Max Huber en el caso *Island of Palmas* de que «el derecho exclusivo» que entraña la soberanía territorial «tiene como corolario una obligación: la de proteger en el territorio los derechos de otros Estados»¹³⁶. Este principio se aplicó inicialmente en el contexto de un tipo tradicional de contaminación atmosférica transfronteriza de carácter bilateral, por ejemplo, en el caso *Trail Smelter*. El tribunal arbitral en el caso *Trail Smelter* declaró que «con arreglo a los principios de derecho internacional [...] ningún Estado tiene derecho a usar 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 convincentes»¹³⁷. Por supuesto, el principio *sic utere tuo* fue invocado en ese caso respecto de las relaciones entre Estados limítrofes.

53. Se recordará que, en el caso *Corfu Channel* de 1949, la Corte Internacional de Justicia se refirió a «ciertos principios generales y bien reconocidos», reafirmando que «todo Estado tiene la obligación de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados»¹³⁸. Una serie de providencias y fallos en los casos *Nuclear Tests* sirvió de piedra de toque de la condición de derecho consuetudinario del principio *sic utere tuo* en cuanto regla aplicable a la contaminación atmosférica transfronteriza que no se limita únicamente a los Estados adyacentes. Al indicar medidas provisionales en la causa, la Corte señaló en su providencia que «el Gobierno de Francia debería evitar ensayos nucleares que provoquen el depósito de precipitación radiactiva en territorio australiano [y de Nueva Zelandia]»¹³⁹, que se extienda a un gran número de zonas. Dado que el objeto de las medidas cautelares era preservar los *derechos* de las partes, del examen de las providencias se desprende que la Corte basó su decisión en el principio *sic utere tuo* al reconocer los *derechos* de los demandantes¹⁴⁰.

¹³⁵ Brunnée, *Sic utere tuo ut alienum non laedas*, pág. 189, párrs. 5 y 6.

¹³⁶ Corte Permanente de Arbitraje, *Island of Palmas* (Países Bajos, Estados Unidos), 4 de abril de 1928, UNRIIAA, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 1949.V.1), pág. 839.

¹³⁷ Corte Permanente de Arbitraje, *Trail Smelter* (Estados Unidos, Canadá), 11 de marzo de 1941, *ibíd.*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 1949.V.2), pág. 1965.

¹³⁸ *Corfu Channel Case*, fallo, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 22.

¹³⁹ *Nuclear Tests* (Australia c. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 106; *Nuclear Tests* (Nueva Zelandia c. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 142.

¹⁴⁰ El demandante alegó posibles daños no solo para «el territorio australiano», sino también en «otros lugares del hemisferio sur». Sin

embargo, la Corte decretó medidas provisionales solo «en relación con el depósito de precipitación radiactiva en su territorio*», y no indicó medidas «respecto de otros derechos», *Nuclear Tests* (Australia c. Francia) medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *I.C.J. Reports 1973*, págs. 104 y 105, párrs. 27 a 31.

54. En su fallo de 20 de diciembre de 1974 (*Nuclear Tests I*), la Corte Internacional de Justicia consideró que la declaración de Francia manifestando su intención de no continuar los ensayos nucleares en la atmósfera dejaba sin objeto las reclamaciones de Australia y Nueva Zelandia. Sin embargo, esto no significa que la Corte no tuviera en cuenta el principio *sic utere tuo*. Más bien, como señaló el magistrado Petré en su opinión separada,

dado que no hay ningún tratado que vincule a Australia y Francia en el asunto de los ensayos nucleares, la demanda presupone la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario en virtud de la cual se prohíbe a los Estados que, a través de los ensayos nucleares en la atmósfera, provoquen el depósito de precipitación radiactiva en el territorio de otros Estados. Por lo tanto, es la existencia o no de esa norma consuetudinaria lo que ha de determinarse¹⁴¹.

El magistrado de Castro respondió a esta cuestión afirmativamente en su opinión disidente, declarando que «el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* es un rasgo del derecho tanto antiguo como moderno» y que «en el derecho internacional, cabe mencionar el deber de cada Estado de no utilizar su territorio para cometer actos contrarios a los derechos de otros Estados»¹⁴². La opinión disidente conjunta de los magistrados Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock también deducía la existencia de la norma consuetudinaria, indicando que «no podemos dejar de señalar que [...] el demandante también fundamenta sus argumentos en derechos arraigados —que de hecho son elementales— cuyo carácter *de lex lata* está fuera de toda duda»¹⁴³. En cambio, el magistrado Gros observó que «a falta de cualquier norma que pueda oponerse al Gobierno de Francia con el fin de obtener de la Corte una declaración por la que se prohíban los ensayos franceses y solo ellos, los argumentos alegados carecen de fundamento»¹⁴⁴. El magistrado Petré también observó que «cabe preguntarse cuál ha sido la actitud de los numerosos Estados en cuyo territorio se ha depositado y continúa depositándose precipitación radiactiva procedente de los ensayos atmosféricos de las Potencias nucleares». En este sentido, se preguntó: ¿han [...] protestado ante esas Potencias, señalando que sus ensayos constituían una violación del derecho internacional consuetudinario?» para concluir finalmente que «no observo que ese haya sido el caso»¹⁴⁵. Dadas las discrepancias con respecto a la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario de no causar daño a otros Estados, se puede afirmar que «en el momento en que concluyeron los procedimientos de 1974 sería difícil llegar a la conclusión de que la condición de esa norma en el derecho internacional [...] era ampliamente aceptada»¹⁴⁶.

¹⁴¹ *Nuclear Tests* (Australia c. Francia), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 304.

¹⁴² *Ibíd.*, pág. 388, párr. 4.

¹⁴³ *Ibíd.*, pág. 367, párr. 113.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 288, párr. 21.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 306.

¹⁴⁶ Sands, «Pleadings and the Pursuit of International Law: Nuclear Tests II (New Zealand v. France)», pág. 615.

55. Dos décadas después, sin embargo, el carácter consuetudinario del principio fue expresamente reconocido en el caso *Nuclear Tests II* de 1995. Aunque la demanda en la que Nueva Zelanda protestó contra los ensayos nucleares subterráneos fue desestimada, la Corte observó que «la presente providencia se entiende sin perjuicio de las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente natural», obligaciones respecto de las cuales tanto Nueva Zelanda como Francia han reafirmado su compromiso en el presente caso¹⁴⁷. Aunque la Corte no aclaró en detalle el alcance de las obligaciones, el magistrado Weeramantry afirmó en su opinión disidente que el principio de que no debe causarse daño a otras naciones es «un principio fundamental del derecho ambiental moderno [...] bien arraigado en el derecho internacional» y en su calidad de «principio profundamente arraigado se basa en el sentido común, la jurisprudencia, las convenciones internacionales y el derecho internacional consuetudinario»¹⁴⁸. El magistrado Koroma también consideró en su opinión disidente, aunque con cautela, que «en el derecho internacional contemporáneo, existe probablemente el deber de no causar daños serios o graves que razonablemente puedan evitarse, junto con la obligación de no permitir la fuga de sustancias peligrosas»¹⁴⁹. Además, el magistrado Palmer citó los casos *Nuclear Tests I*, *Corfu Channel*, *Trail Smelter* y *Lac Lanoux*¹⁵⁰, págs. 281 a 317] como «un cuarteto de asuntos que ofrecen cierto grado de protección del medio ambiente por conducto del derecho internacional consuetudinario», y llegó a la conclusión de que «los principios establecidos en esos casos se han incorporado en» el principio *sic utere tuo*¹⁵¹. Teniendo en cuenta estas opiniones, se desprende que «las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente natural» tal como se indica en la providencia adoptada por la mayoría, incluyen el principio *sic utere tuo* como derecho internacional consuetudinario¹⁵². Además, la Corte Internacional de Justicia, en el reciente caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, también reiteró el principio fundamental establecido en el caso *Corfu Channel*, señalando que «el principio de prevención, como norma consuetudinaria, tiene su origen en la debida diligencia que se exige a un Estado en su territorio»¹⁵³. Esos casos confirman el principio de no causar un daño sensible al medio atmosférico de otros Estados, sin limitarse exclusivamente a los Estados adyacentes, como principio establecido del derecho internacional consuetudinario.

56. Si bien el principio tradicional se refería únicamente a un daño transfronterizo a otros Estados en sentido estricto, el desarrollo del principio ha culminado en una ampliación de su alcance territorial para incluir la regulación del tema de los bienes comunes de la humanidad en

sí mismos¹⁵⁴. El principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo), que es una reformulación de este principio, indica 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»¹⁵⁵. Esta parte del principio fue reiterada en el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁵⁶. Se entiende que las zonas que quedan fuera de la jurisdicción y la soberanía de cualquier Estado, generalmente conocidas como «bienes comunes de la humanidad», incluyen la alta mar, el espacio ultraterrestre y la atmósfera global. Aunque el concepto de atmósfera, que no es de naturaleza zonal, no se ajusta al de «zonas» situadas fuera de toda jurisdicción nacional, es sin embargo evidente que la atmósfera suprayacente a esas zonas está actualmente comprendida en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo¹⁵⁷.

57. Es de destacar que el principio *sic utere tuo* ha experimentado algunas dificultades cuando se aplica a fenómenos de alcance global como la contaminación atmosférica transcontinental a larga distancia, el agotamiento del ozono y el cambio climático. En esos casos, la cadena de causalidad, es decir, el vínculo físico entre causa (actividad) y efecto (daño), es difícil de demostrar por el carácter generalizado, acumulativo y a largo plazo de sus efectos. Debido a su naturaleza compleja y sinérgica, los efectos adversos se derivan de múltiples fuentes, por lo que no se pueden atribuir a una sola actividad. En el entorno global, es probable que casi todos los Estados sean Estados causantes y Estados víctimas. Por consiguiente, aun cuando se ha producido un daño real, es difícil, si no imposible, identificar a un solo Estado de origen responsable¹⁵⁸. La dificultad de demostrar la relación de

¹⁵⁴ Xue, *Transboundary Damage in International Law*, pág. 191.

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ *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), A/CONF.151/26/Rev.1, resolución 1, anexo I.

¹⁵⁷ Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment*, pág. 339.

¹⁵⁸ En cambio, incluso en ese caso puede identificarse un «Estado lesionado» a efectos del derecho sobre la responsabilidad del Estado. De conformidad con el artículo 42, apdo. b, inc. i) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cuando la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto, un Estado se considerará lesionado si la violación le afecta especialmente. Según el comentario, «[a]un en casos en que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito abarquen [...] a la comunidad internacional en su conjunto, el hecho ilícito puede tener efectos particularmente perjudiciales para un Estado o un pequeño número de Estados» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 127, párr. 12 del comentario; véase también Crawford, pág. 259, párr. 12). Un ejemplo que se da en el comentario es la contaminación de la alta mar, que constituye una violación de la norma consuetudinaria, en los casos en que esta contaminación tiene un impacto particular en el mar territorial de un Estado determinado. En este caso, «la violación existe con respecto a todos los demás Estados, pero de ellos el Estado ribereño que se ve particularmente afectado por la contaminación debe considerarse como “especialmente” afectado» (Gaja, «The Concept of an Injured State», pág. 947). Lo mismo puede aplicarse, por ejemplo, a la lluvia ácida

¹⁴⁷ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (Nueva Zelanda c. Francia)*, I.C.J. Reports 1995, pág. 306, párr. 64.

¹⁴⁸ *Ibid.*, págs. 346 y 347.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pág. 378.

¹⁵⁰ *Lac Lanoux* (España, Francia), UNRIIAA, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.00.V.7), págs. 281 a 317.

¹⁵¹ *Nuclear Tests II* (nota 147 *supra*), pág. 408.

¹⁵² Sands, «Pleadings and the Pursuit of International Law: Nuclear Tests II (New Zealand v. France)» pág. 616.

¹⁵³ *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina c. Uruguay), fallo, I.C.J. Reports 2010, pág. 55, párr. 101.

causalidad entre el hecho ilícito y el daño sufrido ya se ha reconocido en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia. Según el artículo 1, apdo. *b*, del Convenio, por contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia se entiende la contaminación atmosférica «cuya fuente [...] esté [...] a una distancia tal que generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión». No obstante, pese a esa definición, el Convenio reconoce en el quinto párrafo del preámbulo que el principio 21 de la Declaración de Estocolmo expresa una «convicción común». El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático también reconocen las dificultades citadas. Sin embargo, también incorporan expresamente el contenido del principio 21 de la Declaración de Estocolmo en sus preámbulos y, por lo tanto, refuerzan los argumentos en favor de su consideración como componente integral del derecho internacional¹⁵⁹.

58. De hecho, en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* se confirmó que las disposiciones del principio 21 de la Declaración de Estocolmo y el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo son «parte actualmente del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente»¹⁶⁰. En el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, la Corte reafirmó esa frase, reconociendo además que «recientemente ha

resultante de la contaminación atmosférica transfronteriza o al agujero de la capa de ozono.

¹⁵⁹ Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, págs. 62 a 67; M. Fitzmaurice, «Responsibility and Climate Change», págs. 117 y 118.

¹⁶⁰ *I.C.J. Reports 1996*, págs. 241 y 242, párr. 29.

tenido ocasión de destacar [...] la gran importancia que atribuye al respeto del medio ambiente, no solo para los Estados, sino también para toda la humanidad*»¹⁶¹. La Corte también citó esa frase en el fallo *Pulp Mills*¹⁶². Además, en el caso *Iron Rhine*, el tribunal arbitral señaló que «el derecho del medio ambiente [...] requiere que cuando el desarrollo pueda causar un daño considerable al medio ambiente exista un deber de prevenir, o al menos mitigar, dicho daño. Este deber [...] ha pasado a ser actualmente un principio del derecho internacional general»¹⁶³.

59. Por consiguiente, se propone el siguiente proyecto de directriz:

«Proyecto de directriz 4. Obligación general de los Estados de proteger la atmósfera

Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera.»

¹⁶¹ *I.C.J. Reports 1997*, pág. 41, párr. 53.

¹⁶² *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 78, párr. 193.

¹⁶³ *Laudo Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway* entre el Reino de Bélgica y el Reino de los Países Bajos, decisión de 24 de mayo de 2005, UNRIIAA, vol. XXVII (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E/F.06.V.8), págs. 66 y 67, párr. 59. Tal vez fuera prematuro afirmar que el principio 21 solo era un punto de partida y que el principio aún no había entrado en el derecho internacional consuetudinario en el momento en que se aprobó la Declaración de Estocolmo en 1972. Sin embargo, la posterior evolución de la jurisprudencia, con casos como *Nuclear Tests II* de 1995 (nota 147 *supra*), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de 1996 (nota 131 *supra*), *Gabčíkovo-Nagymaros Project* de 1997 (nota 61 *supra*) y *Pulp Mills* de 2010 (nota 153 *supra*), confirma el carácter consuetudinario del principio, consolidado también por la práctica de los Estados y la *opinio juris*; véase Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment*, pág. 339; Galizzi, «Air, Atmosphere and Climate Change», pág. 337.

CAPÍTULO V

Cooperación internacional

A. Desarrollo del principio de cooperación en el derecho internacional

60. Se suele decir que el derecho internacional moderno es un «derecho de la cooperación», por oposición al «derecho de la coexistencia» (derecho de la reciprocidad y/o derecho de la coordinación) del derecho internacional tradicional¹⁶⁴. Ello refleja en gran medida el cambio estructural del mundo actual, en virtud del cual el principio de cooperación se reconoce como una obligación jurídica y no meramente como un deber moral. En muchos de los tratados multilaterales vigentes se contempla la cooperación internacional, con contenidos y características jurídicas diferentes. La cooperación internacional prestada con arreglo a esos tratados se sustenta a menudo en obligaciones concretas y tiene por objetivo fomentar

su cumplimiento¹⁶⁵. Por cierto, el concepto de cooperación internacional se sustenta ahora en gran medida en la

¹⁶⁵ Beyerlin y otros (*Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue Between Practitioners and Academia*, págs. 3 y 4) distinguen dos tipos de tratados en relación con los acuerdos multilaterales en materia del medio ambiente: uno de ellos es la categoría de los «tratados orientados a los resultados», mientras que el segundo se refiere a los «tratados orientados a la acción». En la primera categoría cabe mencionar el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono y el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, mientras que la segunda incluye a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Cabe señalar que los instrumentos de la segunda categoría solo cuentan con disposiciones ambiguas sobre los métodos para alcanzar sus objetivos, por lo que a menudo resulta difícil evaluar hasta qué punto se han logrado los objetivos declarados; con respecto al deber de cooperar contemplado en el artículo 100 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que establece una obligación de comportamiento y no de resultado, véase por ejemplo Gottlieb, «Combating Maritime Piracy: Inter-Disciplinary Cooperation and Information Sharing», pág. 312.

¹⁶⁴ Friedmann, *The Changing Structure of International Law*; Leben, «The Changing Structure of International Law Revisited by Way of Introduction». Véase también Delbrück, «The International Obligation to Cooperate — An Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law? — A Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law».

noción de «intereses comunes» de la «comunidad internacional en su conjunto», más que en el «agregado aritmético» de relaciones de colaboración bilaterales en la «sociedad internacional» tradicional¹⁶⁶.

61. Uno de los principales propósitos de las Naciones Unidas, tal como se dispone en el Artículo 1, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas, es «[r]ealizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario». Además, el Artículo 13, párrafo 1, apartado b) dispone que la Asamblea General «promoverá estudios y hará recomendaciones [...] [con el fin de] fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario». En el Artículo 56, Capítulo IX de la Carta (Cooperación económica y social), se dispone que «[t]odos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización». Si bien era importante que la Carta estableciese el deber de cooperar, este suponía meramente un «compromiso» de parte de los «Estados Miembros», que se limitaba a la «adopción de medidas en cooperación con la Organización». Ese deber presentaba un carácter ambiguo: ¿se trataba de un deber jurídico o de un deber meramente moral? Por otra parte, este deber sería asumido solamente por los Estados Miembros de las Naciones Unidas y no por todos los Estados. Se hizo hincapié específicamente en los Estados Miembros «en cooperación con la Organización», más que en otros Estados en sus relaciones recíprocas¹⁶⁷. La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General en 1970, amplió el alcance de la cooperación de forma de incluir a todos los Estados y a las relaciones entre sí, disponiendo con arreglo a su cuarto principio que los Estados tienen el deber de «cooperar entre sí de conformidad con la Carta»¹⁶⁸.

62. La Carta de las Naciones Unidas no contiene ninguna disposición específica sobre la protección del medio ambiente, y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas tampoco se hace referencia a la cooperación en materia del medio ambiente¹⁶⁹. Sin embargo, el Artículo 1, párrafo 3, de la

Carta, citado anteriormente, sirve de base para atribuir a las Naciones Unidas competencia para hacer frente a los problemas que plantea la protección del medio ambiente. A fines de la década de 1960 las Naciones Unidas comenzaron a afrontar las cuestiones medioambientales mediante la interpretación de los propósitos de la Organización enumerados en el Artículo 1, párrafo 3, de forma de incluir la promoción de la cooperación internacional para proteger el medio ambiente¹⁷⁰. Por ende,

la falta de una mención expresa del medio ambiente en la Declaración sobre los Principios Referentes a las Relaciones de Amistad no debe entenderse en el sentido de que los principios de [...] cooperación que establece no revisten importancia en el contexto del medio ambiente¹⁷¹.

63. En su resolución 2398 (XXIII), de 3 de diciembre de 1968, la Asamblea General decidió convocar en 1972 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en la que se proclamó, el 16 de junio de 1972, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano. El principio 24 de la Declaración dice lo siguiente:

Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.

Aunque el principio 24 no elaboró reglas detalladas sobre la cooperación internacional, la Asamblea General, en su resolución 2995 (XXVII), de 15 de diciembre de 1972, que lleva el título de «Cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente», reconoció que la cooperación eficaz entre los Estados en el campo del medio ambiente se lograría adecuadamente si los Estados intercambiaban información de manera eficaz¹⁷². Veinte años después, en junio de 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo proclamó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En el principio 27 de la Declaración de Río se recalcó que

Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.

¹⁶⁶ Okuwaki, «On Compliance with the Obligation to Cooperate: New Developments of "International Law for Cooperation"», págs. 16 y 17.

¹⁶⁷ Wolfrum, «Article 56», pág. 942, párr. 3 y pág. 943, párr. 7, donde se hace hincapié en la deficiencia resultante del «limitado alcance del Artículo 56 en lo referente a la obligación de los Estados Miembros» y se señala que «el Artículo 56 no solo exige cooperación entre los Estados Miembros sino también entre los Estados Miembros y la Organización». Véase también Stoll, «Article 56», pág. 1604, párr. 3 y pág. 1605, párr. 10. Con respecto al Artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, véase Stoll, «Artículo 55 a) y b)», págs. 1551 a 1554, párrs. 63 a 74.

¹⁶⁸ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970. Véase Babović, «The Duty of States to Cooperate with One Another in Accordance with the Charter»; Houben, «Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States», págs. 720 a 723; McWhinney, «The "New" Countries and the "New" International Law: The United Nations' Special Conference on Friendly Relations and Co-operation among States».

¹⁶⁹ Se señaló que «el énfasis de la declaración en la soberanía económica y en el fomento del crecimiento económico parece indicar que las

cuestiones medioambientales no fueron prioritarias para los redactores de la resolución», Boyle, «The Principle of Co-operation: The Environment», pág. 120.

¹⁷⁰ Sands y Peel, *Principles of International Environmental Law*, págs. 27, 56 y 57.

¹⁷¹ Boyle, «The Principle of Co-operation: The Environment», pág. 121.

¹⁷² En el párrafo 2 de la resolución se «reconoce que la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente, incluso la cooperación para la ejecución de los principios 21 y 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, se logrará adecuadamente dándose conocimiento oficial y público de los datos técnicos relativos a los trabajos que han de ser emprendidos por los Estados dentro de su jurisdicción nacional, con el propósito de evitar perjuicios sensibles que puedan ocasionarse en el medio ambiente de la zona vecina». Es decir que los vínculos existentes entre el deber de presentar información, el deber de cooperación entre las partes y el deber de prevención, reconocidos en el fallo *Pulp Mills* (véase *I.C.J. Reports 2010*, párr. 58), ya habían sido afirmados por la Asamblea General en la década de 1970.

Estos principios de la Declaración han ido evolucionando y se han plasmado en reglas más detalladas en los tratados posteriores.

B. Tratados y otros instrumentos

1. TRATADOS MUNDIALES

64. La cooperación internacional es uno de los aspectos clave de los tratados mundiales sobre el medio ambiente. El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono dispone en su preámbulo que las partes en el Convenio son

conscientes de que las medidas para proteger la capa de ozono de las modificaciones causadas por las actividades humanas requieren acción y cooperación internacionales y debieran basarse en las consideraciones científicas y técnicas pertinentes,

y en el párrafo 1 del artículo 4 (Cooperación en las esferas jurídica, científica y tecnológica), el Convenio dispone que

[l]as Partes facilitarán y estimularán el intercambio de la información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica pertinente a los efectos de este Convenio, según se especifica en el anexo II. Esa información se proporcionará a los órganos que las Partes determinen de común acuerdo.

En el anexo II del Convenio figura una lista detallada de tipos de información que se ha de intercambiar, la cual debería resultar útil para las actuales directrices¹⁷³. El párrafo 2 del artículo 4 contempla la cooperación en las esferas

¹⁷³ El anexo II (Intercambio de información) dispone lo siguiente:

1. Las Partes en el Convenio reconocen que la reunión e intercambio de información es un medio importante de llevar a la práctica los objetivos del Convenio y de velar por que las medidas que se adopten sean apropiadas y equitativas. En consecuencia, las Partes intercambiarán información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica.

2. Las Partes en el Convenio, al decidir qué información deberá reunirse e intercambiarse, deberán tener en cuenta la utilidad de la información y el costo de su obtención. Además, las Partes reconocen que la cooperación en virtud de este anexo ha de ser compatible con las leyes, reglamentos y prácticas nacionales en materia de patentes, secretos comerciales y protección de la información confidencial y de dominio privado.

3. Información científica

Esta información incluye datos sobre:

a) Las investigaciones proyectadas y en curso, tanto oficiales como privadas, para facilitar la coordinación de los programas de investigación con objeto de utilizar de la manera más eficaz los recursos disponibles en el plano nacional y en el internacional;

b) Los datos sobre emisiones necesarios para la investigación;

c) Los resultados científicos, publicados en textos de circulación entre especialistas, sobre los procesos físicos y químicos de la atmósfera terrestre y la sensibilidad de la atmósfera al cambio, en particular sobre el estado de la capa de ozono y los efectos sobre la salud humana, el medio ambiente y el clima que resultarían de las modificaciones, en todas las escalas de tiempo, del contenido total de la columna de ozono o de su distribución vertical;

d) La evaluación de los resultados de las investigaciones y las recomendaciones para futuras actividades de investigación.

4. Información técnica

Esta información comprende datos sobre:

a) La disponibilidad y el costo de los sucedáneos químicos y de las tecnologías alternativas destinadas a reducir las emisiones de sustancias que modifican la capa de ozono, y sobre las investigaciones conexas proyectadas y en curso;

b) Las limitaciones y riesgos que conlleve la utilización de sucedáneos químicos y de otro tipo y de tecnologías alternativas.

técnicas, como la transferencia de tecnología, teniendo en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

65. En el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se reconoce que «la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada», y reafirma «el principio de la soberanía de los Estados en la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático». El artículo 4 (Compromisos), párrafo 1, dispone en su parte pertinente que

Todas las Partes [...] deberán:

[...]

e) Cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático [...];

g) Promover y apoyar con su cooperación la investigación científica, tecnológica, técnica, socioeconómica y de otra índole, la observación sistemática y el establecimiento de archivos de datos relativos al sistema climático, con el propósito de facilitar la comprensión de las causas, los efectos, la magnitud y la distribución cronológica del cambio climático, y de las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta [...];

h) Promover y apoyar con su cooperación el intercambio pleno, abierto y oportuno de la información pertinente de orden científico, tecnológico, técnico, socioeconómico y jurídico sobre el sistema climático y el cambio climático, y sobre las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta¹⁷⁴.

2. ACUERDOS REGIONALES

66. En el ámbito de la contaminación atmosférica transfronteriza, la cooperación internacional se establece en instrumentos regionales tales como: a) el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa¹⁷⁵, en el que se señala que «[l]os Estados participantes se hallan decididos a que la cooperación en materia del medio ambiente se realice, en particular, mediante: el intercambio de datos científicos y técnicos, de documentación y de los resultados de las investigaciones», y b) la Convención sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Larga Distancia, cuyas partes, recordando en el preámbulo el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, expresan su conocimiento de las referencias en el capítulo del Acta Final

5. Información socioeconómica y comercial sobre las sustancias mencionadas en el anexo I

Esta información incluye datos sobre:

a) Producción y capacidad de producción;

b) Uso y modalidades de utilización;

c) Importación y exportación;

d) Costos, riesgos y beneficios de las actividades humanas que puedan modificar indirectamente la capa de ozono y repercusiones de las medidas reguladoras adoptadas o que se estén considerando para controlar estas actividades.

6. Información jurídica

Esta información incluye datos sobre:

a) Leyes nacionales, medidas administrativas e investigación jurídica pertinentes para la protección de la capa de ozono;

b) Acuerdos internacionales, incluidos los acuerdos bilaterales, que guarden relación con la protección de la capa de ozono;

c) Métodos y condiciones de concesión de licencias y disponibilidad de patentes relacionadas con la protección de la capa de ozono.

¹⁷⁴ El apartado c también contempla la cooperación referente a la transferencia de tecnología.

¹⁷⁵ Firmada en Helsinki el 1 de agosto de 1975.

de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa por las que se llama a la cooperación con el fin de combatir la contaminación del aire y los efectos de dicha contaminación, especialmente el transporte de elementos contaminantes atmosféricos a larga distancia, y a la elaboración, mediante la cooperación internacional, de un vasto programa de seguimiento y evaluación del transporte a gran distancia de los contaminantes atmosféricos, y afirman «su voluntad de reforzar la cooperación internacional activa para elaborar las políticas nacionales necesarias y —mediante intercambios de informaciones, consultas y actividades de investigación y seguimiento— de coordinar las medidas tomadas por los países para combatir la contaminación del aire, incluida la atmosférica transfronteriza a larga distancia» (último párrafo del preámbulo). El artículo 4 de la Convención dispone que

[L]as Partes Contratantes intercambiarán informaciones y procederán a exámenes generales de sus políticas, sus actividades científicas y las medidas técnicas que tengan por objeto combatir en la medida de lo posible las descargas de contaminantes atmosféricos que puedan tener efectos perjudiciales, y de esta forma reducir la contaminación atmosférica, incluida la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia¹⁷⁶.

67. El Acuerdo Marco Regional de África Oriental sobre la Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Nairobi)¹⁷⁷ y el Acuerdo Marco Regional de África Occidental y Central sobre la Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Abiyán)¹⁷⁸ cuentan con disposiciones idénticas en materia de cooperación internacional. Concuerdan en que las siguientes acciones constituyen formas de cooperación regional:

1.2 Examinar las sinergias y los beneficios mutuos resultantes de la adopción de medidas conjuntas contra la emisión de contaminantes atmosféricos y gases de efecto invernadero;

[...]

1.4 Promover el intercambio de información educativa y de investigación sobre la gestión de la calidad del aire;

1.5 Promover la cooperación regional a fin de reforzar las instituciones reguladoras.

El Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales¹⁷⁹ dispone en su artículo 9 (Aire) que: «teniendo en cuenta el papel del aire en el funcionamiento de los ecosistemas naturales, las partes contratantes procurarán adoptar todas las medidas apropiadas en materia de gestión de la calidad del aire acordes con el desarrollo sostenible». El artículo 18 (Actividades de cooperación), dispone que:

¹⁷⁶ Flinterman, Kwiatkowska y Lammers, *Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Cooperation of States*.

¹⁷⁷ Once países (Burundi, Djibouti, Eritrea, Etiopía, Kenya, República Democrática del Congo, Rwanda, Somalia, Sudán, República Unida de Tanzania y Uganda) suscribieron este acuerdo marco.

¹⁷⁸ En este acuerdo se recogen las recomendaciones formuladas en el Seminario Subregional de África Occidental y Central sobre la Mejora de la Calidad del Aire. Veintinueve países (Angola, Benin, Burkina Faso, Cabo Verde, Camerún, Chad, Congo, Côte d'Ivoire, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Liberia, Malí, Níger, Nigeria, República Democrática del Congo, Senegal, Sierra Leona y Togo) hicieron suya esta recomendación.

¹⁷⁹ Aún no ha entrado en vigor. El Acuerdo entrará en vigor después del depósito del sexto instrumento de ratificación. Brunei Darussalam, Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia firmaron el Acuerdo en 1985, y Myanmar se adhirió en 1997.

1. Las partes contratantes cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, a fin de coordinar sus actividades en el campo de la conservación de la naturaleza y la ordenación de los recursos naturales y prestarse mutua ayuda para el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes del presente Acuerdo.

2. Con tal propósito, se esforzarán:

[...]

b) por coordinar en la mayor medida posible sus actividades de investigación;

[...]

d) intercambiar de manera regular los datos científicos y técnicos y la información y experiencia apropiados.

[...]

3. Al aplicar los principios de cooperación y coordinación establecidos *supra*, las partes contratantes remitirán a la secretaría:

[...]

b) Otra información, incluidos informes y publicaciones de naturaleza científica, administrativa o jurídica, y en particular información sobre:

– medidas adoptadas por las partes en aplicación de las disposiciones del Acuerdo.

[...]

C. Labor anterior de la Comisión

68. Debe también hacerse mención a las disposiciones sobre cooperación internacional en la labor previa de la Comisión. El artículo 8 (Obligación general de cooperar) de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación dispone que

Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.

El artículo 9 (Intercambio regular de datos e información) dispone lo siguiente:

1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico y los relativos a la calidad del agua, así como las previsiones correspondientes.

2. El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información que no estén fácilmente disponibles hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación, y en su caso, el procesamiento de esos datos o información.

3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los Estados del curso de agua a los que sean comunicados.

69. El proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas dispone en su proyecto de artículo 4 (Cooperación) que

[L]os Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales competentes, para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

Se señala en el comentario a este artículo que

[e]l principio de cooperación entre los Estados es esencial para trazar y aplicar políticas eficaces destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. [...] En el principio 24 de la Declaración de Estocolmo y en el principio 7 de la Declaración de Río se reconoce que la cooperación es un elemento esencial en toda planificación eficaz de la protección del medio ambiente¹⁸⁰.

70. El proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos¹⁸¹ dispone en su proyecto de artículo 7 (Obligación general de cooperar) que:

1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe, a fin de lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos.

2. A los efectos del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación.

La segunda oración del párrafo 4 del proyecto de artículo 17 (Situaciones de emergencia) dice lo siguiente:

Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal, equipos y provisiones para responder a emergencias, conocimientos científicos y técnicos y asistencia humanitaria.

71. El proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre (aprobado en primera lectura en 2014)¹⁸² dispone en su proyecto de artículo 8 (Obligación de cooperar) que

[d]e conformidad con los presentes artículos, los Estados, según proceda, cooperarán entre sí, así como con las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales competentes, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja, y con las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

En lo referente a las formas de cooperación, en el proyecto de artículo 9 dispone que

[a] los fines del presente proyecto de artículos, la cooperación incluye la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones, y la puesta a disposición de personal de socorro, equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos.

Por su parte, el proyecto de artículo 10 (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) estipula que «[I]a cooperación incluirá la adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres».

¹⁸⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 1 del comentario al artículo 4. La intención inicial del Sr. Quentin-Baxter, el primer Relator Especial, nombrado en 1978, respecto a la cuestión de la «responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» consistió en establecer un régimen de responsabilidad del Estado en el ámbito de la «legalidad», en contraposición al régimen de responsabilidad del Estado en el ámbito de la «ilicitud». Sin embargo, cuando el cargo de Relator Especial fue asumido por el Sr. Barboza en 1985 y por el Sr. Sreenivasa Rao en 1997, el proyecto pasó gradualmente de centrarse en la «prevención» del daño transfronterizo a focalizarse en la «cooperación» para prevenirlo. Véase O'Keefe, «Transboundary Pollution and Strict Liability Issue: The Work of the International Law Commission on the Topic of International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law», págs. 178 y ss.; Barboza, «International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law and Protection of the Environment».

¹⁸¹ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 23, párr. 53.

¹⁸² *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párrs. 55 y 56.

D. Decisiones judiciales

72. Tal vez convenga examinar brevemente ahora la forma en que la Corte Internacional de Justicia abordó la obligación de la cooperación internacional en sus causas más recientes: en el fallo *Pulp Mills on the River Uruguay*, de 2010, la Corte hizo hincapié en los vínculos entre la obligación de informar a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), que es una organización internacional, la cooperación entre las partes y la obligación de prevenir. La Corte señaló que «es por medio de la colaboración que los Estados interesados pueden gestionar de forma conjunta los riesgos de daño al medio ambiente [...] a fin de prevenir el daño en cuestión»¹⁸³. Al debatir en qué consiste precisamente la obligación de las partes de colaborar, la Corte hizo referencia a la obligación de informar a la CARU, lo que «posibilita el inicio de la cooperación entre las partes, necesaria para cumplir la obligación de prevenir»¹⁸⁴. Además, la Corte señaló que «estas obligaciones [las obligaciones de procedimiento consistentes en informar, notificar y negociar] adquieren aun mayor importancia cuando se trata de un recurso compartido [...] que solo puede ser protegido mediante una cooperación estrecha y continua entre los Estados ribereños»¹⁸⁵. Según la Corte, «la obligación de notificar tiene por objeto crear las condiciones para una cooperación satisfactoria entre las partes, permitiéndoles evaluar el impacto del plan en el río con base en la información más completa posible y, de ser preciso, negociar los ajustes necesarios para evitar el daño posible que aquel podría causar»¹⁸⁶.

73. En comparación con las dificultades que plantea la causa *Pulp Mills*, los problemas derivados de la obligación de cooperar revistieron mayor complicación en el caso *Whaling in the Antarctic*¹⁸⁷. Esta causa se refería a la obligación de un Estado parte (en este caso el Japón) de cooperar con la Comisión Ballenera Internacional (CBI). En su observación por escrito, Nueva Zelandia sugirió fundamentos para la obligación del Japón de cooperar con la CBI y el Comité Científico, aduciendo que ellos podrían derivarse del artículo 65 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁸⁸, de la interpretación del párrafo 30 del anexo de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena¹⁸⁹, o de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between WHO and Egypt*, de 1980¹⁹⁰. La Corte hizo referencia al

¹⁸³ *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 49, párr. 77.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 56, párr. 102.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 51, párr. 81.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 58, párr. 113.

¹⁸⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia c. Japón: Nueva Zelandia interviniente)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226.

¹⁸⁸ Observación por escrito de Nueva Zelandia, párrs. 94 a 97. Sin embargo, cabe señalar que el artículo 65 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar obliga a los Estados a cooperar entre sí «por conducto de las organizaciones internacionales» y no con ellas.

¹⁸⁹ Observación por escrito de Nueva Zelandia, párr. 95. Véase también la opinión separada de la magistrada *ad hoc* Charlesworth, párrs. 13 y 14.

¹⁹⁰ *Interpretation of the Agreement between WHO and Egypt*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 73.

«deber de cooperar con la CBI y el Comité Científico»¹⁹¹ y a la consecuente «obligación de tener debidamente en cuenta dichas recomendaciones de la CBI»¹⁹², pero no entró en detalles acerca de estos puntos en sus análisis de las cuestiones pertinentes. Al parecer la Corte sencillamente dedujo la obligación de cooperar del deber general de los Estados Partes de cooperar con los órganos creados en virtud de tratados¹⁹³. Para entender cabalmente su postura, se podría considerar que la Corte basó su tesis, al menos tácitamente, en el mismo razonamiento que en la mencionada opinión consultiva *Interpretation of the Agreement between WHO and Egypt*, según la cual se ha creado «un régimen jurídico especial de derechos y obligaciones mutuos» basado en «la relación jurídica entre Egipto y la Organización [...] cuya propia esencia es un corpus de obligaciones mutuas de cooperación y buena fe»¹⁹⁴. Esta postura de la Corte puede considerarse acorde con la «tendencia» del desarrollo del derecho internacional¹⁹⁵, aunque determinar si la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena puede interpretarse como un instrumento evolutivo que justifica esa tesis, constituye naturalmente un asunto bastante diferente¹⁹⁶.

E. Principio de la buena fe

74. Antes de concluir este capítulo sobre la obligación de los Estados de cooperar, es preciso precisar el principio de la «buena fe», que está en la base del derecho internacional de la cooperación¹⁹⁷. Hoy en día, la buena fe ha dejado de ser un mero principio abstracto o un principio de carácter exclusivamente ético¹⁹⁸. Como es de sobra conocido, en los casos *Nuclear Tests*, de 1973, la Corte Internacional de Justicia afirmó que «[u]no de los principios básicos que rigen la creación y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, independientemente de cuál sea su fuente, es el principio de la buena fe» y que «la confianza es inherente a la cooperación internacional, especialmente en una época en que la cooperación es cada vez más esencial en muchos campos»¹⁹⁹. La Corte reafirmó este concepto en el caso *Pulp Mills*, señalando que «el mecanismo de cooperación entre los Estados se rige por

el principio de la buena fe»²⁰⁰. A nivel de la aplicación de las normas internacionales, la Corte especificó que el derecho internacional consuetudinario, tal como se refleja en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —a saber, el principio *pacta sunt servanda*—, «se aplica a todas las obligaciones establecidas por un tratado, incluso las obligaciones procesales esenciales para la cooperación entre los Estados»²⁰¹.

75. El concepto de buena fe ha incorporado un contenido jurídico concreto gracias a la acumulación de práctica pertinente de los Estados y a la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, demostrando su papel esencial en cada etapa del ciclo vital del derecho internacional²⁰²: primero, en la creación de derechos y obligaciones internacionales²⁰³; segundo, en el nivel de interpretación y aplicación de las normas internacionales²⁰⁴; y tercero, en su aplicación por los Estados²⁰⁵. Por ende, se espera que el principio de buena fe contribuya a garantizar la «coherencia y unidad» del ordenamiento jurídico en una comunidad internacional compuesta por Estados con valores distintos e intereses en conflicto²⁰⁶.

76. Conforme la comunidad internacional se va integrando cada vez más sobre una base funcional para construir un régimen internacional con objetivos específicos, los Estados partes en un tratado se ven obligados a cumplir su obligación de cooperar de buena fe con otros Estados partes y con las organizaciones internacionales competentes. En concreto, ya en 1980, cuando la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva *Interpretation of the*

²⁰⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 67, párr. 145.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Véase Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, págs. 68, 112 y 113.

²⁰³ Véanse los casos *Nuclear Tests*, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 473, párr. 49, donde se señala que «[a]l igual que el principio jurídico *pacta sunt servanda* aplicable a los tratados, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido mediante una declaración unilateral se basa en la buena fe».

²⁰⁴ La función de la buena fe en la interpretación y aplicación es bien conocida, ya que se estipula en el artículo 31, párr. 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase, en forma detallada, Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, pág. 137 y ss.; Sinclair, *The Vienna Convention of the Law of Treaties*, págs. 119 y 120; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 147 a 161.

²⁰⁵ A nivel de la aplicación, un ejemplo típico de disposición relativa a la buena fe es el artículo 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Hay tres dimensiones que deben examinarse: a) la negociación y la consulta de buena fe (por ejemplo, los fallos *North Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 46 y 47, párr. 85; *Fisheries Jurisdiction*, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 33, párr. 78, pág. 202, párr. 70; *Gulf of Maine*, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 299, párr. 112); b) la exclusión del abuso de derechos (véase la opinión consultiva *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 150); y c) el mantenimiento de un régimen de buena fe (por ejemplo, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 96, párr. 49).

²⁰⁶ Kolb, *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit*, págs. 685 y 686. Compárese con Schwarzenberger (*The Dynamics of International Law*, pág. 71), que señala que «las normas sobre la buena fe cumplen una función relativizadora. Transforman derechos jurídicos absolutos en derechos relativos tras fachadas cuasijurídicas o cuasilógicas, moderan el ejercicio de la discreción judicial y contribuyen al crecimiento orgánico de las normas del derecho internacional. En forma más clara que otras normas, las relativas a la interpretación de los tratados y de la responsabilidad internacional dan testimonio de esta función dinámica de la buena fe en el sistema de derecho internacional».

¹⁹¹ *Whaling in the Antarctic*, *I.C.J. Reports 2014*, párrs. 83 y 240.

¹⁹² *Ibid.*, párrs. 83 y 137.

¹⁹³ *Ibid.*, párr. 83.

¹⁹⁴ *Interpretation of the Agreement between WHO and Egypt*, *I.C.J. Reports 1980*, párr. 43.

¹⁹⁵ Murase, «Legal Aspects of International Environmental Regimes: Ensuring Compliance with Treaty Obligations».

¹⁹⁶ Si bien la Corte rechazó de plano la idea de la interpretación por acuerdo ulterior o práctica ulterior (fallo en la causa *Whaling in the Antarctic*, *I.C.J. Reports 2014*, párr. 83), y más aún la «interpretación evolutiva» de la Convención, al parecer la Corte ha incurrido en contradicción al introducir el concepto de «instrumento evolutivo», al cual dio, en palabras del magistrado Hanqin Xue, «un efecto contundente» (opinión separada, *ibid.*, párr. 11).

¹⁹⁷ Grocio señaló que «pues, por la fidelidad no solo se contiene cualquier república [...] sino también la mayor sociedad de las gentes; quitada ella, como dice muy bien Aristóteles, «quítase el comercio entre los hombres»» (*Del derecho de la guerra y de la paz*, págs. 338 a 339). Véase también O'Connor, *Good Faith in International Law*, págs. 81 a 106; Murase, «Function of the Principle of Good Faith in International Disputes: States Parties Claims under International Regimes».

¹⁹⁸ Véase Verdross, *Völkerrecht*, págs. 131 y 132; Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, págs. 46 a 48.

¹⁹⁹ *I.C.J. Reports 1974*, párr. 46, pág. 268. Véase también el caso *Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua c. Honduras), competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1988*, párr. 94, pág. 105.

Agreement between WHO and Egypt, señalando que «en todos los casos [...] la consideración fundamental debe ser su clara obligación de cooperar de buena fe para promover los objetivos y propósitos del [régimen]»²⁰⁷, se tomó en consideración la obligación de la buena fe. Si bien puede resultar prematuro en el ámbito de la protección de la atmósfera contemplar un régimen internacional sólido en el que un Estado parte esté obligado a cumplir dicha obligación como «agente» del régimen, al parecer la comunidad internacional se está desplazando hacia una postura de la buena fe en este y en otros ámbitos²⁰⁸. Basándose en el examen de todos los factores citados, se puede llegar a la conclusión de que el principio de buena fe está considerado como uno de

²⁰⁷ *I.C.J. Reports 1980*, párr. 49.

²⁰⁸ Murase, *Legiferación internacional: fuentes del derecho internacional*, pág. 575 de la versión en japonés; pág. 272 de la versión en chino.

los principios básicos del derecho internacional moderno, y que su valor intrínseco y subyacente como base de la cooperación internacional es esencial.

77. Sobre la base de lo expuesto, se propone el siguiente proyecto de directriz:

«*Proyecto de directriz 5. Cooperación internacional*

a) Los Estados tienen la obligación de cooperar de buena fe entre sí y con las organizaciones internacionales competentes a fin de proteger la atmósfera;

b) Se alienta a los Estados a que cooperen para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y efectos de la degradación atmosférica. La cooperación podría comprender el intercambio de información y la vigilancia conjunta.»

CAPÍTULO VI

Conclusión

78. En este segundo informe el Relator Especial ha procurado presentar los proyectos de directrices generales acerca de la definición y el ámbito del proyecto, así como tres proyectos de directrices básicos para la protección de la atmósfera. Los tres proyectos de directrices figuran en el anexo. Estos tres principios básicos (vale decir, cuestión de interés común para la humanidad, obligación general de los Estados y cooperación internacional) están fundamentalmente relacionados entre sí y forman una trinidad para la protección de la atmósfera. Además, están bien establecidos en la práctica de los Estados. Como recalcó el Relator Especial en su primer informe, y como hicieron hincapié los miembros de la Comisión, el papel básico de la Comisión consiste en analizar los problemas de los regímenes especiales como el derecho internacional del medio ambiente desde la perspectiva del derecho internacional general²⁰⁹. En su tercer informe, de 2016, el Relator Especial seguirá utilizando el mismo enfoque cuando prosiga su estudio de los principios básicos restantes, entre ellos el *sic utere tuo ut alienum non laedas*, el derecho sostenible y la equidad.

79. Con respecto al futuro plan de trabajo, el Relator Especial indicó inicialmente su contenido en su primer informe²¹⁰. Los miembros de la Comisión manifestaron su deseo de que se les facilite un plan de trabajo más detallado que vaya más allá del actual quinquenio. A continuación figuran los detalles del plan para después de 2016. Se espera concluir la labor relativa a este asunto a más tardar en 2020.

Tercer informe (2016)

Tercera parte. Principios básicos (*continuación*)

Proyecto de directriz 6: Principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*

Proyecto de directriz 7: Principio de derecho sostenible (utilización de la atmósfera y evaluación del impacto ambiental)

Proyecto de directriz 8: Principio de equidad

Proyecto de directriz 9: Circunstancias especiales y vulnerabilidad

Cuarto informe (2017)

Cuarta parte. Prevención y precaución

Proyecto de directriz 10: Prevención

Proyecto de directriz 11: Diligencia debida

Proyecto de directriz 12: Precaución

Quinto informe (2018)

Quinta parte. Interrelación con otros ámbitos relevantes del derecho internacional

Proyecto de directriz 13: Principios que rigen la interrelación

Proyecto de directriz 14: Derecho del mar

Proyecto de directriz 15: Derecho mercantil internacional

Proyecto de directriz 16: Derecho internacional de los derechos humanos

Sexto informe (2019)

Sexta parte. Cumplimiento y solución de controversias

Proyecto de directriz 17: Cumplimiento y aplicación

Proyecto de directriz 18: Solución de controversias

Proyecto de preámbulo

Conclusión de la primera lectura de los proyectos de directrices

Séptimo informe (2020)

Segunda lectura de los proyectos de directrices

²⁰⁹ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667, párrs. 17 y 18.

²¹⁰ *Ibíd.*, párr. 92.

ANEXO

Proyecto de directrices

PRIMERA PARTE. DIRECTRICES GENERALES

Proyecto de directriz 1. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) Se entiende por «atmósfera» la envoltura de gases que circunda la Tierra, en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias degradantes;

b) Se entiende por «contaminación atmosférica» la introducción en la atmósfera por la actividad humana, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan efectos nocivos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra;

c) La «degradación de la atmósfera» comprende la contaminación atmosférica, el agotamiento del ozono de la estratosfera, el cambio climático y cualquier otra alteración de las condiciones atmosféricas que tenga efectos adversos significativos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

[En etapas posteriores se propondrá la definición de otros términos.]

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 tengan o probablemente puedan tener efectos adversos significativos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra;

b) El presente proyecto de directrices versa sobre los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, así como sobre su interrelación con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional;

c) Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices tiene por objeto afectar a la condición jurídica del espacio aéreo conforme al derecho internacional aplicable.

SEGUNDA PARTE. PRINCIPIOS GENERALES

Proyecto de directriz 3. Preocupación común de la humanidad

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, la degradación de las condiciones atmosféricas es una preocupación común de la humanidad.

Proyecto de directriz 4. Obligación general de los Estados de proteger la atmósfera

Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera.

Proyecto de directriz 5. Cooperación internacional

a) Los Estados tienen la obligación de cooperar de buena fe entre sí y con las organizaciones internacionales competentes a fin de proteger la atmósfera;

b) Se alienta a los Estados a que cooperen para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y efectos de la degradación atmosférica. La cooperación podría comprender el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

[Tema 10 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/680*

Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, del Sr. Sean D. Murphy, Relator Especial**

[Original: inglés]
[27 de febrero de 2015]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	230
Obras citadas en el presente informe.....	232
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-9 237
A. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión.....	1 237
B. Propósito y estructura del presente informe.....	2-9 237
<i>Capítulo</i>	
I. ¿POR QUÉ UNA CONVENCIÓN SOBRE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD?.....	10-26 239
A. Objetivos de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad.....	10-15 239
B. Reacciones de los Estados.....	16-19 240
C. Relación de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad con otros tratados, incluido el Estatuto de Roma.....	20-26 241
II. ANTECEDENTES SOBRE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.....	27-64 242
A. Concepto de crímenes de lesa humanidad.....	27-28 242
B. Surgimiento histórico de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad.....	29-39 243
C. Los crímenes de lesa humanidad ante las cortes y los tribunales internacionales y especiales contemporáneos.....	40-51 246
D. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho nacional.....	52-64 250
III. CONVENCIONES MULTILATERALES EN VIGOR QUE PROMUEVEN LA PREVENCIÓN, LA TIPIFICACIÓN Y LA COOPERACIÓN INTERESTATAL CON RESPECTO A LOS CRÍMENES.....	65-77 253
A. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.....	66-68 253
B. Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra y Protocolo Adicional I.....	69-72 253
C. Otros instrumentos que pueden ser pertinentes.....	73-77 254
IV. PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.....	78-120 255
A. Obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad.....	85-110 256
1. Tratados.....	85-88 256
2. Observaciones de los órganos creados en virtud de tratados.....	89-93 259
3. Resoluciones de las Naciones Unidas.....	94 260
4. Jurisprudencia.....	95-105 260
5. Doctrina.....	106-110 262

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/680/Corr.1.

** El Relator Especial desea dar las gracias a Daniel Aum, Jennifer Babaie, Gwendelynn Bills, Arturo Carrillo, Túlio di Giacomo Toledo, Anne Dienelt, Joshua Doherty, Sarah Freuden, Beatrice Gatti, Caitlin Johnson, Larry Johnson, Annalise Nelson, Darryl Robinson, Leila Sadat, Elizabeth Santalla, Herb Somers, Jennifer Summerville, Larissa van den Herik, Beth van Schaack, Laura Withers y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad George Washington por su valiosa asistencia en la preparación del presente informe.

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
B. Obligación de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad	111-119	263
1. Obligación general de prevenir y sancionar	112-113	264
2. Medidas específicas de prevención.....	114-117	264
3. Disposición que excluye excepciones	118-119	265
C. Proyecto de artículo 1: Prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad.....	120	265
V. DEFINICIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	121-177	265
A. Ataque «generalizado o sistemático»	125-132	267
B. «Contra una población civil».....	133-144	269
C. Agentes no estatales	145-150	272
D. «Con conocimiento de dicho ataque».....	151-152	274
E. Tipos de actos prohibidos	153-175	275
F. Proyecto de artículo 2: Definición de crímenes de lesa humanidad	176-177	280
VI. PROGRAMA DE TRABAJO FUTURO	178-182	281
ANEXO. Proyectos de artículos propuestos		283

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convenciones relativas a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre: Convención II (La Haya, 29 de julio de 1899) y Convención IV (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.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	Enrique Díaz Retg, <i>Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania</i> , Barcelona, Ed. ALSA, 1919.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Austria (Tratado de Paz de Saint-Germain-en-Laye) (Saint-Germain-en-Laye, 10 de septiembre de 1919)	H. Triepel, <i>Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens, 3ª serie</i> , Leipzig, Librairie Theodor Weicher, vol. XI, pág. 691.
Tratado de Paz entre las principales Potencias Aliadas y Asociadas y Checoslovaquia (Saint-Germain-en-Laye, 10 de septiembre de 1919)	Sociedad de las Naciones, <i>Treaty Series</i> , 1925, vol. XIII, pág. 512.
Tratado de Paz entre las principales Potencias Aliadas y Asociadas y el Estado Serbio-Croata-Esloveno (Saint-Germain-en-Laye, 10 de septiembre de 1919)	Ibíd., pág. 521.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Bulgaria (Tratado de Neuilly-sur-Seine) (Neuilly-sur-Seine, 27 de noviembre de 1919)	Ibíd., 1923, vol. XII, pág. 323.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Hungría (Tratado de Paz de Trianón) (Trianón, 4 de junio de 1920)	Ibíd., pág. 423.
Tratado de Paz entre el Imperio británico, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania, el Estado Serbio-Croata-Esloveno y Turquía (Tratado de Lausana) (Lausana, 24 de julio de 1923)	Ibíd., vol. XXVIII, pág. 11.
Estatuto del Tribunal Militar Internacional [de Núremberg], anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Londres, 8 de agosto de 1945)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 82, núm. 251, pág. 279.
Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Estatuto de Tokio) (Tokio, 19 de enero de 1946)	<i>Documents on American Foreign Relations</i> , vol. VIII, Princeton University Press, 1948, p. 355.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Sociedad de las Naciones, <i>Treaty Series</i> , vol. 78, núm. 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 75, núms. 970 a 973, págs. 31 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12ª 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>Treaty Series</i> , vol. 75, núm. 970, pág. 31. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.

Fuente

- 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, *Treaty Series*, núm. 971, págs. 85 y ss. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12ª ed., Ginebra, 1983, págs. 47 y ss.
- Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III) Naciones Unidas, *Treaty Series*, núm. 972, págs. 135 y ss. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12ª 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, *Treaty Series*, núm. 973, págs. 287 y ss. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12ª 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, *Treaty Series*, 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, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243-1979, 10 de octubre de 1979.
- Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 1956 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 266, núm. 3822, pág. 3.
- 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.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) *Ibíd.*, vol. 999, núm. 14668, pág. 241.
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968) *Ibíd.*, vol. 754, núm. 10823, pág. 73.
- 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. 124.
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971) *Ibíd.*, vol. 974, núm. 14118, pág. 177.
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973) *Ibíd.*, vol. 1015, núm. 1486, pág. 243.
- 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. 167.
- Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra (Estrasburgo, 25 de enero de 1974) Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 82.
- Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1316, núm. 21931, pág. 205.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979) *Ibíd.*, vol. 1249, núm. 20378, pág. 13.
- 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.
- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 18 de diciembre de 2002) *Ibíd.*, vol. 2375, núm. 24841, pág. 237.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985) OEA, *Treaty Series*, núm. 67.
- Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994) OEA, *Documentos oficiales*, OEA/Ser.A/55 (SEPF).
- Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2051, núm. 34547, pág. 363.
- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997) *Ibíd.*, vol. 2149, núm. 37517, pág. 256.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998) *Ibíd.*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000) *Ibíd.*, vol. 2225, núm. 39574, pág. 209.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000) *Ibíd.*, núm. 39574, pág. 319.

Fuente

Pacto sobre la Seguridad, la Estabilidad y el Desarrollo en la Región de los Grandes Lagos (Nairobi, 15 de diciembre de 2006)	ILM, vol. 46 (2007), pág. 175.
Protocolo para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad y Todas las Formas de Discriminación (Nairobi, 29 de noviembre de 2006)	Disponible en www.icglr.org/index.php/en/the-pact .
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	Resolución 61/177 de la Asamblea General, anexo.
Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 May 2011)	Council of Europe, <i>Treaty Series</i> (CETS 210).
Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo) (Malabo, 27 de junio de 2014)	www.au.int/en/treaties .

Obras citadas en el presente informe

- ACQUAVIVA, Guido y Fausto POCAR
«Crimes against humanity», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 855.
- ADAMS, Sandra
Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht, Berlín, Duncker & Humblot, 2013.
- AKHAVAN, Payam
«The universal repression of crimes against humanity before national jurisdictions: the need for a treaty-based obligation to prosecute», en Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, págs. 28 a 42.
- ALJIA FERNÁNDEZ, Rosa Ana
La persecución como crimen contra la humanidad, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2011.
- ÁLVAREZ, Alejandro E.
«The implementation of the ICC Statute in Argentina», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), págs. 480 a 492.
- AMATI, Enrico
«I crimini contro l'umanità», en Enrico Amati y otros (eds.), *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, 2ª ed., Milán, Giuffrè, 2010, págs. 411 y ss.
- AMBOS, Kai
Estudios de derecho penal internacional, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- AMBOS, Kai y Steffen WIRTH
«The current law of crimes against humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000», *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), págs. 1 a 90.
«El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad», en Kai Ambos y Steffen Wirth (eds.), *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 67 y ss.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL
Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World, 2011.
- ARENDET, Hannah
Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil, ed. rev., Nueva York, Penguin, 1994.
- ARONÉANU, Eugène
Le crime contre l'humanité, Toulouse, Dalloz, 1961.
- BADAR, Mohamed Elewa
«From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity», *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2004), págs. 73 a 144.
- BAADE, Hans W.
«The Eichmann trial: some legal aspects», *Duke Law Journal*, vol. 10 (1961), págs. 400 a 420.
- BASSIOUNI, M. Cherif
«“Crimes against humanity”: The need for a specialized convention», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31 (1994), págs. 457 a 494.
Crimes against Humanity in International Law, 2ª ed. rev., La Haya, Kluwer Law International, 1999.
«World War I: ‘The war to end all wars’ and the birth of a handicapped international criminal justice system», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30 (2002), págs. 244 a 291.
«Crimes against humanity: the case for a specialized convention», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9 (2010), págs. 575 a 594.
Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
«Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining — the need for a specialized convention», en Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, págs. 43 a 58.
- BAXTER, R. R.
«Multilateral treaties as evidence of customary international law», *BYBIL 1965–1966*, vol. 41, págs. 275 a 300.
- BAZELAIRE, Jean-Paul y Thierry CRETIN
La justice pénale internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye, París, Presses Universitaires de France, 2000.
- BECKER, Astrid
Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit – Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
- BEN-NAFTALI, Orna
«The obligation to prevent and punish genocide», en Paolo Gaeta, *The UN Genocide Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 27 a 57.
- BERGSMO, Morten, Mads HARLEM y Nuobo HAYASHI (eds.)
Importing Core International Crimes into National Law, 2ª ed., Oslo, Tokel Opsahl, 2010.
- BERGSMO, Morten y Tianying SONG (eds.)
On the Proposed Crimes against Humanity Convention, Bruselas, Torkel Opsahl, 2014.
- BETTATI, Mario
«Le crime contre l'humanité», en Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux y Alain Pellet (eds.), *Droit international penal*, 2ª ed. rev., París, Pedone, 2012, págs. 103 a 124.

- BOISTER, Neil y Robert CRYER
The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- BOSLY, Henri D. y Damien VANDERMEERSCH
Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice: les juridictions internationales et les tribunaux nationaux, 2ª ed., Bruselas, Bruylant, 2012.
- BRAND, James T.
 «Crimes against humanity and the Nürnberg trials», *Oregon Law Review*, vol. 28 (1949), págs. 93 a 119.
- BURGERS J. Herman y Hans DANIELIUS
The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- CAPELLÀ I ROIG, Margalida
La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- CAPUS, Nadja
 «Die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit nach schweizerischem und nach internationalem Recht», *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, vol. 24 (2006), págs. 247 a 254.
- CASSESE, Antonio
 «Crimes against humanity», en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 353 a 378.
International Criminal Law, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, Antonio y Mireille DELMAS-MARTY (eds.)
Juridictions nationales et crimes internationaux, París, Presses Universitaires de France, 2002.
- CERONE, John
 «The jurisprudential contributions of the ICTR to the legal definition of crimes against humanity. The evolution of the nexus requirement», *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14 (2008), págs. 191 a 202.
- CHALANDON, Sorj y Pascale NIVELLE
Crimes contre l'humanité: Barbie, Touvier, Bousquet, Papon, París, Plon, 1998.
- CHESTERMAN, Simon
 «An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 10 (2000), págs. 307 a 344.
- CLARK, Roger S.
 «Crimes against humanity at Nuremberg», en George Ginsburgs y V.N. Kudriavtsev (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, págs. 177 a 198.
 «Crimes against humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court», en Roger S. Clark, Ferdinand Feldbrugge y Stanislaw Pomorski (eds.), *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of George Ginsburgs*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001, págs. 139 a 156.
 «History of efforts to codify crimes against humanity», en Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, págs. 8 a 27.
- COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA DE LAS NACIONES UNIDAS
History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1948.
- CURRAT, Philippe
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, Bruselas, Bruylant, 2006.
- CURRIE, Robert J. y Joseph RIKHOF
International and Transnational Criminal Law, 2ª ed., Toronto, Irwin Law, 2014.
- DAUTRICOURT, Joseph Y.
 «Crime against humanity: European views on its conception and its future», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 40 (1949-1950), págs. 170 a 380.
- DEGUZMAN, Margaret M.
 «The road from Rome: the developing law of crimes against humanity», *Human Rights Quarterly*, vol. 22 (2000), págs. 335 a 403.
 «Crimes against humanity», en Bartram S. Brown (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edgar Elgar, 2011, págs. 62 a 83.
- DELMAS-MARTY, Mireille
 «Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, (julio-septiembre de 1994), núm. 3, págs. 477 a 490.
- DELMAS-MARTY, Mireille y otros
Le crime contre l'humanité, París, Presses Universitaires de France, 2009.
- DHENA, Pétillon Muyambi
Droit d'ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide, París, Harmattan, 2012.
- DINSTEIN, Yoram
 «Crimes against humanity», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, págs. 891 a 908.
- DONAT-CATTIN, David
 «A general definition of crimes against humanity under international law», *Revue de droit penal et des droits de l'homme*, vol. 8 (1999), págs. 83 y ss.
- DONDÉ MATUTE, Javier (ed.)
 «Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Christian Steffen (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. II, págs. 205 a 228, Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.
- DONDÉ MATUTE, Javier
Tipos penales en el ámbito internacional, 2ª ed., México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012.
- DORIA, José
 «Whether crimes against humanity are backdoor war crimes», en José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 645 a 660.
- DU PLESSIS, Max
 «South Africa's implementation of the ICC Statute — an African example», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), págs. 460 a 479.
- ECONOMIDES, Constantin P.
 «Content of the obligation: obligations of means and obligations of result», en James Crawford y otros, *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, págs. 371 a 382.
- EBOE-OSUII, Chile
 «Crimes against humanity: directing attacks against a civilian population», *African Journal of Legal Studies*, vol. 2 (2008), págs. 118 a 129.

- EL ZEIDY, Mohamed M.
The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- ESER, Albin y otros (eds.)
National Prosecution of International Crimes, 6 vols, Friburgo, Max Planck Institute, 2003-2006.
- FAWCETT, J.E.S.
 «The *Eichmann* case», *BYBIL*, vol. 38 (1962), págs. 181 a 215.
- FERSTMAN, Carla J.
 «Domestic trials for genocide and crimes against humanity: the example of Rwanda», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 9 (1997), págs. 857 a 877.
- FOCARELLI, Carlo
Diritto Internazionale, vol. I: *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, 2ª ed., Padua, CEDAM, 2012.
- FOURNET, Caroline
Genocide and Crimes against Humanity — Misconceptions and Confusion in French Law and Practice, Oxford, Hart, 2013.
- GAETA, Paolo
 «On what conditions can a State be held responsible for genocide?», *EJIL*, vol. 18 (2007), págs. 631 a 648.
- GAETA, Paolo (ed.)
The UN Genocide Convention: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- GARCÍA FALCONI, Ramiro
 «The codification of crimes against humanity in the domestic legislation of Latin American States», *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), págs. 453 a 459.
- GERAS, Norman
Crimes against Humanity: Birth of a Concept, Manchester, Manchester University Press, 2011.
- GARIBIAN, Sévane
Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'État moderne. Naissance et consécration d'un concept, Ginebra, Schulthess, 2009.
- GIL GIL, Alicia
El genocidio y otros crímenes internacionales, Valencia, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1999.
 «Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 112 (2000), págs. 381 a 397.
 «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de "los elementos de los crímenes"», en Kai Ambos (ed.), *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 65 a 104.
- GRAVEN, Jean
 «Les crimes contre l'humanité», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1950-I*, vol. 76 (1950), págs. 433 a 605.
- GREPPI, Edoardo
I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale: lineamenti generali, Turín, UTET, 2001.
- HALL, Christopher K. y otros
 «Article 7: Crimes against humanity», en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª ed., Munich, C.H. Beck, 2008, págs. 159 a 274.
- HALLING, Matt
 «Push the envelope — watch it bend: removing the policy requirement and extending crimes against humanity», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), págs. 827 a 845.
- HANSEN, Thomas Obel
 «The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya», *George Washington University International Law Review*, vol. 43 (2011), págs. 1 a 42.
- HELLER, Kevin Jon
The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- HWANG, Phyllis
 «Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court», *Fordham International Law Journal*, vol. 22 (1998), págs. 457 a 504.
- HUNEUS, Alexandra
 «International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights bodies», *AJIL*, vol. 107 (2013), págs. 1 a 44.
- INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW CLINIC, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD GEORGE WASHINGTON
 «Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction». 2013. Actualizado y reimpresso en parte en Arturo J. Carrillo y Annalise K. Nelson, «Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction», *George Washington International Law Review*, vol. 46 (2014), págs. 481 a 530.
- JALLOH, Charles Chernor
 «Case report: situation in the Republic of Kenya», *AJIL*, vol. 105 (2011), págs. 540 a 546.
 «What makes a crime against humanity a crime against humanity?», *American University International Law Review*, vol. 28 (2013), págs. 381 a 442.
- JALLOH, Charles Chernor y Simon M. MEISENBERG (eds.)
The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- JOHNSON, D.H.N.
 «The draft code of offences against the peace and security of mankind», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 4 (1955), págs. 445 a 468.
- JUROVICS, Yann
Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2002.
- KIRSCH, Stefan
Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Frankfurt, Peter Lang, 2009.
 «Two kinds of wrong: on the context element of crimes against humanity», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), págs. 525 a 541.
- KITTICHAISAREE, Kriangsak
International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- KLEFFNER, Jann K.
 «The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), págs. 86 a 103.
Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- KOLB, Robert
 «The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes», *BYBIL*, vol. 71 (2000), págs. 259 a 315.

- «The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2000-2004)», *BYBIL*, vol. 75 (2004), págs. 269 a 335.
- «The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2004-2013)», *BYBIL*, vol. 84 (2014), págs. 131 a 186.
- KRESS, Claus
«On the outer limits of crimes against humanity: the concept of organization within the policy requirement: some reflections on the March 2010 ICC *Kenya* decision», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), págs. 855 a 873.
- KRIEBAUM, Ursula
«Prevention of human rights violations», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), págs. 155 a 190.
- KUSCHNIK, Bernhard
«The legal findings of crimes against humanity in the *Al-Dujail* judgments of the Iraqi High Tribunal: a forerunner for the ICC?», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7 (2008), págs. 459 a 484.
Der Gesamtatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit: Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen, Berlín, Duncker & Humblot, 2009.
- LAFONTAINE, Fannie
«Parties to offences under the Canadian Crimes against Humanity and War Crimes Act: an analysis of principal liability and complicity», *Les Cahiers de Droit*, vol. 50 (2009), págs. 967 a 1014.
- LATTIMER, Mark y Philippe SANDS (eds.)
Justice for Crimes against Humanity, Oxford, Hart, 2003.
- LAUTERPACHT, Elihu
The Life Sir Hersch Lauterpacht, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LEE, Roy S.K. y otros (eds.)
The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, Ardsley, Transnational, 2001.
- LIPPMAN, Matthew
«Crimes against humanity», *Boston College Third World Law Journal*, vol. 17 (1997), págs. 171 a 274.
- LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar A.
Derecho internacional y crímenes contra la humanidad, 3ª ed., Montevideo, Asociación Americana de Juristas, 2006.
- LUBAN, David
«A theory of crimes against humanity», *Yale Journal of International Law*, vol. 29 (2004), págs. 85 a 168.
- MACLEOD, Christopher
«Towards a philosophical account of crimes against humanity», *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), págs. 281 a 302.
- MANSFIELD, Leslie
«Crimes against humanity: reflections on the fiftieth anniversary of Nuremberg and a forgotten legacy», *Nordic Journal of International Law*, vol. 64 (1995), págs. 293 a 342.
- MANSKE, Gisela
Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, Berlín, Duncker & Humblot, 2003.
- MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen
El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.
- MAY, Larry
Crimes against Humanity: A Normative Account, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- MCCORMACK, Timothy L.H.
«Crimes against humanity», en Dominic McGoldrick, Peter Rowe y Eric Donnelly (eds.), *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Oxford, Hart, 2004, págs. 179 a 202.
- MERON, Theodor
«The Martens clause, principles of humanity, and dictates of public conscience», *AJIL*, vol. 94 (2000), págs. 78 a 89.
- MESEKE, Stephan
«La contribution de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité», en Mario Chiavario (ed.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milán, Giuffrè, 2003, págs. 173 a 222.
Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Eine völkerstrafrechtliche Analyse, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- METTRAUX, Guénaél
«Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda», *Harvard International Law Journal*, vol. 43 (2002), págs. 237 a 316.
«The definition of crimes against humanity and the question of a "policy" element», en Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, págs. 142 a 176.
- MILLER, Robert H.
«The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity», *AJIL*, vol. 65 (1971), págs. 476 a 501.
- MOIR, Lindsay
«Crimes against humanity in historical perspective», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), págs. 101 a 130.
- MORLACETTI, Alejandro
«Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», en Horacio J. Romero Villanueva (ed.), *La prescripción penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, págs. 137 a 196.
- NOWAK, Manfred y Elizabeth MCARTHUR
The United Nations Convention against Torture: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- OLSON, Laura M.
«Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity: inter-State cooperation, mutual legal assistance, and the *aut dedere aut judicare* obligation», en Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, págs. 323 a 344.
- OOSTERVELD, Valerie L.
«The making of a gender-sensitive International Criminal Court», *International Law Forum du Droit International*, vol. 1, núm. 1 (febrero de 1999), págs. 38 a 41.
«Gender-based crimes against humanity», en Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, págs. 78 a 101.
- PALOMBINO, Fulvio María
«The overlapping between war crimes and crimes against humanity in international criminal law», *Italian Yearbook of International Law*, vol. 12 (2002), págs. 123 a 148.
- PARENTI, Pablo F., Leonardo FILIPPINI y Hernán L. FOLGUEIRO (eds.)
Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- PICTET, Jean (ed.)
The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, vol. IV, Ginebra, CICR, 1958.

- PIQUÉ, María Luisa
«Beyond territory, jurisdiction, and control: towards a comprehensive obligation to prevent crimes against humanity», en Morten Bergsmo y Tianyang Song (eds.), *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*, Bruselas, Torkel Opsahl, 2014, págs. 135 a 172.
- RAMCHARAN, Bertrand
The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.
- RAMELLA, Pablo A.
Crímenes contra la humanidad, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- REIGER, Caitlin y Marieke WIERDA
The serious crimes process in Timor-Leste: in retrospect, Nueva York, International Center for Transitional Justice, 2006.
- ROBERGE, Marie-Claude
«Jurisdicción de los Tribunales *ad hoc* para ex-Yugoslavia y Rwanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio», *Revista Internacional de la Cruz Roja* (noviembre de 1997).
- ROBINSON, Darryl 165
«Defining “crimes against humanity” at the Rome Conference», *AJIL*, vol. 93 (1999), págs. 43–56.
«The draft convention on crimes against humanity: what to do with the definition?», en Morten Bergsmo y Tianyang Song (eds.), *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Bruselas, Torkel Opsahl, 2014, págs. 103 a 134.
«The elements of crimes against humanity», en Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, Transnational, 2001, págs. 57 a 79.
«Crimes against humanity: a better policy on “policy”», en Carsten Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 705 a 731.
- ROMERO Mendoza, Alfredo (ed.)
Crímenes de lesa humanidad: un enfoque venezolano, Caracas, Los Libros de El Nacional, 2004.
- ROSCINI, Marco
«Great expectations — the implementation of the Rome Statute in Italy», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), págs. 493 a 512.
- RICCI, Benjamin
Crimes against Humanity: A Historical Perspective, Nueva York, iUniverse, 2004.
- RICHARD, Guy (ed.)
L'histoire inhumaine : massacres et génocides des origines à nos jours, París, Armand Colin, 1992.
- SADAT, Leila
«The interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: from Touvier to Barbie and back again», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 32 (1994), págs. 289 a 380.
«Crimes against humanity in the modern age», *AJIL*, vol. 107 (2013), págs. 334 a 377.
- SADAT, Leila (ed.)
Forging a Convention for Crimes against Humanity, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- SALMON, Jean
«Duration of the breach», en James Crawford y otros, *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, págs. 383 a 396.
- SCHABAS, William A.
The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leon, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- «State policy as an element of international crimes», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98 (2008), págs. 953 a 982.
Genocide in International Law: The Crime of Crimes, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- «Prosecuting Dr. Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: closing the loopholes», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), pág. 847 a 853.
The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SCHARF, Michael P.
«The Iraqi High Tribunal: a viable experiment in international justice?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), págs. 258 a 236.
- SCHWARZENBERGER, Georg
«The *Eichmann* judgment», *Current Legal Problems*, vol. 15 (1962), págs. 248 a 266.
- SCHWELB, Egon
«Crimes against humanity», *BYBIL*, vol. 23 (1946), págs. 178 a 226.
- SEIBERT-FOHR, Anja
«The ICJ judgment in the Bosnian Genocide case and beyond: a need to reconceptualize?», en Christoph Safferling and Eckart Conze, eds., *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, La Haya, T.M.C. Asser, págs. 245 a 258.
- SHELTON, Dinah L. (ed.)
Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity, Farmington Hills, Macmillan Reference, 2005.
- SIMMA, Bruno
«Genocide and the International Court of Justice», en Christoph Safferling y Eckart Conze (eds.), *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, La Haya, T.M.C. Asser, 2010, págs. 259 a 274.
- SLUITER, Göran
«“Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN *ad hoc* tribunals», en Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, págs. 102 a 141.
- SLYE, Ronald C.
«Refugee jurisprudence, crimes against humanity, and customary international law», en Anne F. Bayefsky (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers. Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, págs. 249 a 268.
- ŠTURMA, Pavel
«K návrhu Kodexu zločinů proti míru a bezpečnosti lidstva», (translation) *Pravník*, vol. 128 (1989), págs. 879 a 892.
- TAMS, Christian
«Article I», en Christian Tams, Lars Berster y Björn Schiffbauer (eds.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*, Munich, C.H. Beck, 2014, págs. 33 a 78.
- TAMS, Christian, Lars BERSTER y Björn SCHIFFBAUER (eds.)
Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary, Munich, C.H. Beck, 2014.
- TAYLOR, Telford
Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1949.
- VALENCIA VILLA, Alejandro
«Los crímenes de lesa humanidad: su calificación en América Latina y algunos comentarios en el caso colombiano», en Hector Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo (eds.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 119 a 126.

- VAN DEN HERIK, Larissa
The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
- «The Dutch engagement with the project of international criminal justice», *Netherlands International Law Review*, vol. 55 (2010), págs. 303 a 322.
- «Using custom to reconceptualize crimes against humanity», en Shane Darcy y Joseph Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pág. 80.
- VAN DER WOLF, Willem-Jan (ed.)
Crimes against Humanity and International Law, La Haya, International Courts Association, 2011.
- Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts*, La Haya, International Courts Association, 2011.
- VAN DER WOLF, R.W.F. (ed.)
The Case Against Charles Taylor, La Haya, International Courts Association, 2013.
- VAN HEUGTEN, Ellen y P.A. VAN LAAR (eds.)
The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity: The Dujail Cas, Nijmegen, International Courts Association, 2011.
- VAN SCHAACK, Beth
 «The definition of crimes against humanity: resolving the incoherence», *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 37 (1999), págs. 787 a 850.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo
 «El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional», en *Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, págs. 1523 a 1532.
- VERMEULEN, Marthe Lot
Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Cambridge, Intersentia, 2012.
- VERNON, Richard
 «What is crime against humanity?», *Journal of Political Philosophy*, vol. 10 (2002), págs. 231 a 364.
- VON HEBEL, Herman
 «Crimes against humanity under the Rome Statute», en Peter J. van Krieken (ed.), *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 1999, págs. 105 a 118.
- VON HEBEL, Herman y Darryl ROBINSON
 «Crimes within the jurisdiction of the Court», en Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Leiden, Kluwer Law International, 1999, págs. 79 a 126.
- VULTEJUS, Ulrich
 «Verbrechen gegen die Menschlichkeit», *Strafverteidiger*, vol. 12 (1992), págs. 602 a 607.
- WEBER, Travis
 «The obligation to prevent in the proposed convention examined in light of the obligation to prevent in the Genocide Convention», en Morten Bergsmo and Tianying Song (eds.), *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*, Brussels, Torkel Opshal, 2014, págs. 173 a 200. Maogoto y Solon Solomon (eds.), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*, La Haya, TMC Asser Press, 2014, págs. 355 a 387.
- WEISS, Norman
 «Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid: Wie beurteilen sich diese Vorfälle aus der Perspektive der Kinder, die gewaltsam gezeugt wurden?», *MenschenRechtsMagazin*, vol. 6 (2001), págs. 132 a 142.
- WERLE, Gerhard y Boris BURGHARDT
 «Do crimes against humanity require the participation of a State or a 'State-like' organization?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), págs. 1151 a 1170.
- WERLE, Gerhard y Florian JESSBERGER
 «International criminal justice is coming home: the new German Code of Crimes against International Law», *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), págs. 191 a 223.
- YAP, James
 «Aut deportare aut iudicare: current topics in international humanitarian law in Canada», en Derek Jinks, Jackson N. Maogoto y Solon Solomon (eds.), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*, La Haya, TMC Asser Press, 2014, págs. 355 a 387.

Introducción

A. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión

1. En su 65º período de sesiones, en 2013, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema «Crímenes de lesa humanidad» en su programa de trabajo a largo plazo¹. Después del debate celebrado en la Sexta Comisión en 2013², la Asamblea General tomó nota de ese hecho³. En su 66º período de sesiones, en 2014, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombrar a un Relator Especial. Tras el

¹ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 170 y anexo II.

² Véase 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), párr. 72; véase también el capítulo I, secc. B *infra*.

³ Véase la resolución 68/112 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2013, párr. 8.

debate celebrado en la Sexta Comisión en 2014, la Asamblea General también tomó nota de esta decisión⁴.

B. Propósito y estructura del presente informe

2. El propósito del presente informe es abordar los posibles beneficios de elaborar un proyecto de artículos que pudiera servir de base para una convención internacional sobre los crímenes de lesa humanidad. Además, en el informe se proporciona información de referencia sobre el surgimiento del concepto de crímenes de lesa humanidad como institución del derecho internacional, su aplicación por las cortes y los tribunales internacionales y su incorporación en la legislación nacional de algunos Estados. En

⁴ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 266; y la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, párr. 7. Para un examen del debate en la Sexta Comisión, véase el capítulo I, secc. B *infra*.

último término, se proponen dos proyectos de artículos: uno sobre la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad y otro sobre la definición de dichos crímenes.

3. En el capítulo I del informe se evalúan los posibles beneficios de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad que, de ser aceptada por los Estados, supondría promover la adopción de leyes nacionales que incorporaran una definición ampliamente aceptada de esos crímenes y permitieran un amplio margen de jurisdicción cuando un delincuente se encontrara en el territorio bajo la jurisdicción del Estado parte. Una convención de ese tipo también podría contener disposiciones que obligaran a los Estados partes a prevenir los crímenes de lesa humanidad, cooperar en la asistencia judicial recíproca para la investigación y el enjuiciamiento de esos crímenes en los tribunales nacionales, y extraditar o juzgar a los presuntos responsables. Este capítulo pasa revista a las reacciones de los Estados en 2013 y 2014 a la decisión de la Comisión de seleccionar este tema, que fue en gran medida favorable, aunque en algunos casos dio lugar a dudas sobre la relación entre tal convención y otros regímenes convencionales.

4. Por consiguiente, en el capítulo I también se considera la relación de dicha convención con otros regímenes convencionales, en particular el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La Corte Penal Internacional se encuentra en el núcleo de las actividades de lucha contra el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, y es uno de los logros más significativos en el ámbito del derecho internacional. Con 122 Estados partes en enero de 2015, el Estatuto de Roma proporciona un medio fundamental para investigar y enjuiciar esos crímenes a nivel internacional. Una convención sobre los crímenes de lesa humanidad podría contribuir a promover la investigación y el enjuiciamiento de esos crímenes en el plano nacional, lo que permitiría mejorar el sistema de complementariedad en que se basa la Corte Penal Internacional y fomentar la cooperación interestatal que no se regula en el Estatuto de Roma.

5. En el capítulo II del informe se proporciona información general sobre el surgimiento de los crímenes de lesa humanidad como concepto del derecho internacional, incluida su progresión de un delito relacionado con los conflictos armados internacionales a un crimen que puede darse siempre que exista un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil por medio de determinados actos atroces. Además, en el capítulo II se examina la existencia de la noción de crímenes de lesa humanidad y su aplicación por los tribunales penales internacionales contemporáneos, incluida la Corte Penal Internacional. Como se señaló anteriormente, la Corte se basa en el principio de complementariedad, en virtud del cual, en primer lugar, los delitos deben ser enjuiciados por los tribunales nacionales, siempre que las autoridades nacionales puedan y quieran investigar y enjuiciar tales delitos. Teniendo esto presente, en este capítulo también se analiza si los Estados han aprobado leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad; si esas leyes coinciden con la definición de tales crímenes contenida en el artículo 7 del Estatuto de Roma; y si las leyes en cuestión proporcionan al Estado los medios necesarios para que ejerzan jurisdicción sobre los crímenes perpetrados en su territorio, los crímenes cometidos por sus nacionales, los crímenes que causan perjuicio a sus nacionales y los

crímenes cometidos en el extranjero por no nacionales y dirigidos igualmente contra no nacionales cuando el responsable se halle en el territorio del Estado.

6. En el capítulo III se observa que una amplia gama de convenciones multilaterales en vigor pueden servir como posibles modelos para una convención sobre los crímenes de lesa humanidad, entre ellas las que promueven la prevención, la penalización y la cooperación interestatal con respecto a la delincuencia transnacional. Esas convenciones se refieren a delitos como el genocidio, los crímenes de guerra, la tortura patrocinada por el Estado, la desaparición forzada de personas, la corrupción y la delincuencia organizada transnacional, los delitos contra personas internacionalmente protegidas y los delitos relacionados con el terrorismo. Del mismo modo, las convenciones multilaterales sobre extradición, asistencia judicial recíproca y plazos de prescripción pueden facilitar orientación significativa sobre esas cuestiones.

7. En el capítulo IV se evalúa la obligación general que existe en distintos regímenes convencionales de que los Estados prevengan y sancionen los delitos. Dado que la obligación de sancionar se abordará en mayor detalle en ulteriores proyectos de artículos, este capítulo se centra en la obligación de prevenir que figura en numerosos tratados multilaterales, y examina los límites de esa obligación tal como se analiza en las observaciones de los órganos creados en virtud de tratados, las resoluciones de las Naciones Unidas, la jurisprudencia y la doctrina de los publicistas. Teniendo en cuenta esa información, en este capítulo se propone un primer proyecto de artículo que se refiere de manera general a la «prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad».

8. El capítulo V se ocupa de la definición de «crímenes de lesa humanidad» a los efectos del proyecto de artículos. El artículo 7 del Estatuto de Roma representa la culminación de casi un siglo de desarrollo del concepto de crímenes de lesa humanidad y expresa los elementos básicos del delito. En particular, el delito supone: un «ataque generalizado o sistemático»; un ataque «contra una población civil», que se entiende como una línea de conducta «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política»; un autor que tiene «conocimiento de dicho ataque»; y un ataque que se produce mediante la comisión múltiple de ciertos actos específicos, como el asesinato, la tortura o la violación. La jurisprudencia contemporánea de la Corte Penal Internacional está perfeccionando y aclarando el significado de esos términos, apoyándose en cierta medida en la jurisprudencia de tribunales anteriores. Reconociendo que la definición que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma goza actualmente de amplio reconocimiento entre los Estados, y en aras de promover la armonía entre los esfuerzos nacionales e internacionales por combatir este delito, el proyecto de artículo que se propone utiliza exactamente la misma definición de «crímenes de lesa humanidad» contenida en el artículo 7, con la excepción de tres cambios no sustanciales que son necesarios habida cuenta del contexto diferente en que se utiliza la definición (por ejemplo, la sustitución de las referencias al «Estatuto» por «el presente proyecto de artículos»).

9. Por último, en el capítulo VI se aborda brevemente el programa de trabajo futuro en relación con este tema.

CAPÍTULO I

¿Por qué una convención sobre los crímenes de lesa humanidad?

A. Objetivos de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad

10. Como se indica en la propuesta del tema aprobada por la Comisión en su 65° período de sesiones, en 2013⁵, en el ámbito del derecho internacional hay tres delitos básicos sobre los que los tribunales penales internacionales suelen ejercer su competencia: los crímenes de guerra; el genocidio; y los crímenes de lesa humanidad. Solo dos de esos delitos (crímenes de guerra y genocidio) son objeto de un tratado global que exige que los Estados prevengan y castiguen tales actos y cooperen entre sí a tal fin. En cambio, no existe un tratado de esa índole dedicado a la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad.

11. Sin embargo, los crímenes de lesa humanidad quizás sean más frecuentes que el genocidio o los crímenes de guerra. Esos delitos pueden ocurrir en situaciones que no entrañen un conflicto armado y no requieren la intención especial que se precisa para determinar la existencia de genocidio⁶. Por otra parte, existen tratados sobre prevención, sanción y cooperación interestatal para numerosos delitos mucho menos graves, como la corrupción, el soborno o la delincuencia organizada. Aunque algunos tratados abordan delitos, como la tortura patrocinada por el Estado o la desaparición forzada de personas, que en determinadas circunstancias también podrían constituir crímenes contra la humanidad, esos tratados no se refieren a los crímenes de lesa humanidad como tales.

12. Así pues, en el marco actual del derecho internacional y, en particular, dentro del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, parece faltar la pieza fundamental de una convención global sobre la prevención, sanción y cooperación interestatal en relación con los crímenes de lesa humanidad. Una convención de esa índole podría contribuir a estigmatizar esas gravísimas conductas, a poner de relieve una vez más la necesidad de prevenirlas y sancionarlas, y a adoptar y armonizar la legislación nacional sobre los actos de esa naturaleza, abriendo así la puerta a una cooperación interestatal más eficaz sobre la prevención, la investigación, el enjuiciamiento y la extradición por tales delitos. Al crear una red de cooperación, como se ha hecho en relación con otros delitos, se denegaría refugio a los delincuentes, con lo que previsiblemente se estaría ayudando a desalentar desde un primer momento ese tipo de conducta y a garantizar la rendición de cuentas una vez cometidos los hechos⁷.

⁵ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), anexo II.

⁶ Véase *Application of the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia v. Serbia), fallo, *I.C.J. Reports 2015*, párr. 139 («la Corte recuerda que, en 2007, sostuvo que la intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal es específica del genocidio y lo distingue de otros actos delictivos conexos como los crímenes de lesa humanidad y la persecución») (citando *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 43, párrs. 187 y 188).

⁷ En relación con los llamamientos de la comunidad académica a que se celebre una convención de esa naturaleza, véase Bassiouni, «Crimes

13. Por lo tanto, el objetivo general de este tema consiste en redactar los artículos de lo que podría llegar a ser una convención sobre la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad consagrada en el Estatuto de Roma, la convención podría exigir que todos los Estados partes adoptaran medidas eficaces para prevenir los crímenes de lesa humanidad en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Una de esas medidas sería que los Estados partes tipificaran el delito en su totalidad en su legislación nacional, medida que la mayoría de Estados aún no ha adoptado. Además, la convención podría exigir que cada Estado parte ejerciera su jurisdicción no solo en cuanto a los actos que ocurren en su territorio o realizan sus nacionales, sino también en lo que respecta a los actos cometidos en el extranjero por no nacionales que más tarde se encuentren en territorio que esté bajo la jurisdicción del Estado parte.

14. Por otro lado, la convención podría obligar a que las partes pusieran en marcha mecanismos sólidos de cooperación interestatal para la investigación, el enjuiciamiento y el castigo del delito, incluso mediante la prestación de asistencia judicial recíproca y la concesión de extradición. La convención también podría imponer una obligación de *aut dedere aut judicare* cuando el presunto delincuente se encontrara en territorio situado bajo la jurisdicción de un Estado parte. Asimismo, podría incluir otras obligaciones pertinentes, como el deber de recurrir a un mecanismo de solución de controversias entre los Estados partes siempre que surjan diferencias con respecto a la interpretación o aplicación de sus disposiciones.

15. La convención no se ocuparía de otros delitos graves, como el genocidio o los crímenes de guerra, que ya son objeto de tratados mundiales que gozan de amplia aceptación y regulan su prevención y castigo. Cabe argumentar que los tratados mundiales sobre el genocidio y los crímenes de guerra podrían actualizarse mediante un nuevo instrumento; se trata de una iniciativa ampliada que ha recibido el apoyo de algunos Estados⁸ y agentes no estatales⁹. Teniendo en cuenta que varios Estados han sugerido que la labor en este ámbito debe complementar los regímenes

against Humanity”: The Need for a Specialized Convention», pág. 457; Bassiouni, «Crimes against Humanity: the Case for a Specialized Convention», pág. 575; Sadat, *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (fruto de una iniciativa del Whitney R. Harris World Law Institute de la Universidad de Washington en Saint Louis); Bergsmo y Song, *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*.

⁸ Véase «Towards a Multilateral Treaty for Mutual Legal Assistance and Extradition for Domestic Prosecution of the Most Serious International Crimes», documento oficioso distribuido por la Argentina, Bélgica, Eslovenia y los Países Bajos en la Sexta Comisión en noviembre de 2013. Una resolución sobre esta iniciativa se presentó ante la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, pero fue retirada después de un prolongado debate en el Comité Plenario, donde varias delegaciones expresaron «graves preocupaciones» en relación con la competencia de esa Comisión en esta esfera. Véase el informe de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal sobre el 22° período de sesiones (7 de diciembre de 2012 y 22 a 26 de abril de 2013), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, Suplemento núm. 10* (E/2013/30), pág. 87, párrs. 64 a 66.

⁹ Véase Zgonec-Rožej y Foakes, *International Criminals: Extradite or Prosecute?*, pág. 16.

legales vigentes, más que solaparse con ellos¹⁰, el presente tema se centra en la carencia más importante de esos regímenes, donde la adopción de un nuevo instrumento se percibe como más necesaria. Es evidente que la Comisión seguirá abierta a las opiniones de los Estados y otras entidades a medida que avance en este tema y, en última instancia, corresponderá a los Estados decidir si el alcance de la labor de la Comisión es el óptimo.

B. Reacciones de los Estados

16. Durante el debate en la Sexta Comisión en 2013, varias delegaciones se mostraron a favor de añadir el tema de los crímenes de lesa humanidad al programa de la CDI¹¹, y destacaron la importancia de contar con una convención de esa índole. Por ejemplo, los países nórdicos indicaron que era esencial que exista una cooperación interestatal sólida a los fines de la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de esos delitos, como también lo era la obligación de juzgar o extraditar a los presuntos responsables, independientemente de su nacionalidad. Por lo tanto, era importante que la labor de la Comisión sobre los crímenes de lesa humanidad incluyera un análisis jurídico de la obligación de extraditar o juzgar. Además, era igualmente importante que se identificaran principios claros sobre esta última. Según los países nórdicos, una mayor claridad sobre el alcance de la aplicación de esa obligación podría contribuir a garantizar el máximo efecto y cumplimiento de las normas vigentes¹².

17. Al mismo tiempo, otras delegaciones advirtieron que la elaboración de una convención de esa índole debía abordarse de una manera prudente¹³, prestando especial atención a evitar cualquier conflicto con los regímenes internacionales existentes, incluida la Corte Penal Internacional¹⁴. Varias delegaciones expresaron dudas acerca de

si una convención sobre este tema era realmente necesaria¹⁵, mientras que algunas otras se mostraron partidarias de elaborar una nueva convención, pero con un alcance más amplio que los crímenes de lesa humanidad¹⁶.

18. En su mayor parte, los 23 Estados que abordaron la cuestión en los debates que la Sexta Comisión celebró en 2014 acogieron favorablemente la inclusión de este tema en el actual programa de trabajo¹⁷. Tres de esos Estados no apoyaron expresamente el tema, pero reconocieron que existía una brecha en los actuales regímenes convencionales con respecto a los crímenes de lesa humanidad, cuyo estudio en mayor detalle podría resultar útil¹⁸, mientras que otro Estado sostuvo que el tema debía «tratarse con suma cautela»¹⁹. Hubo, sin embargo, cuatro Estados que opinaron que no existía ninguna laguna en el actual marco de derecho internacional en relación con los crímenes de lesa humanidad, dada la existencia del Estatuto de Roma²⁰. Por último, dos Estados se mostraron favorables a formular una nueva convención, aunque en un foro distinto y con un enfoque alternativo que hiciera hincapié en una mayor variedad de delitos, aunque con una finalidad más restringida, que se limitaría a la extradición y la asistencia judicial recíproca²¹.

19. En sus comentarios favorables, los Estados mencionaron que la labor en este tema ayudaría a desarrollar el derecho penal internacional²² y se basaría en la labor anterior de la Comisión²³, por ejemplo considerando la forma en que un régimen de extradición o enjuiciamiento podría operar en relación con los crímenes de lesa humanidad²⁴. Al mismo tiempo, varios Estados opinaron que la labor en este tema debía evitar conflictos con los instrumentos jurídicos existentes, en particular el Estatuto de Roma²⁵.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Resumen por temas... (nota 2 *supra*), párr. 72.

¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, Austria, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17)*, párr. 74; Estados Unidos de América, párr. 51; Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), párr. 36; República Checa, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 102; Perú, párr. 28; Italia, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 10; Mongolia, párr. 79; Japón (17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párrs. 79 a 85.

¹² *Ibid.*, declaración de Noruega, en nombre de los países nórdicos, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 38.

¹³ *Ibid.*, China, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 61; España, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 133; India, párr. 21; Malasia, párr. 33; Rumania, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 116; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, párr. 22.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Malasia, *ibid.*, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 33 («la labor [...] sobre el tema no debería socavar la pretendida universalidad del Estatuto de Roma ni solaparse con regímenes ya existentes»); Reino Unido, *ibid.*, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 22 («cualquier convención nueva en ese ámbito debe ser coherente con el Estatuto y complementaria de este»); España, *ibid.*, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párrs. 133 y ss. (en caso de incluirse este tema en el programa de la Comisión de Derecho Internacional, habrá que estudiar muy cuidadosamente tanto los concretos elementos de delimitación que integrarían la convención como, muy particularmente, su precisa relación con el Estatuto de Roma y el papel de la Corte Penal Internacional, sin ir más allá de lo allí establecido); Noruega, en nombre de los países nórdicos, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 9, sostuvo que aunque valoraba positivamente que este tema se desarrollara en el sentido de hacer más operativo el reconocimiento de un deber de prevención y de obligaciones de cooperación interestatal, los países nórdicos subrayaban que ninguna de esas obligaciones podía interpretarse como una forma de limitar obligaciones similares ya existentes con respecto a otros delitos u obligaciones jurídicas en vigor en esta esfera.

¹⁵ Francia, *ibid.*, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 106; Irán (República Islámica del), 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 79; Federación de Rusia, *ibid.*, párr. 56; Sudáfrica, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), párrs. 51 a 58.

¹⁶ Países Bajos, *ibid.*, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 37; Eslovenia, 21ª sesión (A/C.6/68/SR.21), párr. 56.

¹⁷ *Ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, Austria, 19ª sesión (A/C.6/69/SR.19)*, párr. 111; Finlandia, en nombre de los países nórdicos, párr. 81; Croacia, 20ª sesión (A/C.6/69/SR.20), párrs. 92 y 93; República Checa, párr. 10; El Salvador, párr. 91; Israel, párr. 67; Japón, párr. 49; Polonia, párr. 36; Estados Unidos, párr. 121; República de Corea, 21ª sesión (A/C.6/69/SR.21), párr. 45; Nueva Zelandia, párr. 33; España, párr. 42; Mongolia, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 94; Trinidad y Tabago, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 118; Jamaica, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 33.

¹⁸ Chile, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 52; Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 53; Reino Unido, 19ª sesión (A/C.6/69/SR.19), párr. 160.

¹⁹ Rumania, *ibid.*, 19ª sesión (A/C.6/69/SR.19), párr. 147.

²⁰ Francia, *ibid.*, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 37; Malasia, 27ª sesión (A/C.6/69/SR.27), párr. 54; Países Bajos, 20ª sesión (A/C.6/69/SR.20), párrs. 15 y 16; Sudáfrica, párr. 114.

²¹ Países Bajos, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/69/SR.20), párrs. 15 a 17; Irlanda, 19ª sesión (A/C.6/69/SR.19), párr. 177.

²² Croacia, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/69/SR.20), párr. 94; Japón, párr. 49.

²³ Croacia, *ibid.*, párrs. 94 a 97; República Checa, párr. 10.

²⁴ Chile, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 52; Finlandia, en nombre de los países nórdicos, 19ª sesión (A/C.6/69/SR.19), párr. 82; Reino Unido, párr. 159.

²⁵ Chile, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 52; Mongolia, párrs. 94 y 95; Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 53; Reino Unido, párr. 160; Rumania, 19ª sesión (A/C.6/69/SR.19), párr. 147; Trinidad y Tabago, 26ª sesión (A/C.6/69/SR.26), párr. 118.

En definitiva, actualmente los gobiernos parecen opinar que puede ser útil elaborar una nueva convención, aunque debe llevarse a cabo cuidadosamente, con especial atención a su relación con los regímenes internacionales en vigor, especialmente el Estatuto de Roma.

C. Relación de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad con otros tratados, incluido el Estatuto de Roma

20. La relación de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad con otros tratados es una cuestión sumamente importante, que servirá para orientar a la Comisión en su labor. Muchos de los actos que entran en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad (cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil) son también actos contemplados en regímenes convencionales vigentes, tales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Una convención sobre los crímenes de lesa humanidad debería basarse en el texto y las técnicas de los regímenes convencionales en vigor que resulten pertinentes, aunque también tendría que evitar cualquier conflicto con esos regímenes.

21. En particular, una convención sobre los crímenes de lesa humanidad debería evitar cualquier conflicto con el Estatuto de Roma. Sin duda, la elaboración de una nueva convención tendría que basarse en la redacción de ese Estatuto, así como en los instrumentos y la jurisprudencia conexos, según el caso. Pero la nueva convención debería evitar cualquier conflicto con el Estatuto de Roma, dado el gran número de Estados que se han adherido a él. Por ejemplo, si un Estado parte en el Estatuto de Roma fuera requerido por la Corte Penal Internacional para que le entregara a una persona y recibiera también una solicitud de extradición de otro Estado respecto de la misma persona conforme a lo dispuesto en la convención, entraría en juego el artículo 90 del Estatuto de Roma, que prevé un procedimiento para resolver solicitudes concurrentes. El proyecto de artículos debería ser concebido de forma que los Estados partes en el Estatuto de Roma pudieran seguir ese procedimiento incluso después de adherirse a la convención sobre los crímenes de lesa humanidad. Además, la adopción de una convención podría servir para promover de varias maneras ciertos objetivos deseables que no se contemplan en el Estatuto de Roma, al tiempo que respaldaría el mandato de la Corte Penal Internacional.

22. En primer lugar, el Estatuto de Roma regula las relaciones entre sus Estados partes y la Corte Penal Internacional, pero no las relaciones entre las propias partes (ni entre las partes y los Estados que no son parte). En otras palabras, el Estatuto de Roma se centra en la relación «vertical» de los Estados con la Corte, pero no en los aspectos «horizontales» de la cooperación interestatal. En la parte IX del Estatuto de Roma, titulada «De la cooperación internacional y la asistencia judicial», se reconoce implícitamente que la cooperación entre Estados en relación con los delitos que entran en el ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional seguirá existiendo al margen del Estatuto de Roma, pero no se ocupa por sí mismo de la regulación de esa cooperación. Una convención sobre los crímenes de lesa humanidad podría abordar expresamente

la cooperación interestatal en lo que respecta a la investigación, la detención, el enjuiciamiento y el castigo en los sistemas jurídicos nacionales de quienes cometan crímenes de lesa humanidad²⁶, objetivo plenamente compatible con el objeto y el fin del Estatuto de Roma.

23. En segundo lugar, la Corte Penal Internacional se centra en el castigo de los responsables de delitos que entran dentro de su competencia, no en las medidas que deben tomar los Estados para prevenir esos delitos antes de que ocurran. Como se examina más en detalle en el capítulo IV *infra*, una nueva convención sobre los crímenes de lesa humanidad podría incluir obligaciones relativas a la prevención que se basarían en obligaciones similares en otros tratados, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Por tanto, una convención sobre los crímenes de lesa humanidad podría aclarar la obligación de los Estados de prevenir los delitos contra la humanidad y serviría de base para que los Estados rindieran cuentas al respecto.

24. En tercer lugar, si bien la Corte Penal Internacional es una institución internacional fundamental a la hora de enjuiciar a personas de alto rango responsables de crímenes de lesa humanidad, dicho órgano no fue establecido para procesar a todos los que cometan ese tipo de delitos (ni se le asignaron los recursos necesarios para ello). Antes bien, la premisa sobre la que se basa la Corte es que la jurisdicción nacional es, en primera instancia, la más indicada para el enjuiciamiento, siempre que existan leyes nacionales adecuadas (principio de complementariedad)²⁷. Además, en algunas circunstancias, la Corte tal vez desee trasladar a un sospechoso bajo su custodia para su enjuiciamiento en una jurisdicción nacional, pero no pueda hacerlo si la jurisdicción nacional no está facultada para acusar a los sospechosos de crímenes de lesa humanidad²⁸. Dado que la Corte no tiene capacidad para enjuiciar a todos aquellos que sean responsables de crímenes de lesa humanidad ni para reforzar los sistemas jurídicos nacionales en esa esfera, una nueva convención podría contribuir a reforzar la labor de la Corte al crear una mayor capacidad en el plano nacional para la prevención y sanción de esos delitos²⁹.

²⁶ Véase Olson, «Re-enforcing Enforcement in a Specialized Convention on Crimes Against Humanity: Inter-State Cooperation, Mutual Legal Assistance, and the *Aut Dedere Aut Judicare* Obligation», pág. 323.

²⁷ El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*; Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*.

²⁸ Tales circunstancias se plantearon, por ejemplo, ante el Tribunal Penal Internacional para Rwanda en relación con la causa *Bagaragaza* (Sala de Apelaciones, decisión sobre la regla 11 *bis*, apelación, causa núm. ICTR-05-86-AR11 *bis*, Reports of Orders, Decisions and Judgments, 2006, párr. 4718 («la Sala de Apelaciones no puede aceptar la remisión de una causa a una jurisdicción para su enjuiciamiento cuando la conducta no puede ser tipificada como violación grave del derecho internacional humanitario»)).

²⁹ Véase Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17)*, párr. 74, que declaró que ciertamente, el Estatuto de Roma no podía ser el último paso en el esfuerzo por perseguir tales delitos y luchar contra la impunidad. La Corte solo podía ocuparse de algunos de los principales perpetradores, pero eso no eximía a los Estados de la responsabilidad primordial de enjuiciar los crímenes de lesa humanidad).

25. Por último, y en relación con lo anterior, una convención sobre los crímenes de lesa humanidad requeriría la promulgación de leyes nacionales que tipificaran como delito ese tipo de crímenes, algo que, como se indica en el capítulo II, muchos Estados aún no han hecho, incluidos numerosos Estados partes en el Estatuto de Roma. En particular, una convención podría obligar a los Estados a ejercer su jurisdicción respecto de un delincuente presente en su territorio, incluso aunque este no fuera uno de sus nacionales y hubiera cometido el delito en el extranjero³⁰. Al pasar a ser partes en la convención, los Estados que no tuvieran ese tipo de leyes estarían expresamente

³⁰ Véase Akhavan, «The Universal Repression of Crimes against Humanity before National Jurisdictions: The Need for a Treaty-Based Obligation to Prosecute», pág. 31 (donde se señala que «cualquier deber implícito de enjuiciar que pueda entenderse que existe [en el Estatuto de Roma] no se extiende a la jurisdicción universal» y que, a fecha de 2009, solo 11 Estados de la Unión Europea y ocho Estados de la Unión Africana han promulgado leyes que contemplen esa jurisdicción con respecto a los crímenes de lesa humanidad).

obligados a promulgarlas. Los Estados que sí dispusieran de esas leyes se verían obligados a examinarlas para determinar si abarcan los diversos comportamientos atroces previstos en la convención y contemplan el ejercicio de su jurisdicción sobre los delincuentes.

26. Así pues, más que entrar en conflicto con otros regímenes convencionales, una convención sobre los crímenes de lesa humanidad bien diseñada podría contribuir a colmar una laguna³¹ en los actuales regímenes de tratados, con lo que al mismo tiempo serviría para reforzar esos regímenes.

³¹ Véase, por ejemplo, Eslovenia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/68/SR.21)*, párr. 56 («Esta laguna del derecho internacional ha sido reconocida desde hace algún tiempo y es particularmente evidente en el terreno de la cooperación entre los Estados, incluso en los aspectos de la asistencia jurídica mutua y la extradición. Todos los esfuerzos deberían orientarse a llenar esta laguna»).

CAPÍTULO II

Antecedentes sobre los crímenes de lesa humanidad

A. Concepto de crímenes de lesa humanidad

27. En general, se considera que el concepto de «crímenes de lesa humanidad» tiene dos características principales. En primer lugar, el delito es tan atroz que se percibe como un ataque contra la propia esencia del ser humano³². En segundo término, la atrocidad del delito es tal que supone un ataque no solo contra las víctimas directas, sino también contra toda la humanidad, por lo que la comunidad de seres humanos en su conjunto tiene interés en su sanción. A este respecto, se ha observado:

Si bien las normas que proscriben los crímenes de guerra abordan la conducta delictiva del autor en relación con un bien inmediato protegido, las normas que proscriben los crímenes de lesa humanidad se ocupan de la conducta del autor respecto no solo de la víctima inmediata, sino de toda la humanidad [...] Debido a su magnitud y carácter atroz, constituyen graves ataques a la dignidad humana, a la propia noción de humanidad. Por consiguiente, afectan o deberían afectar a todos y cada uno de los miembros de la humanidad, cualquiera que sea su nacionalidad, grupo étnico o ubicación³³.

28. Como se explica más adelante, el concepto de «crímenes de lesa humanidad» evolucionó a lo largo del pasado siglo, con el punto de inflexión que supusieron el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Estatuto de Núremberg) y el Estatuto del Tribunal

Militar Internacional para el Extremo Oriente (Estatuto de Tokio)³⁴, y fue perfeccionado de modo significativo en los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales contemporáneos, incluida la Corte Penal Internacional³⁵. Aunque la codificación y la aplicación de este tipo delictivo ha dado lugar a algunas divergencias doctrinales, el concepto contiene varios elementos fundamentales que son comunes a todas las formulaciones del delito. El delito es un crimen internacional; no importa si la legislación nacional del territorio en el que se cometió el acto ha tipificado o no la conducta como delito. El delito se dirige contra una población civil, por lo que tiene una cierta escala o carácter sistemático que, en general, se extiende más allá de lo que serían incidentes aislados de violencia o delitos cometidos con fines puramente privados. El delito puede cometerse en el territorio de un solo Estado o atravesar las fronteras. Por último, el delito se refiere a los actos más atroces de violencia y persecución que haya conocido la humanidad. Numerosos estudiosos han analizado estos diversos elementos³⁶.

³⁴ Firmado el 19 de enero de 1946.

³⁵ Véase, en general, Ricci, *Crimes against Humanity: A Historical Perspective*; López Goldaracena, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*; Parenti y otros, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional*; Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*; y Geras, *Crimes against Humanity: Birth of a Concept*.

³⁶ Schwelb, «Crimes against Humanity», pág. 181; Dautricourt, «Crime against Humanity: European Views on its Conception and its Future», pág. 170; Graven, «Les crimes contre l'humanité», pág. 433; Aroñéanu, *Le crime contre l'humanité*; Ramella, *Crímenes contra la humanidad*; Sturma, «Knávrhu kodexu zlocinu proti míru a bezpečnosti lidstva», pág. 879; Richard, *L'histoire inhumaine: Massacres et génocides des origines à nos jours*; Delmas-Marty y otros, «Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain», pág. 477; Becker, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit – Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts*; Dinstein, «Crimes against Humanity», pág. 891; Lippman, «Crimes Against Humanity», pág. 171; Chalandon y Nivelles, *Crimes contre l'humanité: Barbie, Bouvier, Bousquet, Capon*; Van Schaack, «The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence», pág. 787; Bassiouni, *Crimes*

³² Hannah Arendt caracterizó el Holocausto como un «nuevo delito, el crimen de lesa humanidad, en el sentido de un delito “contra la condición humana” o contra de la naturaleza misma de la humanidad» (*Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, pág. 268).

³³ *Prosecutor v. Erdemović*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-96-22-A, Judicial Reports 1997, párr. 21 (7 de octubre de 1997) (opinión separada conjunta de los magistrados McDonald y Vohrah); véase Luban, «A Theory of Crimes against Humanity», pág. 85, párr. 90 («Somos criaturas cuya naturaleza nos obliga a vivir en sociedad, pero no podemos hacerlo sin una organización política artificial que inevitablemente plantea amenazas para nuestro bienestar y, en última instancia, para nuestra propia supervivencia. Los crímenes de lesa humanidad son la peor de esas amenazas; representan el caso límite de la política hecha cáncer»); véase también Vernon, «What is Crime against Humanity?», pág. 231; Macleod, «Towards a Philosophical Account of Crimes against Humanity», pág. 281.

B. Surgimiento histórico de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad

29. Un importante precursor del concepto de «crímenes de lesa humanidad» es la cláusula Martens de las Convenciones relativas a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Convenciones de La Haya de 1899 y 1907), la última de las cuales hacía referencia a las «leyes de la humanidad y las [...] exigencias de las conciencias públicas» al elaborar normas de protección de las personas en tiempo de guerra³⁷. Suele entenderse que esa cláusula indica que, hasta que exista una amplia codificación de las leyes de la guerra, los principios de «humanidad» ofrecen una protección residual³⁸.

30. Las Convenciones de La Haya se referían a la conducta que tenía lugar en los conflictos armados entre Estados, no a la violencia que un gobierno ejercía contra

against Humanity in International Law; Bazelaire y Cretin, *La justice internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye*; Gil Gil, «Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs»; pág. 381; Greppi, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*; Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pág. 85; Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*; Palombino, «The Overlapping between War Crimes and Crimes against Humanity in International Criminal Law», pág. 123; Cassese, «Crimes against Humanity», pág. 375; Lattimer y Sands, *Justice for Crimes against Humanity*; Manske, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*; Romero Mendoza, *Crímenes de lesa humanidad: un enfoque venezolano*; Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des ISiGH*; Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, pág. 303; Shelton, *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*; May, *Crimes against Humanity: A Normative Account*; Capellà i Roig, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*; Moir, «Crimes against Humanity in Historical Perspective», pág. 101; Ambos y Wirth, «El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad», pág. 167; Slye, «Refugee Jurisprudence, Crimes against Humanity, and Customary International Law»; Cassese, *International Criminal Law*, pág. 98; Márquez Carrasco, *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*; Eboe-Osuji, «Crimes against Humanity: Directing Attacks against a Civilian Population», pág. 188; Morlachetti, «Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», pág. 137; Delmas-Marty y otros, *Le crime contre l'humanité*; Doria, «Whether Crimes against Humanity Are Backdoor War Crimes», pág. 645; Kirsch, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit*; Kirsch, «Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity», pág. 525; Kuschnik, *Der Gesamtbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit: Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen*; Garibian, *Le crime contre l'humanité, au regard des principes fondateurs de l'État moderne*; Amati, «I crimini contro l'umanità», pág. 411; van der Wolf, *Crimes Against Humanity and International Law*; van den Herik, «Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity»; DeGuzman, «Crimes against Humanity», pág. 62; Acquaviva y Pocar, «Crimes against Humanity», pág. 855; Dondé Matute, *Tipos penales en el ámbito internacional*, pág. 97; Bettati, «Le crime contre l'humanité», pág. 103; Bosly y Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*; Dhena, *Droit d'ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide*; Focarelli, *Diritto internazionale*; Valencia Villa, «Los crímenes de lesa humanidad: su calificación en América Latina y algunos comentarios en el caso colombiano», pág. 119; Sadat, «Crimes Against Humanity in the Modern Age», pág. 334.

³⁷ Convención de La Haya de 1907, preámbulo. La versión de 1907 de la cláusula Martens dispone lo siguiente:

«Esperando que un Código más completo pueda ser redactado, en lo que concierne a sus leyes, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes queden bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, como resulta de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de las conciencias públicas.»

³⁸ Véase Meron, «The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience», pág. 78.

su propio pueblo. Tras la Primera Guerra Mundial, se examinó con mayor atención si el derecho internacional regulaba las atrocidades cometidas a nivel nacional por un gobierno. En 1919, una comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la ejecución de las sanciones presentó un informe a la Conferencia de Paz de París posterior a la Primera Guerra Mundial donde, después de hacerse referencia a la cláusula Martens, se determinaban varios delitos que podían dar lugar al enjuiciamiento de sus responsables en relación con conductas realizadas durante la guerra³⁹. La comisión propuso que las atrocidades cometidas por un gobierno contra su propio pueblo quedarán comprendidas en el ámbito de lo que pasaría a ser el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles), a fin de que los enjuiciamientos ante tribunales nacionales e internacionales incluyeran los delitos cometidos en violación tanto de «las leyes y usos establecidos de la guerra» como de «las leyes elementales de la humanidad»⁴⁰. Por consiguiente, la comisión pidió que se estableciera una comisión internacional encargada de enjuiciar a altos dirigentes, cuya ley aplicable serían «los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública»⁴¹.

31. Sin embargo, en última instancia los «crímenes de lesa humanidad» no se incluyeron en los artículos 228 y 229 del Tratado de Versalles; esas disposiciones se refieren únicamente a los crímenes de guerra. Por tanto, no se produjeron juicios por crímenes de lesa humanidad relacionados con la Primera Guerra Mundial⁴², aunque se sembró la semilla para que después de la Segunda Guerra Mundial pudieran realizarse ese tipo de enjuiciamientos⁴³. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, anexo al Acuerdo para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo, en su forma enmendada por el Protocolo de Rectificación de Discrepancias en el Texto del Estatuto (Protocolo de Berlín)⁴⁴, incluía los «crímenes de lesa humanidad» como

³⁹ Informe presentado a la Conferencia Preliminar de Paz por la comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la ejecución de las penas (Dotación Carnegie para la Paz Internacional, folleto núm. 32 de la División de Derecho Internacional, 1919), parcialmente reproducido en AJIL, vol. 14 (1920), pág. 95.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 115.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 122; véase Bassiouni, «World War I: "The War to End All Wars" and the Birth of a Handicapped International Criminal Justice System», pág. 244.

⁴² Los otros varios tratados firmados después de la guerra, como el Tratado de Saint-Germain-en-Laye de 1919, el Tratado de Neuilly-sur-Seine de 1919, el Tratado de Trianón de 1920 y el Tratado de Lausana de 1923, tampoco contienen referencias a los crímenes de lesa humanidad.

⁴³ Véase Clark, «History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity», pág. 8. Sobre el papel de Hersch Lauterpacht en el desarrollo de los crímenes de lesa humanidad como una de las categorías para los enjuiciamientos en Núremberg, véase E. Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, pág. 272 y el comentario de Schwebel en BYBIL, vol. 83 (2013), pág. 143.

⁴⁴ Protocolo de Rectificación de Discrepancias en el Texto del Estatuto, 6 de octubre de 1945, *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. 1 (Núremberg, 1947). El Protocolo de Berlín sustituyó un punto y coma tras las palabras «antes de la guerra o durante la misma» por una coma, a fin de armonizar los textos en francés e inglés con el texto en ruso. Ello tuvo por efecto vincular la primera parte de la disposición con parte final («en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos») y, por lo tanto, con la existencia de un conflicto armado internacional.

uno de los componentes de la jurisdicción del Tribunal. El Estatuto de Núremberg definía esos delitos en el artículo 6, apdo. c, de la siguiente manera:

el asesinato, la exterminación, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.

32. Esta definición de crímenes de lesa humanidad estaba vinculada a la existencia de un conflicto armado internacional; los actos solo constituían delitos en virtud del derecho internacional si se cometían en ejecución de aquellos «crímenes que sean competencia del Tribunal» o en relación con los mismos, es decir los delitos contra la paz o los crímenes de guerra. Por tanto, la justificación para injerirse en cuestiones que tradicionalmente eran de la jurisdicción nacional de un Estado se basaba en la conexión del delito con un conflicto interestatal. Esta conexión, a su vez, sugería la comisión de crímenes atroces en gran escala, tal vez como parte de un patrón de conducta⁴⁵. El Tribunal Militar Internacional, que estaba encargado de juzgar a los altos dirigentes políticos y militares del Tercer Reich, condenó a varios acusados por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la guerra⁴⁶, aunque en algunos casos la relación de esos crímenes con otros delitos que correspondía enjuiciar al Tribunal era tenue⁴⁷.

33. Después del primer juicio de altos dirigentes alemanes⁴⁸, otras personas fueron declaradas culpables de crímenes de lesa humanidad durante los juicios llevados a cabo por las autoridades de ocupación en virtud de la Ley núm. 10 del Consejo de Control⁴⁹. Por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad desempeñaron un papel

⁴⁵ Véase Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, pág. 179 («Solo los delitos que por su magnitud y crueldad o por sus grandes proporciones o por seguir un mismo patrón aplicado en diferentes momentos y lugares hubieran puesto en peligro a la comunidad internacional o sacudido la conciencia de la humanidad, justificaban la intervención de Estados distintos de aquel en cuyo territorio se hubieran realizado los actos, o cuyos súbditos fueran las víctimas»).

⁴⁶ Véase Clark, «Crimes against Humanity at Nuremberg», pág. 177; Mansfield, «Crimes against Humanity: Reflections on the Fiftieth Anniversary of Nuremberg and a Forgotten Legacy», pág. 293.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-95-16-T, Judicial Reports 2000, párr. 576 (14 de enero de 2000) (donde se observa el frágil vínculo que existía entre los crímenes de lesa humanidad cometidos por Baldur von Schirach y los demás delitos que eran competencia del Tribunal Militar Internacional).

⁴⁸ Los crímenes de lesa humanidad también estaban dentro de la competencia del Tribunal de Tokio. Véase el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, art. 5, apdo. c. Sin embargo, nadie fue declarado culpable de este crimen por dicho Tribunal; más bien, las condenas se refirieron a crímenes de guerra contra personas que no eran ciudadanos japoneses y que ocurrieron fuera del Japón. Véase Boister y Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, págs. 194 y 328 a 330.

⁴⁹ Ley núm. 10 del Consejo de Control, sobre el castigo de los culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad, de 20 de diciembre de 1945, en el *Boletín Oficial del Consejo de Control de Alemania*, vol. 3, pág. 50 (1946). Esta Ley definía los crímenes de lesa humanidad como: «atrocidades y delitos como, aunque no exclusivamente, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, contravengan o no las leyes del país donde sean perpetrados» (art. II, párr. 1, apdo. C).

importante en los 12 juicios posteriores celebrados por las autoridades de ocupación de los Estados Unidos de América⁵⁰. La Ley núm. 10 del Consejo de Control establecía expresamente que los crímenes de lesa humanidad tenían que guardar relación con un crimen contra la paz o un crimen de guerra; en algunos de los juicios se mantuvo esa conexión, mientras que en otros no⁵¹. En el *Justice Case* no se mantuvo la conexión, pero se determinó que los crímenes de lesa humanidad eran algo más que casos aislados de atrocidades o persecución, y exigían que se «demostrara la participación consciente en procedimientos sistemáticos organizados o aprobados por el gobierno»⁵². Los tribunales nacionales de Alemania también aplicaron la Ley núm. 10 del Consejo de Control en centenares de casos, sin exigir de ese modo que existiera ninguna relación con crímenes de guerra o crímenes contra la paz⁵³.

34. Los principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Núremberg fueron señalados y reafirmados en 1945 y 1946 por la Asamblea General⁵⁴, que también encargó a la Comisión que «formulara» esos principios y preparara un proyecto de código de crímenes⁵⁵. A continuación, la Comisión estudió y aquilató estos principios en 1950 como los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, en cuyo principio VI, c, definió los crímenes de lesa humanidad como:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él⁵⁶.

En su comentario a este principio, la Comisión puso de relieve que no era necesario que el delito se cometiera durante una guerra, pero insistió en que, no obstante, los delitos cometidos antes de la guerra debían guardar relación con un delito contra la paz⁵⁷. Al mismo tiempo, la Comisión sostuvo que «ciertos actos podían ser crímenes de lesa humanidad aunque su autor los cometiera contra su propia población»⁵⁸.

⁵⁰ Taylor, *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10*, págs. 69, 92, 118 y 119; véase Brand, «Crimes against Humanity and the Nuremberg Trials», pág. 93; Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, pág. 85.

⁵¹ Véase, por ejemplo, *United States of America v. Flick et al.*, Law Reports of Trials of War Criminals (Londres, HM Stationery Office, 1947), vol. III, págs. 1212 a 1214.

⁵² Véase, por ejemplo, *United States of America v. Altstoetter et al.* («Justice Case»), *ibíd.*, págs. 974 y 982.

⁵³ Véase Vultejus, «Verbrechen gegen die Menschlichkeit», pág. 602.

⁵⁴ Véase las resoluciones 3 (I) de la Asamblea General, de 13 de febrero de 1946, sobre extradición y castigo de criminales de guerra, y 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, sobre confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg.

⁵⁵ Resolución de la Asamblea General 177 (II), de 21 de noviembre de 1947.

⁵⁶ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316, párrs. 95 a 127. Texto en español reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 45, nota 39.

⁵⁷ *Yearbook... 1950*, vol. II, párr. 123.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 124.

35. Si bien los Principios de Núremberg de la Comisión, de 1950, seguían exigiendo una conexión entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra o crímenes contra la paz, ese vínculo se omitió en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1954. El proyecto de código identificaba como uno de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad:

Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia⁵⁹.

Al explicar la cláusula final de dicho delito, la Comisión señaló que:

A fin de no caracterizar cualquier acto inhumano cometido por un particular como un delito internacional, se consideró necesario disponer que ese acto solo constituye un delito internacional si es cometido por el particular por instigación o con la tolerancia de las autoridades de un Estado⁶⁰.

36. Se abrigaba la esperanza de que en la década de 1950 pudiera establecerse una corte penal internacional permanente, pero la Asamblea General aplazó la adopción de medidas sobre el proyecto de código de delitos de la Comisión, de 1954, indicando que antes debía definirse el crimen de agresión⁶¹. Entonces, la atención se dirigió en cierto modo a la elaboración de leyes nacionales sobre este crimen. A este respecto, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968, instaba a los Estados a tipificar en su ordenamiento jurídico interno los «crímenes de lesa humanidad» y a excluir la prescripción de estos crímenes a efectos de su enjuiciamiento⁶². En tanto que primera definición de los crímenes de lesa humanidad en una convención multilateral elaborada y aceptada por varios Estados, hay que señalar que el artículo I, apdo. b, hacía referencia a

[l]os crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I), de 11 de diciembre de 1946.

37. Con solo cuatro artículos sustantivos, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se centra únicamente en la cuestión de la prescripción; aunque insta a los Estados partes a adoptar medidas «con el fin de hacer posible» (art. III) la extradición de los autores de esos crímenes, la Convención no obliga explícitamente a las partes a ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad. A enero de 2015, se habían adherido a la Convención 55 Estados.

⁵⁹ *Yearbook... 1954*, art. 2, párr. 11; véase Johnson, «The Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind», pág. 445.

⁶⁰ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150, párr. 11 del comentario al artículo 2.

⁶¹ Resoluciones 898 (IX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1954, y 1187 (XII), de 11 de diciembre de 1957.

⁶² Véase Miller, «The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity», pág. 476. Para un instrumento regional de carácter similar, véase el Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, A enero de 2015, había siete Estados partes en este Convenio.

38. En 1981, la Asamblea General invitó a la Comisión a que reanudara su labor sobre el proyecto de código de delitos⁶³. En 1991, la Comisión concluyó en primera lectura un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad⁶⁴. A continuación, la Asamblea invitó a la Comisión a que, en el marco del proyecto de código, siguiera examinando la cuestión de crear una jurisdicción penal internacional para hacer frente a esos delitos, incluida la formulación de propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional permanente⁶⁵. La finalización del proyecto pasó a ser especialmente pertinente tras la creación de los tribunales penales internacionales especiales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda (que se examinan más adelante) y a medida que la idea de un tribunal penal internacional permanente ganaba más apoyo. En 1996, la Comisión concluyó una segunda lectura del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad⁶⁶. El proyecto de código de 1996 enumeraba en el artículo 18 una serie de actos que constituían crímenes de lesa humanidad cuando su comisión era «sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización o grupo»⁶⁷. Al explicar la cláusula inicial de la definición, la Comisión comentó lo siguiente:

3) La cláusula inicial de la definición establece las dos condiciones generales que deben darse para que alguno de los actos prohibidos constituya un crimen contra la humanidad comprendido en el presente Código. La primera es la «comisión sistemática o en gran escala». Esa primera condición se compone de dos requisitos alternativos. El primero exige que los actos inhumanos se cometan «de forma sistemática», es decir, con arreglo a un plan o política preconcebidos. La ejecución de ese plan o política podría llevar a la comisión repetida o continua de actos inhumanos. La importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios. El Estatuto de Núremberg no incluía ese requisito. No obstante, el Tribunal, al examinar si esos actos constituían crímenes de lesa humanidad, subrayó que los actos inhumanos se cometieron como parte de una política de terror y fueron en muchos casos organizados y sistemáticos.

4) El segundo requisito alternativo exige la comisión «en gran escala» lo que quiere decir que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. Este requisito excluye el acto inhumano aislado cometido por un autor por su propia iniciativa y dirigido contra una sola víctima. El Estatuto de Núremberg tampoco incluía este requisito. No obstante, el Tribunal, al examinar los actos inhumanos como posibles crímenes de lesa humanidad subrayó también que la política de terror «se realizó sin duda a enorme escala». En el texto aprobado en primera lectura se utilizó la expresión «de manera [...] masiva» para indicar el requisito de una multiplicidad de víctimas. Esta expresión se sustituyó por la de «en gran escala» en el texto actual, que es suficientemente amplia para comprender distintas situaciones que supongan una multiplicidad de víctimas, por ejemplo como consecuencia del efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o del efecto aislado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud. La primera condición se formula mediante dos requisitos alternativos. En consecuencia, un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos.

⁶³ Resolución 36/106 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1981.

⁶⁴ *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap IV, secc. D. El proyecto de código de 1991 contenía 26 categorías de delitos.

⁶⁵ Resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991.

⁶⁶ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50. El proyecto de código de 1996 contenía cinco categorías de delitos. Véase Vargas Carreño, «El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional», pág. 1523.

⁶⁷ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 51 y 52, párrs. 3 a 6 del comentario al artículo 18.

5) La segunda condición exige una actuación «instigada o dirigida por un gobierno o por una organización [...] o grupo». Esta instigación o dirección necesaria puede provenir de un gobierno o de una organización o grupo. La alternativa tiene por objeto excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno, o de un grupo u organización. Este tipo de conducta criminal aislada de una sola persona no constituiría un crimen contra la humanidad. Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18. La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado.

6) La definición de crímenes contra la humanidad contenida en el presente artículo no incluye el requisito de que el acto se cometa en tiempo de guerra o en relación con crímenes contra la paz o con crímenes de guerra que exigía el Estatuto de Núremberg. La autonomía de los crímenes contra la humanidad se reconoció en instrumentos jurídicos posteriores, que no incluyeron ese requisito. [...] La inexistencia del requisito de un conflicto armado internacional como condición previa de los crímenes contra la humanidad fue confirmada también por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia: «Es ya una norma establecida de derecho internacional consuetudinario el que los crímenes contra la humanidad no exigen la conexión con un conflicto armado internacional»⁶⁸.

39. Desde 1996, la Comisión se ha ocupado en ocasiones de los crímenes de lesa humanidad. En 2001, la Comisión indicó que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad formaba parte de las normas imperativas de derecho internacional «claramente aceptadas y reconocidas»⁶⁹. La Corte Internacional de Justicia también ha señalado que la prohibición de ciertos actos, tales como la tortura patrocinada por el Estado, tiene carácter de *ius cogens*⁷⁰, lo que *a fortiori* sugiere que la prohibición de cometer ese acto de forma generalizada o sistemática también tendría carácter de *ius cogens*.

C. Los crímenes de lesa humanidad ante las cortes y los tribunales internacionales y especiales contemporáneos

40. Mediante su resolución 827 (1993), el Consejo de Seguridad estableció el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y aprobó el Estatuto del Tribunal. El

⁶⁸ *Ibid.*, págs. 51 y 52, párrs. 3 a 6 del comentario al artículo 18.

⁶⁹ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 91, párr. 5 del comentario al artículo 26 (donde también se observa que «[e]sas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de [...] delitos contra la humanidad»). Véase también el informe del Grupo de Estudio, Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, documento *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párr. 374 (elaborado por Martti Koskeniemi) (donde se señala que los crímenes de lesa humanidad figuran entre las «reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*»); véase también *Jurisdictional Immunities of the State* (Alemania v. Italia: Grecia interviniente), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99, párr. 95 (donde se indica que los crímenes de lesa humanidad controvertidos en el caso *Mandat d'arrêt* «no cabe duda de que tienen carácter de *ius cogens*»); *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C núm. 154, párr. 96 (26 de septiembre de 2006) (donde se reconoce el carácter de *ius cogens* de los crímenes de lesa humanidad).

⁷⁰ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Bélgica v. Senegal), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 422, párr. 99; véase también *Prosecutor v. Furundžija*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-95-17/1, *Judicial Reports 1998*, párr. 153; *Al-Adsani v. United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia, demanda núm. 35763/97, ECHR 2001-XI, párr. 61 (2001).

artículo 5 del Estatuto incluye los «crímenes de lesa humanidad» entre los delitos que son competencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia⁷¹. Dicho artículo dispone:

Artículo 5. Crímenes de lesa humanidad

El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

Aunque en el informe del Secretario General donde se proponía este artículo se indicaba que «[l]os crímenes de lesa humanidad son actos inhumanos de carácter gravísimo [...] cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas»⁷², esa redacción concreta no se incluyó en el texto del artículo 5. En la formulación utilizada en el artículo 5 se mantuvo una conexión con los conflictos armados, tipificando como delito determinados actos «cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional». Dicha formulación se entiende mejor teniendo presente su contexto, ya que se elaboró en 1993 en el entendimiento de que en la ex-Yugoslavia existía de hecho un conflicto armado (que había dado lugar a que el Consejo ejerciera las facultades de ejecución previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) y se diseñó principalmente para desmentir la noción de que los crímenes de lesa humanidad tenían que estar vinculados a un conflicto armado internacional. En la medida en que esta formulación pudiera dar a entender que el derecho internacional consuetudinario exige un nexo con los conflictos armados, la Sala de Apelaciones del Tribunal aclaró posteriormente que «no había base lógica o jurídica» para mantener la necesidad de una relación con los conflictos armados, ya que «se ha abandonado» en la práctica de los Estados desde Núremberg. La Sala de Apelaciones también observó que la «obsolescencia del requisito del vínculo se pone de manifiesto en las convenciones internacionales sobre el genocidio y el *apartheid*, que prohíben determinados tipos de crímenes de lesa humanidad, con independencia de cualquier relación con los conflictos armados»⁷³. De hecho, la Sala de Apelaciones mantuvo posteriormente que esa conexión en el Estatuto del Tribunal se limitaba simplemente a circunscribir la competencia *ratione materiae* del Tribunal,

⁷¹ S/25704, anexo.

⁷² *Ibid.*, párr. 48.

⁷³ *Duško Tadić a/k/a «DULE»*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia, causa núm. IT-94-1-AR72, párr. 140 (2 de octubre de 1995).

y no suponía una codificación del derecho internacional consuetudinario⁷⁴. En su jurisprudencia, el Tribunal también desarrolló directrices importantes en cuanto a los elementos que deben demostrarse al juzgar a una persona por crímenes de lesa humanidad⁷⁵. A partir de entonces, un gran número de acusados ante el Tribunal fueron declarados culpables de crímenes de lesa humanidad⁷⁶.

41. En su resolución 955 (1994), el Consejo de Seguridad estableció el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y aprobó el Estatuto del Tribunal. El artículo 3 del Estatuto incluye los «crímenes de lesa humanidad» entre los delitos sobre los que es competente el Tribunal Penal Internacional para Rwanda⁷⁷. Aunque el artículo 3 reprodujo la misma lista de conductas (asesinato, exterminio, etc.), en el encabezamiento del texto no se mantuvo la referencia a los conflictos armados y, en cambio, se incorporó la formulación del informe del Secretario General de 1993⁷⁸, donde se hablaba de delitos «cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas». Por tanto, el Estatuto dispuso expresamente que era necesario un motivo discriminatorio para establecer el delito. Al igual que el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda siguió desarrollando en su jurisprudencia los elementos clave que deben acreditarse al enjuiciar a una persona por crímenes de lesa humanidad⁷⁹. También en este caso, hubo condenas habituales de acusados ante el Tribunal por crímenes de lesa humanidad⁸⁰.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, *ibíd.*, fallo, causa núm. IT-94-1-A, párrs. 249 a 251 (15 de julio de 1999) («el requisito del conflicto armado se cumple demostrando la existencia de un conflicto armado; eso es todo lo que el Estatuto requiere, con lo que demanda más de lo que exige el derecho internacional consuetudinario»); véase también *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, *ibíd.*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-95-14/2-T, párr. 33 (26 de febrero de 2001).

⁷⁵ Véase, por ejemplo, *Tadić* (nota 73 *supra*), párrs. 227 a 229.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Roberge, «Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex-Yugoslavia y Rwanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio»; Mettraux, «Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda», pág. 237; Meseke, «La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité», pág. 173; Sadat, «Crimes Against Humanity in the Modern Age», págs. 342 a 346.

⁷⁷ S/RES/955 (1994), anexo; véase, en general, van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*.

⁷⁸ S/25704, párr. 48.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Akayesu*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, Reports of Orders, Decisions and Judgements 1998, párrs. 578 a 598 (2 de septiembre de 1998); véase también van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, págs. 160 a 196; y Kolb, «The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes», págs. 259 y 291 a 300; «The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004)», págs. 269 y 310 a 326; y «The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes (2004-2013)», págs. 163 a 172.

⁸⁰ Véase, por ejemplo, *Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 23; véase también van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, págs. 151 a 198 y 270 a 273; Cerone, «The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity – The Evolution of the Nexus Requirement», pág. 191; Sadat, «Crimes Against Humanity in the Modern Age», págs. 346 a 349.

42. También en 1994, la Comisión concluyó un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional permanente, que incluía en el artículo 20, apdo. *d*, los crímenes de lesa humanidad como parte de la competencia de la corte propuesta. En su comentario sobre esa disposición, la Comisión observó:

La Comisión entiende que la definición de crímenes de lesa humanidad abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas cuyo objetivo sea la población civil en su totalidad o en parte. La característica de esos crímenes reside en que son sistemáticos y en gran escala. Las formas particulares de acto ilícito (asesinato, esclavitud, deportación, tortura, violación, encarcelamiento, etc.) son menos decisivas para la definición que los factores de escala y política deliberada, así como el estar dirigidos contra la población civil en su totalidad o en parte. Se pretende que esta idea se vea reflejada en la frase «cometidos contra la población civil» en el párrafo 1 del artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional, pero se expone de manera más explícita en el artículo [18]⁸¹ del proyecto de código. La expresión «cometidos contra la población civil» debe entenderse referida a actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos. Los actos particulares a que se hace referencia en la definición son actos deliberadamente cometidos como parte de ese ataque⁸².

43. A partir de entonces, la Asamblea General decidió establecer un comité especial para examinar las principales cuestiones sustantivas y administrativas derivadas del proyecto de estatuto preparado por la Comisión y considerar los arreglos necesarios para convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios⁸³. Esto, a su vez, dio lugar a la creación de un comité preparatorio para seguir deliberando sobre las principales cuestiones derivadas del proyecto de estatuto preparado por la Comisión, con miras a preparar un texto unificado que gozara de aceptación general⁸⁴, texto que posteriormente se volvió a examinar y revisar en una conferencia diplomática⁸⁵. Esa conferencia culminó en la adopción en Roma, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A enero de 2015, 122 Estados son partes en el Estatuto de Roma.

44. El artículo 5, párr. 1, apdo. *b*, del Estatuto de Roma incluye los crímenes de lesa humanidad en la competencia de la Corte Penal Internacional. El artículo 7, párr. 1, define el crimen como una serie de actos «cuando se cometa[n] como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»⁸⁶. El artículo 7, párr. 2, apdo. *a*, aclara que por tal ataque

⁸¹ En el momento de redactarse el comentario, el artículo pertinente del proyecto de código era el 21 en la versión aprobada en primera lectura, que posteriormente pasó a ser el artículo 18 en la segunda lectura.

⁸² *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 42 y 43, párr. 14 del comentario al artículo 20.

⁸³ Resolución 49/53 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, párr. 2.

⁸⁴ Resolución 50/46 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1995, párr. 2.

⁸⁵ Resolución 51/207 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996, párr. 5.

⁸⁶ Para el examen de la nueva frase «con conocimiento de dicho ataque», véase el capítulo V, secc. D *infra*. Para un análisis general sobre la aprobación del artículo 7, véase Hwang, «Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court», págs. 497 a 501; Robinson, «Defining “Crimes against Humanity” at the Rome Conference», pág. 43; von Hebel, «Crimes Against Humanity under the Rome Statute», pág. 105; Cattin, «A General Definition of

se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

El artículo 7, que se aborda con más detalle en el capítulo V *infra*, no mantiene la vinculación con un conflicto armado que había caracterizado al Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, ni el requisito de los motivos discriminatorios previsto en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (salvo en el caso de los actos de persecución).

45. Como preparación para la entrada en vigor del Estatuto de Roma, los Estados elaboraron el documento Elementos de los Crímenes, que establece orientaciones importantes sobre lo que debe demostrarse para enjuiciar a una persona por crímenes de lesa humanidad⁸⁷. Desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma en julio de 2002, varios presuntos responsables han sido acusados, y algunos de ellos condenados, por la Corte Penal Internacional como autores de crímenes de lesa humanidad⁸⁸. Por ejemplo, en marzo de 2014, la Sala de Primera Instancia II de la Corte falló que Germain Katanga había cometido, por medio de terceros, el delito de asesinato como crimen de lesa humanidad durante un ataque perpetrado en febrero de 2003 contra la aldea de Bogoro en la República Democrática del Congo. Además, la Sala de Primera Instancia declaró al acusado responsable de actos de esclavitud

(Continuación de la nota 86.)

Crimes against Humanity under International Law», pág. 83; von Hebel y Robinson, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», pág. 79; Clark, «Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court», pág. 139; Robinson, «The Elements of Crimes against Humanity», pág. 57; Gil Gil, «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “los elementos de los crímenes”», págs. 68 a 94 y 104; McCormack, «Crimes Against Humanity», pág. 179; Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*; Hall y otros, «Article 7, Crimes against Humanity», pág. 159; Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, págs. 137 a 187; Sadat, «Crimes Against Humanity in the Modern Age», págs. 350 a 355.

⁸⁷ Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.03.V.2), pág. 12 segunda parte, sección B y 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 (RC/9/11), resolución RC/Res.5. El artículo 9, párr. 1, del Estatuto de Roma dispone que «[l]os elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar [el artículo 7]». Véase, en general, Chesterman, «An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity», pág. 307; Lee y otros, *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*; Badar, «From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity», pág. 73. De conformidad con el artículo 7, los dos elementos que deben concurrir para determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad, junto con los diversos actos prohibidos, son: 1) que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y 2) que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo. Los elementos de los crímenes se modificaron para tener en cuenta los nuevos elementos aprobados en la Conferencia de Revisión de la Corte Penal Internacional de 2010.

⁸⁸ *Prosecutor v. Dyilo*, Sala de Primera Instancia I, fallo, causa núm. ICC-01/04-01/06-2842 (14 de marzo de 2012); *Prosecutor v. Katanga*, Sala de Primera Instancia II, fallo, ICC-01/04-01/07 (7 de marzo de 2014); Sadat, «Crimes Against Humanity in the Modern Age», págs. 355 a 368.

sexual y violación cometidos, a través de otras personas, como crímenes de lesa humanidad⁸⁹.

46. Los crímenes de lesa humanidad también han ocupado un lugar destacado en la jurisdicción de los tribunales «híbridos» que contienen una mezcla de elementos de derecho internacional y derecho nacional. El acuerdo entre Sierra Leona y las Naciones Unidas por el que se estableció el Tribunal Especial para Sierra Leona en 2002 incluye los crímenes de lesa humanidad como parte de la competencia del Tribunal Especial⁹⁰. El artículo 2 de su Estatuto dispone que «el Tribunal Especial estará facultado para someter a juicio a quienes hayan cometido los crímenes que se enumeran a continuación como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil» y luego menciona nueve categorías de actos. Varios acusados han sido procesados, y algunos condenados, por el Tribunal Especial por crímenes de lesa humanidad, incluido el expresidente de Liberia, Charles Taylor⁹¹.

47. Por el contrario, el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano no incluye los crímenes de lesa humanidad en el ámbito de la competencia del Tribunal, que fue establecido en 2007 por el Consejo de Seguridad y que tiene encomendada la aplicación de la legislación libanesa en vez del derecho internacional⁹². El Secretario General consideró que los atentados terroristas que eran competencia del Tribunal «podrían reunir *prima facie* los requisitos de la definición de crimen de lesa humanidad elaborada por la jurisprudencia penal internacional»⁹³. Sin embargo, no hubo apoyo suficiente en el seno del Consejo de Seguridad para incluir ese tipo de crímenes en la competencia del Tribunal⁹⁴.

48. Se han establecido tribunales especiales en varios ordenamientos jurídicos nacionales (a veces con la participación de magistrados internacionales) y algunos de estos tribunales han ejercido su competencia en relación

⁸⁹ *Katanga* (nota 88 *supra*), párr. 1691. Todas las apelaciones se han suspendido, por lo que este fallo es definitivo.

⁹⁰ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (Freetown, 16 de enero de 2002), *Treaty Series*, vol. 2178, núm. 38342, pág. 137.

⁹¹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Taylor*, Sala de Primera Instancia II, sentencia, SCSL-03-01-T (18 de mayo de 2012); *Prosecutor v. Taylor*, Sala de Apelaciones, sentencia, SCSL-03-01-PT (26 de septiembre de 2013); véase también *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Sala de Apelaciones, sentencia, SCSL-04-14-A (28 de mayo de 2008); *Prosecutor v. Brima et al.*, Sala de Apelaciones, sentencia, SCSL-04-16-A (22 de febrero de 2008); véase, en general, Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*, pág. 40; Jalloh y Meisenberg, *The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone*; van der Wolf, *The Case Against Charles Taylor*; Sadat, «Crimes Against Humanity in the Modern Age», págs. 349 y 350.

⁹² Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno del Líbano sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano (Beirut, 22 de enero de 2007, y Nueva York, 6 de febrero de 2007), *Treaty Series*, vol. 2461, núm. 44232, pág. 257, anexo a la resolución 1757 del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007.

⁹³ Informe del Secretario General para el establecimiento de un tribunal especial para el Líbano, S/2006/893, párr. 24.

⁹⁴ Véase *ibíd.*, párr. 25; declaración del Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, S/2006/893/Add.1, 21 de noviembre de 2006 («El texto del estatuto, la redacción del informe, los trabajos preparatorios y el historial de las negociaciones demuestran claramente que el Tribunal no tendrá competencia para calificar los atentados de crímenes de lesa humanidad»).

con crímenes de lesa humanidad. Las Salas Especiales sobre Delitos Graves de Timor Oriental, creadas en 2000, eran competentes para conocer de los crímenes de lesa humanidad cometidos entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999 en Timor Oriental. Las disposiciones pertinentes eran una repetición casi literal del artículo 7 del Estatuto de Roma⁹⁵, y las Salas Especiales declararon culpables a varios acusados⁹⁶. Del mismo modo, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, establecidas por Camboya en 2001⁹⁷ y que fueron objeto de un acuerdo entre Camboya y las Naciones Unidas en 2003⁹⁸, incluían en el artículo 5 de su Estatuto «la facultad de enjuiciar a todos los sospechosos de haber cometido crímenes de lesa

⁹⁵ Véase Reglamento núm. 2000/15 de la Administración de Transición para Timor Oriental, sobre el establecimiento de salas con competencia exclusiva sobre delitos graves, párr. 5, UNTAET/REG/2000/15 (2000); véase también Ambos y Wirth, «The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000», pág. 2.

⁹⁶ *Prosecutor v. Marques et al.*, Sala Especial de Timor Oriental para el Enjuiciamiento de Delitos Graves, sentencia, causa núm. 9/2000 (11 de diciembre de 2001); *Deputy Prosecutor General v. Pedro*, ibíd., sentencia, causa núm. 1/2001 (14 de abril de 2005); *Prosecutor v. Leite*, ibíd., sentencia, causa núm. 04b/2001 (7 de diciembre de 2002); *Prosecutor v. Cardoso*, ibíd., sentencia, causa núm. 04c/2001 (5 de abril de 2003); *Prosecutor v. Carvalho*, ibíd., sentencia, causa núm. 10/2001 (18 de marzo de 2004); *Prosecutor v. Martins et al.*, ibíd., sentencia, causa núm. 11/2001 (13 de noviembre de 2003); *Prosecutor v. Santos*, ibíd., sentencia, causa núm. 16/2001 (9 de septiembre de 2002); *Prosecutor v. Sarmiento et al.*, ibíd., sentencia, causa núm. 18/2001 (19 de julio de 2003); *Prosecutor v. Sarmiento*, ibíd., sentencia, causa núm. 18a/2001 (12 de agosto de 2003); *Prosecutor v. Mendonça*, ibíd., sentencia, causa núm. 18b/2001 (13 de octubre de 2003); *Prosecutor v. Correia*, ibíd., sentencia, causa núm. 19/2001 (29 de marzo de 2004); *Prosecutor v. Tacaqui*, ibíd., sentencia, causa núm. 20/2001 (9 de diciembre de 2004); *Prosecutor v. Soares*, ibíd., sentencia, causa núm. 2b/2002 (1 de diciembre de 2004); *Prosecutor v. Ena et al.*, ibíd., sentencia, causa núm. 5/2002 (23 de marzo de 2004); *Prosecutor v. Soares*, ibíd., sentencia, causa núm. 7a/2002 (9 de diciembre de 2003); *Prosecutor v. Olivera et al.*, ibíd., sentencia, causa núm. 12/2002 (23 de febrero de 2004); *Prosecutor v. Da Costa Nunes*, ibíd., sentencia, causa núm. 1/2003 (10 de diciembre de 2003); *Prosecutor v. Atolan*, ibíd., sentencia, causa núm. 3/2003 (9 de junio de 2003); *Prosecutor v. Cloe et al.*, ibíd., sentencia, causa núm. 4/2003 (16 de noviembre de 2004); *Prosecutor v. Sufa*, ibíd., sentencia, causa núm. 4a/2003 (25 de noviembre de 2004); *Prosecutor v. Beno*, ibíd., sentencia, causa núm. 4b/2003 (16 de noviembre de 2004); *Prosecutor v. Metan*, ibíd., sentencia, causa núm. 4c/2003 (16 de noviembre de 2004); *Prosecutor v. Gusmão*, ibíd., sentencia, causa núm. 7/2003 (28 de febrero de 2003); *Prosecutor v. Mau*, ibíd., sentencia, causa núm. 8/2003 (23 de febrero de 2004); *Prosecutor v. Lao*, ibíd., sentencia, causa núm. 10/2003 (3 de diciembre de 2004); *Prosecutor v. Soares*, ibíd., sentencia, causa núm. 11/2003 (11 de diciembre de 2003); *Prosecutor v. Ludji et al.*, ibíd., sentencia, causa núm. 16/2003 (19 de mayo de 2004); *Prosecutor v. Guterres*, ibíd., sentencia, causa núm. 18a/2003 (28 de febrero de 2005); *Prosecutor v. Da Costa et al.*, ibíd., sentencia, causa núm. 22/2003 (25 de abril de 2005); *Prosecutor v. Maubere*, ibíd., sentencia, causa núm. 23/2003 (5 de julio de 2004); *Prosecutor v. Fernandes*, ibíd., sentencia, causa núm. 25/2003 (19 de abril de 2005); *Prosecutor v. Correia*, ibíd., sentencia, causa núm. 27/2003 (25 de abril de 2005); *Prosecutor v. Mesquita et al.*, ibíd., sentencia, causa núm. 28/2003 (6 de diciembre de 2004); *Prosecutor v. Pereira*, ibíd., sentencia, causa núm. 34/2003 (27 de abril de 2005); *Prosecutor v. De Deus*, ibíd., sentencia, causa núm. 2a/2004 (12 de abril de 2005); véase también el resumen del informe para el Secretario General preparado por la Comisión de Expertos encargada de examinar el encausamiento de las infracciones graves de los derechos humanos cometidas en Timor-Leste (entonces, Timor Oriental) en 1999, S/2005/458, 15 de julio de 2005, anexo I; Reiger y Wierda, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*.

⁹⁷ Véase la resolución 57/228 B de la Asamblea General, de 13 de mayo de 2003.

⁹⁸ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática (Phnom Penh, 6 de junio de 2003), *Treaty Series*, vol. 2329, núm. 41723, pág. 117.

humanidad»⁹⁹, facultad que los Tribunales han ejercido¹⁰⁰. En cuanto al Tribunal Penal Supremo del Iraq, creado en 2003 por el Consejo de Gobierno del Iraq, su competencia también se extendía a los crímenes de lesa humanidad¹⁰¹. Una vez más, a diferencia de lo previsto en el Estatuto de Núremberg, la formulación del crimen a efectos de estos tribunales no requiere ningún vínculo con situaciones de conflicto armado¹⁰².

49. Las Salas Extraordinarias Africanas establecidas en el sistema judicial senegalés en 2012-2013, de conformidad con los acuerdos entre el Senegal y la Unión Africana, están facultadas para juzgar a las personas «responsables por los crímenes y graves transgresiones del derecho internacional, el derecho internacional humanitario y las normas consuetudinarias en la materia, y las convenciones internacionales ratificadas por el Chad y el Senegal, cometidos en el Chad entre el 7 de junio de 1982 y el 1 de diciembre de 1990»¹⁰³. El artículo 4, apdo. b, del Estatuto de las Salas dispone que son competentes para conocer de los crímenes de lesa humanidad, que se definen posteriormente en el artículo 6 en términos que se basan, sin repetirlos, en los que figuran en el artículo 7 del Estatuto de Roma¹⁰⁴.

50. Por último, en ocasiones los crímenes de lesa humanidad también han quedado reflejados en la jurisprudencia de las cortes y los tribunales regionales de derechos humanos¹⁰⁵, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁶ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Gran Sala del Tribunal Europeo, por ejemplo, analizó en 2008 el significado de «crímenes de lesa humanidad» como concepto que existía ya en 1956, llegando a la conclusión de que incluso en ese momento el vínculo con

⁹⁹ *Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, 27 de octubre de 2004, con las enmiendas promulgadas el 27 de octubre de 2004 (NS/RKM/1004/006), art. 5, disponible en www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-establishment-extraordinary-chambers-amended.

¹⁰⁰ *Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch*, Sala de Primera Instancia, sentencia núm. 001/18-07-2007/ECCC/TC (26 de julio de 2010); *Prosecutor v. Nuon Chea et al.*, Oficina de los Magistrados Instructores, orden de archivo núm. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ (15 de septiembre de 2010).

¹⁰¹ Estatuto del Tribunal Especial del Iraq, art. 10, apdo. b, 10 de diciembre de 2003, ILM, vol. 43, pág. 231 (2004). El Gobierno Provisional del Iraq promulgó una nueva ley en 2005, tomando como referencia el anterior estatuto, que cambió el nombre del tribunal por el de «Tribunal Penal Supremo del Iraq». Véase la Ley del Tribunal Penal Supremo del Iraq, Ley núm. 10, *Gaceta Oficial de la República del Iraq* (18 de octubre de 2005); véase también Scharf, «The Iraqi High Tribunal: A Viable Experiment in International Justice?», pág. 258; Kuschnik, «The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgments of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC?», pág. 459; van Heugten y van Laar, *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity: The Dujail Case*.

¹⁰² Véase, por ejemplo, la causa *Duch* (nota 100 *supra*), párr. 291 («El concepto de conflicto armado tampoco forma parte de la actual definición consuetudinaria de los crímenes de lesa humanidad»).

¹⁰³ Acuerdo por el que se establecen las Salas Extraordinarias Africanas en el sistema judicial senegalés, Senegal-Unión Africana, 22 de agosto de 2012, ILM, vol. 52 (2013), pág. 1024.

¹⁰⁴ Acuerdo sobre el Estatuto de las Salas, Senegal-Unión Africana, 30 de enero de 2013, ibíd., pág. 1028.

¹⁰⁵ Véase Huneeus, «International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Bodies», pág. 1.

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, Dondé Matute, «Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», pág. 205.

los conflictos armados que en un principio formaba parte de la definición consuetudinaria de tales crímenes podía haber desaparecido¹⁰⁷.

51. Teniendo en cuenta esta evolución, actualmente es un principio arraigado que, con arreglo al derecho internacional, una persona puede incurrir en responsabilidad penal por haber cometido crímenes de lesa humanidad. Como la Sala de Primera Instancia indicó en la causa *Tadić*, «desde el Estatuto de Núremberg, nadie ha cuestionado seriamente el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad y la atribución de responsabilidad penal individual por su comisión»¹⁰⁸.

D. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho nacional

52. En el informe anual de su 66º período de sesiones¹⁰⁹, la Comisión pidió a los Estados que facilitaran información sobre: *a*) si el derecho interno vigente en el Estado tipifica específicamente como delito los «crímenes de lesa humanidad» y, de ser así, *b*) el texto de la legislación penal relevante, *c*) en qué condiciones puede el Estado ejercer su jurisdicción sobre un presunto infractor por la comisión de un crimen de lesa humanidad (por ejemplo, cuando el delito tiene lugar dentro de su territorio o cuando el delito es cometido por un nacional o un residente), y *d*) las resoluciones de los tribunales nacionales del Estado que se hayan pronunciado en casos de crímenes de lesa humanidad. A principios de febrero de 2015, la Comisión había recibido respuestas de cuatro Estados. La información que figuraba en las respuestas se ha incorporado en el presente informe.

53. Las leyes nacionales de varios Estados se ocupan de alguna forma de los crímenes de lesa humanidad, permitiendo así enjuiciamientos a nivel nacional que se producen conforme a lo previsto en esas leyes¹¹⁰. Por ejemplo, en el capítulo 11 del Código Penal de Finlandia se codifican los crímenes de lesa humanidad (así como el genocidio y los

crímenes de guerra)¹¹¹. El artículo 3 de dicho capítulo define el delito, mientras que el artículo 4 indica las circunstancias en que el delito debe considerarse agravado. Por lo general, la legislación penal finlandesa solo se aplica a los delitos cometidos en el territorio de Finlandia; los delitos cometidos en el territorio de otro Estado por un nacional o residente finlandés, o por una persona que sea detenida en Finlandia y sea nacional o residente permanente de Dinamarca, Islandia, Noruega o Suecia; y los delitos cometidos en el territorio de otro Estado que se dirijan contra nacionales finlandeses y estén castigados con más de seis meses de prisión. No obstante, hay excepciones a esta regla general. Así, de conformidad con el capítulo 1, art. 7, párr. 1, del Código Penal «la legislación finlandesa se aplica a los delitos cometidos fuera de Finlandia en que la punibilidad del acto, con independencia del derecho del lugar de comisión, se base en un acuerdo internacional vinculante para Finlandia o en otra ley o reglamento que sea internacionalmente vinculante para Finlandia (*delito internacional*)». Se considera que los crímenes de lesa humanidad forman parte de esos delitos.

54. Del mismo modo, el título 12 *bis* del Código Penal de Suiza¹¹² codifica el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, mientras que el artículo 264 *a* define los crímenes de lesa humanidad. La legislación suiza se extiende a los delitos cometidos en Suiza (art. 3) y a los delitos cometidos fuera de Suiza que se dirijan contra el Estado suizo (art. 4), que se cometan contra menores (art. 5), que Suiza se haya comprometido a enjuiciar en virtud de un acuerdo internacional (art. 6) o que, de cualquier otro modo, supongan un acto punible en el Estado donde se hubieran cometido si el autor se encuentra en Suiza y, en virtud de la legislación suiza, pueden dar lugar a extradición, pero el autor no es extraditado (si el autor no es suizo y el delito no se cometió contra un nacional de ese país, solo procederá el enjuiciamiento si la solicitud de extradición fue rechazada por una razón que no fuera la naturaleza del acto o el autor hubiera cometido un delito especialmente grave prohibido por la comunidad internacional) (art. 7).

55. En cambio, otros Estados no disponen de legislación nacional que tipifique expresamente los «crímenes de lesa humanidad», aunque pueden tener leyes que permitan el enjuiciamiento de conductas que, en algunas circunstancias, son constitutivas de ese tipo de crímenes. Por ejemplo, los Estados Unidos no tienen ninguna ley nacional sobre los crímenes de lesa humanidad como tales. Si bien cuentan con leyes que prohíben penalmente la tortura, los crímenes de guerra y el genocidio¹¹³, esas leyes no tipifican como delito todos los actos que pueden equivaler a crímenes de lesa humanidad, y algunos de los actos constitutivos de esos crímenes tal como se definen en diversos textos internacionales no se regulan en el derecho nacional de los Estados Unidos. Al mismo tiempo, hay otras leyes de aplicación extraterritorial que pueden resultar aplicables según las circunstancias, como

¹⁰⁷ *Korbely v. Hungary*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de la Gran Sala, núm. 9174/02, párr. 82 (19 de septiembre de 2008). La Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos también ha sentado jurisprudencia internacional en la materia. Véase el Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, art. 28 A, en su forma enmendada en la 24ª Reunión en la Cumbre de la Unión Africana en Malabo (junio de 2014) (<https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>) (donde se dispone que la Sección de Derecho Penal Internacional de la Corte estará facultada para enjuiciar a quienes cometan crímenes de lesa humanidad). No obstante, a enero de 2015 este Protocolo y las enmiendas aún no habían entrado en vigor.

¹⁰⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić (Tadić 1997)*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, opinión y fallo, causa núm. IT-94-1-T, Judicial Reports 1997, párr. 623 (7 de mayo de 1997); véase también *Prosecutor v. Sesay, Kallon y Gbao (causa RUF)*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Primera Instancia I, fallo, causa núm. SCSL-04-15-T, párr. 58 (2 de marzo de 2009).

¹⁰⁹ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 34.

¹¹⁰ Véase, en general, Eser y otros, *National Prosecution of International Crimes*; Bergsmo y otros, *Importing Core International Crimes into National Law*; García Falconi, «The Codification of Crimes against Humanity in the Domestic Legislation of Latin American States», pág. 453; van der Wolf, *Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts*. Para estudios de países concretos, véase, por ejemplo, Ferstman, «Domestic Trials for Genocide and Crimes against Humanity: The Example of Rwanda», pág. 857; van den Herik, «The Dutch Engagement with the Project of International Criminal Justice», pág. 303.

¹¹¹ Código Penal de Finlandia, Ley núm. 39/1889 (en su versión enmendada en 2012).

¹¹² Código Penal de Suiza, Ley núm. 311.0 (en su versión enmendada en 2015).

¹¹³ Véase 18 Código de los Estados Unidos (U.S.C.9, art. 2340A (2012) (prohibición de la tortura); 18 U.S.C., art. 2441 (2012) (prohibición de los crímenes de guerra); 18 U.S.C., art. 1091 (2012) (prohibición del genocidio).

las leyes de lucha contra el terrorismo o la delincuencia violenta. Cuba tampoco tipifica como delito los «crímenes contra la humanidad» como tales, pero la ley tiene en cuenta los crímenes de lesa humanidad como base para excluir limitaciones conforme a la legislación nacional que, de otro modo, podrían resultar aplicables¹¹⁴.

56. En las décadas posteriores a Núremberg, tuvieron lugar varios procesos nacionales, como los casos *Eichmann* y *Demjanjuk* en Israel¹¹⁵, el caso *Menten* en los Países Bajos¹¹⁶, los casos *Barbie* y *Touvier* en Francia¹¹⁷ y los casos *Finta*, *Mugesera* y *Munyaneza* en el Canadá¹¹⁸. Estos asuntos pueden plantear cuestiones complejas en relación con las inmunidades, la prescripción y el efecto de las leyes nacionales de amnistía. Por ejemplo, en el caso *Rubens Paiva* que actualmente se sigue en el Brasil, tribunales inferiores han permitido que se produzca el enjuiciamiento de antiguos militares o agentes de policía acusados de haber cometido crímenes de lesa humanidad, a pesar de la ley de amnistía del Brasil de 1979¹¹⁹. En algunas circunstancias, la cuestión de los crímenes de lesa humanidad se ha planteado en el contexto de actuaciones nacionales distintas de los procesamientos, como la extradición¹²⁰ o procedimientos de inmigración¹²¹. Bajo la influencia del Estatuto de Roma¹²², en los últimos años

¹¹⁴ Véase Código Penal de la República de Cuba, Ley núm. 62, art. 5, párr. 3; art. 18, párr. 4.

¹¹⁵ *Attorney General for the Government of Israel v. Eichmann*, ILR, vol. 36, pág. 5 (Distrito de Jerusalén), pág. 277 (Tribunal Supremo de Israel) (1962); *Attorney General for the Government of Israel v. Demjanjuk*, Sala de Primera Instancia (18 de abril de 1988) (Tribunal de Distrito de Israel); *Demjanjuk v. State of Israel*, Isr.S.C. 221 (1993) (Tribunal Supremo de Israel); véase Baade, «The Eichmann Trial: Some Legal Aspects», pág. 400; Fawcett, «The Eichmann Case», pág. 181; Schwarzenberger, «The Eichmann Judgment», pág. 248.

¹¹⁶ Caso *Menten*, ILR, vol. 75 (1981), pág. 331 (Tribunal Supremo de los Países Bajos).

¹¹⁷ Casos *Barbie*, ibíd., vol. 78 (1985), pág. 124; ibíd., vol. 100 (1988), pág. 330 (Tribunal de Casación de Francia); *Touvier*, ibíd., vol. 100 (1992), pág. 337 (Tribunal de Casación de Francia); véase Sadat Wexler, «The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again», pág. 289; Chalandon y Nivellet, *Crimes contre l'humanité – Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*.

¹¹⁸ *Regina v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, [1997] ILR, vol. 104, pág. 284 (Tribunal Supremo del Canadá); *Munyaneza v. R.*, 2014 QCCA 906 (Tribunal de Apelación de Quebec).

¹¹⁹ Para la decisión del Tribunal Federal de Apelaciones que confirma la decisión del Tribunal de Primera Instancia de no aplicar la ley de amnistía, véase Brasil, Tribunal Regional Federal de la 2ª Región, 2ª Sala Especializada, *Habeas Corpus* núm. 0104222-36.2014.4.02.0000, *Rodrigo Henrique Roca Pires y otro c. Tribunal Penal Federal núm. 4*, Sección Judicial de Río de Janeiro, publicado el 26 de agosto de 2014. No obstante, el Tribunal Supremo Federal ha suspendido el procedimiento hasta que se determine la aplicabilidad de la ley de amnistía. Véase Brasil, Tribunal Supremo Federal, Rcl 18686 MC/RJ, Relator: Min Teori Zavascki, decisión de 29 de septiembre de 2014, publicado en formato electrónico en el Dje-191 el 1 de octubre de 2014, disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=263694199&tipoApp=pdf>.

¹²⁰ Véase, por ejemplo, *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F. 2d 571 (6th Cir. 1985), *cert. denied*, 475 U.S. 1016 (1986).

¹²¹ Véase, por ejemplo, *Mugesera v. Canada*, [2005] 2 SCR 100 (Tribunal Supremo del Canadá). Para un análisis del uso por el Canadá del procedimiento de inmigración para hacer frente a los crímenes de lesa humanidad, práctica que se considera un recurso insuficiente, véase Yap, «*Aut Deportare Aut Judicare*: Current Topics in International Humanitarian Law in Canada», pág. 355.

¹²² Para un análisis del modo en que la complementariedad conforme al Estatuto de Roma actúa como incentivo para promulgar legislación

muchos Estados han aprobado o enmendado leyes nacionales que tipifican como delito los crímenes de lesa humanidad, así como otras conductas punibles¹²³.

57. Se han realizado varios estudios para recopilar las leyes nacionales sobre delitos de lesa humanidad en vigor y analizar su alcance en lo que respecta a los delitos de fondo y las circunstancias en que puede ejercerse la jurisdicción sobre esos delitos¹²⁴. Entre los elementos importantes a tener en cuenta al evaluar esas leyes cabe mencionar: *a*) si existe una ley específica sobre «crímenes de lesa humanidad» (por oposición a las leyes penales ordinarias que sancionan los actos de violencia o persecución); *b*) en caso de que exista una ley específica sobre «crímenes de lesa humanidad», si esa ley incluye todos los componentes previstos en la definición contemporánea más relevante de ese delito, es decir, el artículo 7 del Estatuto de Roma; y *c*) si existe una ley específica sobre «crímenes de lesa humanidad», si esa ley se limita solamente a conductas que ocurren en el territorio del Estado, o si también se extiende a conductas realizadas por o contra sus nacionales en el extranjero, o incluso a actos cometidos en el extranjero contra no nacionales por personas que tampoco sean nacionales¹²⁵.

58. Un estudio significativo elaborado en julio de 2013 llegó a varias conclusiones. En primer lugar, observó que, de la interpretación conjunta de estudios realizados con anterioridad, se deducía que, en el mejor de los casos, el 54 % de los Estados Miembros de las Naciones Unidas

nacional, y un examen de los argumentos a favor y en contra de considerar que el Estatuto de Roma impone la obligación de promulgar legislación nacional, véase Kleffner, «The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive Criminal Law», pág. 91 («el Estatuto es ambiguo sobre esta cuestión, y tanto los Estados como la doctrina tienen opiniones divergentes al respecto»).

¹²³ Véase, por ejemplo, Álvarez, «The Implementation of the ICC Statute in Argentina», pág. 480; Ley de Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, S.C. 2000, c. 24 (CAHWCA) (Canadá); Lafontaine, «Parties to Offences under the Canadian Crimes against Humanity and War Crimes Act: an Analysis of Principal Liability and Complicity», pág. 967; Currie y Rikhof, *International and Transnational Criminal Law* (donde se examina el tratamiento de los delitos internacionales en el derecho canadiense); Código de Delitos contra el Derecho Internacional, *Bundesgesetzblatt*, secc. 7, I, pág. 2254 (2002) (Alemania); Werle y Jessberger, «International Criminal Justice Is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law», pág. 191; Roscini, «Great Expectations – The Implementation of the Rome Statute in Italy», pág. 493; Ley núm. 27 de 2002 de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Rep. S. Africa Gov't Gazette*, vol. 445, núm. 23642 (Sudáfrica) (18 de julio de 2002); du Plessis, «South Africa's Implementation of the ICC Statute – An African Example», pág. 460. En relación con la aplicación extraterritorial de la ley de Sudáfrica, véase *Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre* (485/2012) [2013] ZASCA 168 (27 de noviembre de 2013); Fournet, *Genocide and Crimes Against Humanity – Misconceptions and Confusion in French Law and Practice*; Capus, «Die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit nach schweizerischem und nach internationalem Recht», pág. 247.

¹²⁴ Véase Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World*; Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law* (esp. cap. 9); CICR, Base de datos del CICR sobre implementación del derecho internacional humanitario (actualizada periódicamente), disponible en www.icrc.org/ihl-nat.nsf; International Human Rights Law Clinic, *Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction*, pág. 481.

¹²⁵ Para un examen amplio de la jurisdicción nacional en el contexto de los delitos internacionales, véase, en general, Cassese y Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*.

(104 de 193) tienen algún tipo de legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad¹²⁶. Los restantes Estados Miembros (89 de 193) parecen carecer de leyes nacionales sobre ese tipo de crímenes. Además, el estudio de 2013 observó que los estudios realizados previamente, un vez más interpretados en su conjunto, indican que, en el mejor de los casos, el 66 % de las partes en el Estatuto de Roma (80 de 121) tiene algún tipo de legislación nacional sobre crímenes de lesa humanidad, mientras el que 34 % de las partes en dicho Estatuto (41 de 121) carece de ese tipo de leyes¹²⁷.

59. En segundo lugar, el estudio de 2013 realizó un examen cualitativo y exhaustivo de la legislación nacional de una muestra de 83 Estados (Estados Miembros de las Naciones Unidas cuyo nombre comienza por las letras A a I). Puesto que en anteriores estudios se estimó que 12 de esos Estados no tenían leyes sobre crímenes de lesa humanidad, el examen cualitativo se centró en la evaluación de las leyes de los 71 Estados restantes. La conclusión del examen fue que, en realidad, solo el 41 % de los Estados de la muestra poseía efectivamente legislación nacional específica sobre los «crímenes de lesa humanidad» (34 de 83)¹²⁸. De los 58 Estados de la muestra de 83 que eran partes en el Estatuto de Roma, el examen indicó que el 48 % de ellos contaban con legislación específica sobre los «crímenes de lesa humanidad» (28 de 58)¹²⁹.

60. En tercer lugar, en lo que respecta a los 34 Estados que poseían leyes nacionales específicas sobre «crímenes de lesa humanidad», el estudio de 2013 analizaba detalladamente las disposiciones de esas leyes. De esos Estados, solo el 29 % reproducía literalmente el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma para definir el crimen (10 de 34)¹³⁰. Así pues, de los 83 Estados de la muestra, solo el 12 % había adoptado la formulación del artículo 7 del Estatuto de Roma en su totalidad (10 de 83). En cambio, la mayoría de los 34 Estados que poseían una ley nacional específica sobre los «crímenes de lesa humanidad» se apartaba de los componentes del artículo 7, por ejemplo omitiendo elementos de la parte introductoria del artículo 7, párr. 1); eliminando algunos de los actos prohibidos previstos en el artículo 7, párr. 1, apdos. *a* a *k*; o suprimiendo los párrafos 2 o 3 del artículo 7, incluido el componente relativo a la conformidad con «la política de un Estado o de una organización». En total, de los 34 Estados que poseían leyes nacionales específicas sobre «crímenes de lesa humanidad», el 71 % (24 de 34) carecía en su legislación de alguno de los elementos clave de la definición del artículo 7, lo que ponía de relieve múltiples diferencias

sustantivas en la regulación, que van desde divergencias de escasa entidad hasta variaciones de importancia¹³¹.

61. Por último, el estudio de 2013 analizó si los 34 Estados que poseen una ley nacional específica sobre los «crímenes de lesa humanidad» podían ejercer su jurisdicción sobre una persona no nacional que cometa el delito en el extranjero contra no nacionales. El estudio llegó a la conclusión de que casi el 62 % (21 de 34) podía ejercer esa jurisdicción. Sin embargo, ello significaba que solo el 25 % de los Estados de la muestra estaba en condiciones de ejercer esa jurisdicción con respecto a los «crímenes de lesa humanidad» (21 de 83). Además, de los 58 Estados de la muestra que eran partes en el Estatuto de Roma, el 33 % poseía una ley nacional específica sobre los «crímenes de lesa humanidad» y podía ejercer tal jurisdicción (19 de 58)¹³².

62. Varios Estados han establecido autoridades o procedimientos especializados de enjuiciamiento en el marco de sus ordenamientos jurídicos para investigar y enjuiciar los crímenes de lesa humanidad y otros delitos internacionales¹³³. Estas autoridades, a su vez, han comenzado a desarrollar redes de cooperación, como la red europea de puntos de contacto en relación con las personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra¹³⁴. La INTERPOL ha establecido una subdirección de apoyo a la investigación sobre fugitivos encargada de facilitar la detención y extradición de los acusados de esos delitos¹³⁵.

63. De forma separada y con independencia de las leyes relativas al enjuiciamiento penal de los crímenes de lesa humanidad, algunos Estados también han incluido la prohibición de los crímenes de lesa humanidad en sus normas de inmigración¹³⁶. Esas disposiciones indican que los acusados de cometer crímenes de lesa humanidad pueden tener prohibida la entrada en el país de que se trate, pueden ser expulsados o deportados y pueden ser juzgados si cometen fraude en el momento de la entrada.

64. La desigualdad en la aprobación de leyes nacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad tiene consecuencias colaterales en lo que respecta a la cooperación interestatal para asegurar la sanción de los delitos. Los

¹³¹ *Ibíd.*, págs. 483, 493 a 495 y 497 a 503.

¹³² *Ibíd.*, págs. 505 a 513.

¹³³ Véase, por ejemplo, el programa del Canadá sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, disponible en <http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/wc-cdg/index.html>.

¹³⁴ Esta red se estableció de conformidad con la decisión 2002/494/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (Diario Oficial núm. L 167 de 26/06/2002, págs. 0001 y 0002) y se reafirmó en la decisión 2003/335/JAI del Consejo, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (Diario Oficial núm. L 118 de 14/05/2003, págs. 0012 a 0014).

¹³⁵ Véase el programa de la INTERPOL sobre crímenes de guerra, disponible en www.interpol.int/Crimes/War-crimes.

¹³⁶ Véanse, por ejemplo, la Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados del Canadá, S.C. 2001, C. 27 (en su versión enmendada el 16 de diciembre de 2014); y la Proclamación Presidencial 8697 de los Estados Unidos (4 de agosto de 2011) titulada Suspensión del ingreso de inmigrantes y no inmigrantes que participaron en graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario y otros abusos, Fed. Reg., vol. 76, pág. 49277 (2011).

¹²⁶ International Human Rights Law Clinic, *Comparative Law Study...*, pág. 487.

¹²⁷ *Ibíd.*, pág. 488.

¹²⁸ *Ibíd.*, pág. 493. Por el contrario, el 20 % de los Estados de la muestra disponía de leyes que, aunque no abordaban realmente los «crímenes de lesa humanidad», contenían normas que compartían algunas características con la regulación de este delito, como la prohibición de realizar uno o más de los actos prohibidos enumerados en el artículo 7, párr. 1, apdos. *a* a *k* del Estatuto de Roma (17 de 83). Dentro de este grupo hay Estados con leyes que incluyen la categoría «crímenes de lesa humanidad», pero que de hecho solo abarcan los crímenes de guerra y el genocidio, *ibíd.*, págs. 490 y 491. El 39 % restante de Estados de la muestra no disponía de ninguna ley discernible sobre los crímenes de lesa humanidad (32 de 83) (*ibíd.*, pág. 490, nota 19).

¹²⁹ *Ibíd.*, pág. 493.

¹³⁰ *Ibíd.*, pág. 492.

acuerdos bilaterales y multilaterales vigentes sobre asistencia judicial recíproca y de extradición suelen exigir que la conducta en cuestión esté tipificada como delito en las jurisdicciones de los Estados requirente y requerido (lo que se denomina incriminación «doble» o «dual»); si sus respectivas legislaciones nacionales no son comparables, no suele requerirse la cooperación. Dado que numerosos Estados no disponen de leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad y que existen importantes discrepancias entre las leyes nacionales de los Estados que han tipificado el delito, en la actualidad existen considerables obstáculos a la cooperación de los Estados. Además, el

hecho de que en la mayoría de los Estados no existan leyes que permitan el ejercicio de la jurisdicción sobre los no nacionales por crímenes de lesa humanidad cometidos contra no nacionales en el extranjero significa que, con frecuencia, los delincuentes pueden obtener cobijo simplemente trasladándose a un Estado distinto de donde se cometieron los actos. Incluso en circunstancias en que los Estados han adoptado leyes nacionales armonizadas sobre los crímenes de lesa humanidad, puede no existir ninguna obligación de que los Estados cooperen entre sí en relación con el delito, ni siquiera mediante una obligación de extraditar o enjuiciar al presunto delincuente.

CAPÍTULO III

Convenciones multilaterales en vigor que promueven la prevención, la tipificación y la cooperación interestatal con respecto a los crímenes

65. Para conseguir los objetivos enumerados en el capítulo I de este informe, la Comisión podrá guiarse por los numerosos instrumentos multilaterales vigentes que promueven la prevención, la tipificación y la cooperación interestatal con respecto a los crímenes transnacionales. La Comisión ya ha contribuido a la redacción de una convención de esta índole: la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos¹³⁷. Revisten especial interés las convenciones relativas al genocidio y los crímenes de guerra, así como otros tratados que regulan de manera integral delitos específicos, como las convenciones relativas a la tortura patrocinada por el Estado, la desaparición forzada de personas, la corrupción y la delincuencia organizada transnacionales y los delitos relacionados con el terrorismo. Del mismo modo, las convenciones multilaterales sobre extradición, asistencia judicial recíproca y prescripción pueden ofrecer una importante orientación con respecto a esas cuestiones. A continuación se analizan brevemente algunos aspectos de esos tratados.

A. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

66. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹³⁸ establece en su artículo I que las partes contratantes «confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar». Seguidamente, el artículo II define este delito en los términos que posteriormente se recogieron de manera textual en el artículo 6 del Estatuto de Roma. El artículo III establece que no solo será castigado el propio acto, sino también la asociación, la instigación y la tentativa de genocidio, así como la complicidad. El artículo IV

dispone que las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III (como la complicidad en el genocidio) serán castigadas, «ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares».

67. El artículo V establece que:

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

El artículo VI dispone que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal competente del Estado «en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente». El artículo VII se refiere a la extradición y establece que el acto de genocidio no será considerado como «delitos políticos» y que las partes «se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes». El artículo VIII recuerda que toda parte puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen medidas para prevenir y reprimir los actos de genocidio, mientras que el artículo IX establece que las controversias relativas a la Convención serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de cualquiera de las partes en la controversia.

68. Al igual que los crímenes de lesa humanidad, el delito de genocidio está contemplado en los estatutos de varios tribunales penales internacionales y conceptualizado en su jurisprudencia. Además, se ha hecho referencia a la Convención sobre el Genocidio en varias decisiones de la Corte Internacional de Justicia relacionadas con la interpretación de la Convención¹³⁹.

¹³⁷ Véase el proyecto de artículos sobre los delitos contra las personas con derecho a protección especial de conformidad con el derecho internacional preparado por la Comisión en su 24º período de sesiones en 1972 (*Anuario...* 1972, vol. II, pág. 217). Posteriormente, la Convención se negoció y fue aprobada por la Asamblea General en 1973, entró en vigor en 1977 y al mes de enero de 2015 cuenta con 178 Estados partes.

¹³⁸ Véase también Gil Gil, *El genocidio y otros crímenes internacionales*; Gaeta, *The UN Genocide Convention: A Commentary*; Tams y otros, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*.

¹³⁹ *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 15; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia), excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 595; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), fallo, *I.C.J. Reports 2007*; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia v. Serbia), excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 412; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia v. Serbia), fallo, *I.C.J. Reports 2015*.

B. Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra y Protocolo Adicional I¹⁴⁰

69. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 describen en un artículo común¹⁴¹ un mecanismo idéntico para enjuiciar a las personas acusadas de haber cometido «infracciones graves»¹⁴² de los Convenios. De conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo común, las partes «se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves» contra los Convenios. En su segundo párrafo, el artículo común dispone que:

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

70. Esta obligación de adoptar medidas contra un presunto infractor no está subordinada a la existencia de un nexo jurisdiccional entre el infractor y el Estado parte en el que se encuentre. La obligación consiste en iniciar un proceso penal, con la posibilidad de, como medida alternativa, extraditar al acusado. Además, la obligación de buscar y enjuiciar al presunto infractor existe

¹⁴⁰ El análisis que figura en esta sección se basa en el documento de la Secretaría titulado Examen de los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/630, párrs. 44 a 48, 59 y 60.

¹⁴¹ Convenio I, art. 49; Convenio II, art. 50; Convenio III, art. 129; Convenio IV, art. 146.

¹⁴² Cada Convenio incluye un artículo en el que se describe qué actos constituyen «infracciones graves» de esa convención en particular. En los Convenios I y II este artículo es idéntico (arts. 50 y 51, respectivamente): «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente».

El artículo 130 del Convenio III dispone que: «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio».

El artículo 147 del Convenio IV establece que: «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario».

independientemente de que otra parte haya solicitado o no su extradición¹⁴³.

71. Si bien la obligación descrita se circunscribe a las infracciones graves, el artículo común dispone también, en su tercer párrafo, que los Estados partes tomarán medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves, los actos contrarios a los Convenios. Por último, en su cuarto párrafo, el artículo común prevé que los inculcados «se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa», y que esas garantías «no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes» del Convenio III. Otros artículos se refieren brevemente a la responsabilidad de los Estados partes por las violaciones de los convenios y a la posibilidad de incoar un procedimiento de encuesta por supuestas violaciones de los Convenios¹⁴⁴.

72. 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) toma como base la disposición relativa al castigo impuesto a los infractores que figura en el artículo común de los Convenios de Ginebra. Básicamente, el artículo común resulta aplicable al Protocolo I por remisión. El artículo 85, párr. 1, del Protocolo I estipula que

Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo¹⁴⁵.

El Protocolo I también amplía los Convenios de Ginebra con una serie de artículos destinados a ayudar a reprimir las infracciones: el artículo 86 se refiere a las omisiones de los Estados; el artículo 87, a los deberes de los jefes; el artículo 88, a la asistencia mutua judicial en materia penal¹⁴⁶; el artículo 89, a la cooperación interestatal en situaciones de violaciones graves de los Convenios o del Protocolo I; el artículo 90, a la constitución de una comisión internacional de encuesta para investigar cualquier hecho que haya sido alegado como infracción; y el artículo 91, a la responsabilidad de los Estados partes de pagar una indemnización por violaciones de los Convenios o el Protocolo I.

C. Otros instrumentos que pueden ser pertinentes

73. En las definiciones recientes de crímenes de lesa humanidad se incluyen actos como la «tortura», la «esclavitud» y la «desaparición forzada de personas»

¹⁴³ Véase Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, pág. 593.

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, el Convenio III, arts. 131 y 132.

¹⁴⁵ Las «infracciones graves» del Protocolo I se enumeran en los artículos 11 y 85, párrs. 2 a 4.

¹⁴⁶ El párrafo 1 del artículo 88 establece que los Estados partes «se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo». El párrafo 2 especifica que las partes en el Protocolo I cooperarán, cuando las circunstancias lo permitan, en materia de extradición, y tomarán debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada. El párrafo 3 dispone que la ley de la parte requerida será aplicable en todos los casos y las disposiciones de los párrafos no «afectarán a las obligaciones que emanen de las disposiciones contenidas en cualquier otro tratado de carácter bilateral o multilateral que rija o haya de regir, total o parcialmente, en el ámbito de la asistencia mutua judicial en materia penal».

como tipos de actos que, al cometerse de manera generalizada o sistemática contra la población civil, pueden constituir crímenes de lesa humanidad. De modo que, al redactar una convención sobre crímenes de lesa humanidad, deberían tenerse en cuenta las convenciones que aluden a tales actos.

74. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes incluye una serie de artículos en los que se define este delito, se insta a los Estados partes a prevenirlo, se tipifica la conducta, se establece la jurisdicción sobre la conducta y se impone la obligación de extraditar o juzgar al infractor que se encuentre en el territorio del Estado parte. Otras tantas disposiciones se refieren a otros aspectos de las obligaciones de los Estados partes, así como a la cooperación interestatal y la solución de controversias. A enero de 2015, 156 Estados eran parte en esta Convención. La Corte Internacional de Justicia recientemente se refirió extensamente a la obligación de *aut dedere aut judicare* contemplada en esta Convención¹⁴⁷, que fue también el tema central de un informe preparado por la Comisión en 2014¹⁴⁸.

75. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000¹⁴⁹ cuenta con un Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. En el Protocolo se define el delito de trata de personas y se exige a los Estados partes que tipifiquen este delito en su legislación nacional y que adopten medidas de prevención. Las disposiciones de la Convención, que se aplican *mutatis mutandis* al Protocolo, imponen varias obligaciones relativas al enjuiciamiento, la competencia, las sentencias y las sanciones, así como la extradición, la

¹⁴⁷ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*.

¹⁴⁸ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 65.

¹⁴⁹ A enero de 2015, 179 Estados eran parte en esta convención.

asistencia judicial recíproca y otros asuntos. A enero de 2015, 166 Estados eran parte en este Protocolo.

76. Del mismo modo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹⁵⁰ incluye disposiciones relativas a la definición del delito, la tipificación del acto en la legislación nacional, el principio *aut dedere aut judicare*, la asistencia judicial recíproca y la extradición. Cabe destacar que el artículo 5 de la Convención establece que:

La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable¹⁵¹.

77. Existen, naturalmente, muchos otros tratados internacionales que se refieren a la prevención, la tipificación en la legislación nacional, el principio *aut dedere aut judicare*, la asistencia judicial recíproca, la extradición, la solución de controversias y otras cuestiones que podrían guardar relación con una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. Además, también se han concertado algunos tratados sobre el tema a nivel regional o subregional, como el Protocolo para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad y Todas las Formas de Discriminación¹⁵². Todos estos tratados deberían ser tomados en cuenta durante la labor de la Comisión, sin olvidar que el valor y la eficacia de las distintas disposiciones deben evaluarse en su contexto.

¹⁵⁰ A enero de 2015, 44 Estados eran parte en esta convención.

¹⁵¹ Véase también Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, págs. 60 a 62.

¹⁵² Entró en vigor en 2008. La Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos, en la que se redactó este protocolo, comprende a Angola, Burundi, el Congo, Kenya, la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, la República de Sudán del Sur, la República Unida de Tanzania, Rwanda, el Sudán, Uganda, y Zambia. El instrumento es un protocolo del Pacto sobre la Seguridad, la Estabilidad y el Desarrollo en la Región de los Grandes Lagos.

CAPÍTULO IV

Prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad

78. Si bien los tratados que se refieren a las medidas adoptadas para tipificar estos actos se centran principalmente en la sanción impuesta a los individuos una vez cometido el delito, muchos de ellos también imponen a los Estados partes algún tipo de obligación para que también prevengan la comisión de estos crímenes. Esta obligación puede figurar en un único artículo que aluda en sentido amplio a la cuestión de la prevención o puede incorporarse en varios artículos que colectivamente persigan el mismo fin.

79. En el plano más general, este tipo de obligación simplemente exige a los Estados partes que se comprometan a prevenir (además de sancionar) los actos en cuestión. Así, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece en su artículo I que:

Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Buena parte del resto de la Convención se centra en medidas concretas relativas a la sanción de los individuos responsables, aunque en algunas disposiciones también se hace referencia a la cuestión de la prevención¹⁵³.

80. Esta obligación general de prevención se manifiesta de dos maneras. En primer lugar, impone a los Estados partes la obligación de no «cometer tales actos por medio

¹⁵³ El artículo V establece que: «Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III». El artículo VIII establece que: «Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III».

de sus propios órganos, o de las personas respecto de las cuales tuvieran un control tan firme que su conducta fuera atribuible al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional»¹⁵⁴. En segundo lugar, impone a los Estados partes la obligación de «emplear todos los medios de que disponen [...] con la finalidad de prevenir que personas o grupos que no se encuentran directamente bajo su autoridad cometan» esos actos¹⁵⁵. En este último caso, solo se pretende que el Estado parte ponga su máximo empeño (un estándar de diligencia debida) cuando tenga la «capacidad de influir efectivamente sobre las acciones de las personas que podrían cometer, o que estén cometiendo, el delito de genocidio», lo que a su vez depende de los vínculos geográficos, políticos y de otro tipo que existen entre el Estado parte y las personas o grupos en cuestión. Además, el Estado parte solo está obligado a tomar las medidas que legalmente pueda adoptar conforme al derecho internacional¹⁵⁶.

81. Ante el incumplimiento de esta obligación general, el Estado incurre en responsabilidad si la conducta en cuestión (ya sea que se haya cometido el acto prohibido o que no se hayan tomado las medidas legales adecuadas y necesarias para impedir que otra persona cometa el acto prohibido) es atribuible al Estado en virtud de las normas relativas a la responsabilidad del Estado. Precisamente, en el contexto de las controversias que puedan surgir en el marco de la Convención sobre el Genocidio, el artículo IX se refiere, entre otras cosas, a las controversias «relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio». Si bien gran parte de la Convención sobre el Genocidio se refiere principalmente al enjuiciamiento de individuos por cometer el delito de genocidio, la Corte Internacional de Justicia ha subrayado que el incumplimiento de la obligación de prevenir no constituye una violación de naturaleza penal por parte del Estado, sino más bien un incumplimiento del derecho internacional que entraña la responsabilidad tradicional del Estado¹⁵⁷. El planteamiento de la Corte concuerda con las opiniones expresadas anteriormente por la Comisión¹⁵⁸, por ejemplo en el comentario del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos:

Quando los delitos contra el derecho internacional hayan sido cometidos por funcionarios del Estado, ocurre muchas veces que el propio

¹⁵⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, párr. 166.

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 166; véase también Simma, «Genocide and the International Court of Justice», párr. 262.

¹⁵⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, párr. 430 (en el que la Corte determinó que «está claro que cada Estado solo puede actuar dentro de los límites que fija el derecho internacional»); véase Tams, «Article I», párr. 51 («El deber de prevención puede obligar a los Estados partes a hacer uso de las opciones existentes pero no crea nuevos derechos de intervención, de ahí que, para dar solo un ejemplo, el reconocimiento de un deber de prevención enriquezca muy poco los debates sobre el uso unilateral de la fuerza para hacer cesar el genocidio en las denominadas “intervenciones humanitarias”»).

¹⁵⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, párr. 167 (en el que la Corte determinó que «la naturaleza de la responsabilidad internacional es muy distinta de la de la responsabilidad penal»).

¹⁵⁸ Véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 70, párr. 249 (en el que la Comisión determinó que la Convención sobre el Genocidio «en su artículo IX, relativo a la responsabilidad del Estado, no [...] hacía referencia al crimen de Estado ni a la responsabilidad penal del Estado»).

Estado es responsable de los hechos de que se trate o por no haberlos prevenido o sancionado¹⁵⁹.

82. En muchas convenciones se menciona otro tipo de obligación de «prevención», la de aplicar medidas específicas destinadas a impedir que se cometa el delito, por ejemplo, obligando a los Estados partes a adoptar medidas legislativas, ejecutivas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir que se produzca la conducta en todo territorio que se encuentre bajo su jurisdicción. Según el delito de que se trate, y el contexto en el que se desenvuelve el Estado parte en cuestión, estas medidas pueden aplicarse de diversas maneras. Podría considerarse que el Estado parte debe emprender iniciativas para educar a funcionarios públicos en cuanto a las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de un determinado tratado. Es posible que sea necesario poner en marcha programas de formación para la policía, el ejército, las milicias y otros funcionarios para ayudar a prevenir el acto prohibido. También es probable que sea preciso promulgar leyes y formular políticas nacionales para crear conciencia sobre el carácter delictivo del acto y promover la detección temprana de su posible comisión. Sin duda, una vez que el acto se comete, dicha obligación refuerza otras obligaciones recogidas en el tratado por las que se impone al Estado parte el deber de investigar y enjuiciar o extraditar a los responsables, puesto que ello ayuda, en parte, a disuadir a otras personas de cometer estos actos en el futuro. En este caso la responsabilidad internacional del Estado también surge cuando el Estado parte no ha puesto el máximo empeño para organizar el aparato gubernamental, cuando fuera necesario y apropiado, a fin de reducir al mínimo la probabilidad de que se cometa el acto prohibido.

83. En el caso de delitos graves, estas disposiciones suelen ir acompañadas de otra disposición que indica que no podrán invocarse circunstancias excepcionales (como la existencia de un conflicto armado o una emergencia pública) para justificar el delito. Esta formulación general, que suele incluirse al principio de los tratados, refuerza la noción de que la obligación de no cometer el delito es de carácter inderogable.

84. El análisis que se presenta a continuación se centra en el tratamiento que recibe la «obligación de prevenir» en una serie de tratados relacionados con los crímenes de lesa humanidad, en las observaciones de los órganos establecidos en virtud de tratados que intentan interpretar dicha obligación, en las resoluciones de la Asamblea General, en la jurisprudencia internacional y en la doctrina jurídica. Al final del capítulo, se presenta una propuesta de proyecto de artículo, compuesto de tres párrafos, titulado «Prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad».

A. Obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad

1. TRATADOS

85. Como se mencionó anteriormente, y como se indica en la sección A del capítulo III *supra*, el título de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de

¹⁵⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 152, párr. 3 del comentario del artículo 58.

Genocidio conlleva la noción de que los Estados partes están obligados no solo a sancionar a las personas que cometan el delito de genocidio, sino también a adoptar medidas para prevenir su comisión. Como se señaló en la sección B del mismo capítulo, los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra enumeran determinados actos que constituyen infracciones graves de los Convenios y establecen que:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente¹⁶⁰.

[...]

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio¹⁶¹.

86. Estas obligaciones de prevenir y hacer cesar delitos son características de la mayoría de los tratados multilaterales celebrados desde los años sesenta que se refieren a los delitos transnacionales. A título de ejemplo, se pueden citar los siguientes:

a) Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 10, párr. 1: «Los Estados contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el derecho internacional y sus propias leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en el Artículo 1».

b) Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 4: «Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de su territorio».

c) Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. IV: «Los Estados Partes en la presente Convención se obligan: a) a adoptar las medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir e impedir el aliento al crimen de *apartheid* y las políticas segregacionistas similares o sus manifestaciones y para castigar a las personas culpables de tal crimen».

d) Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 4: «Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, en particular: a) Adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de [...] delitos [...], en particular medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos y organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes».

e) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 2, párr. 1:

«Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción».

f) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 1: «Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención»; art. 6: «Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción».

g) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 1: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: [...] c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención».

h) Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 11: «Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos enumerados en el artículo 9, en particular: a) Adoptando todas las medidas factibles para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos dentro o fuera de su territorio; y b) Intercambiando información de acuerdo con su legislación nacional y coordinando la adopción de las medidas administrativas y de otra índole que sean procedentes para impedir que se cometan esos delitos».

i) Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 15: «Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2».

j) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 9: «1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos; 2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación»; art. 29, párr. 1: «Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención»; art. 31, párr. 1: «Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional».

¹⁶⁰ Convenio I de Ginebra, art. 49; Convenio II de Ginebra, art. 50; Convenio III de Ginebra, art. 129; Convenio IV de Ginebra, art. 146.

¹⁶¹ *Ibíd.*

k) Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 9, párr. 1: «Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a: a) Prevenir y combatir la trata de personas; y b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización».

l) Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, preámbulo: «Recordando que la prevención efectiva de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes requiere educación y una combinación de diversas medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otro tipo»; art. 3: «Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

m) Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, preámbulo: «*Decididos* a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada»; art. 23: «1. Cada Estado Parte velará por que la formación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, del personal médico, de los funcionarios y de otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, incluya la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la presente Convención, a fin de: a) Prevenir la participación de esos agentes en desapariciones forzadas; b) Resaltar la importancia de la prevención y de las investigaciones en materia de desapariciones forzadas; c) Velar por que se reconozca la urgencia de la resolución de los casos de desaparición forzada. 2. Cada Estado Parte prohibirá las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas. Cada Estado Parte garantizará que la persona que rehúse obedecer una orden de esta naturaleza no sea sancionada. 3. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que, cuando las personas a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo tengan razones para creer que se ha producido o está a punto de producirse una desaparición forzada, informen a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos de control o de revisión competentes»¹⁶².

n) Protocolo para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad y Todas las Formas de Discriminación, art. 8, párr. 1:

Los Estados Miembros reconocen que el delito de genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son delitos de derecho internacional y delitos contra los derechos de las personas, y se comprometen a prevenirlos y sancionarlos.

87. Algunos tratados multilaterales de derechos humanos, pese a no centrarse en la prevención y la sanción de los delitos mismos, incluyen obligaciones pertinentes para prevenir y hacer cesar las violaciones graves de los

derechos humanos. A título de ejemplo, se pueden citar los siguientes:

a) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 3: «Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza».

b) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2: «Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer»; art. 3: «Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre».

c) Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, art. 4, párr. 2: «Las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y otras para prevenirla, en particular: indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio; prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones; derogando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer».

Algunos tratados no se refieren expresamente a la «prevención» o «eliminación» del acto, sino que se centran más bien en la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole apropiadas para «dar efecto» o «aplicar» el tratado, lo que puede considerarse que abarca las medidas necesarias o apropiadas para prevenir el acto¹⁶³. A título de ejemplo, se pueden citar los siguientes:

a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 2: «Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

b) Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención».

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Kriebaum, «Prevention of Human Rights Violations», pág. 156 (que considera que el artículo 2, párr. 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comprende «medidas preventivas para velar por que existan las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto»).

¹⁶² Véase Vermeulen, *Enforced Disappearance...*, págs. 66 a 76.

88. Por tanto, se observa que en los tratados relativos a los delitos del tipo enumerado en la definición de crímenes de lesa humanidad (como la tortura o el apartheid), los tratados relativos a delitos transnacionales (como la delincuencia organizada transnacional) y los tratados de derechos humanos, suele incluirse la obligación de prevenir el acto en cuestión. Esta obligación puede plantearse en términos genéricos o indicar, con un mayor o menor grado de especificidad, que el Estado parte deberá tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para prevenir los actos prohibidos.

2. OBSERVACIONES DE LOS ÓRGANOS CREADOS EN VIRTUD DE TRATADOS

89. En ciertos casos, los órganos establecidos por esos tratados se han referido al significado de la obligación de prevención que figuraba en el tratado en cuestión¹⁶⁴. Así, en su observación general núm. 2 (2008) sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados partes, el Comité contra la Tortura se refirió a la obligación de los Estados partes de impedir la tortura patrocinada por el Estado a tenor del artículo 2 de la Convención contra la Tortura. El Comité afirmó, entre otras cosas, lo siguiente:

2. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado a tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para reforzar la prohibición de la tortura, medidas que, en definitiva, deben ser eficaces para prevenir la comisión de actos de tortura. A fin de que de hecho se adopten medidas de reconocida eficacia para impedir o castigar los actos de tortura, en los artículos siguientes de la Convención se impone al Estado parte la obligación de adoptar las medidas especificadas en ellos.

3. La obligación de impedir los actos de tortura, estipulada en el artículo 2, tiene gran alcance [...].

4. Los Estados partes están obligados a eliminar todos los obstáculos legales y de otra índole que impidan la erradicación de la tortura y los malos tratos, y a adoptar medidas eficaces para impedir efectivamente esas conductas y su reiteración. También tienen la obligación de mantener en examen y mejorar constantemente su legislación nacional y actuación en lo que respecta a la Convención, de conformidad con las observaciones finales y los dictámenes del Comité a propósito de las comunicaciones individuales. Si las medidas adoptadas por el Estado parte no cumplen el propósito de erradicar los actos de tortura, la Convención exige que se reexaminen o que se adopten nuevas medidas más eficaces. Por otra parte, el concepto y las recomendaciones del Comité respecto de las medidas eficaces están en continua evolución, como lo están, desgraciadamente, los métodos de tortura y malos tratos¹⁶⁵.

90. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se refirió a la obligación de los Estados partes de prevenir la discriminación racial en su recomendación general núm. 31 (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, en la que proporcionó orientación sobre las estrategias que los Estados podían emplear para cumplir su obligación de prevenir la discriminación, tales como aplicar estrategias nacionales o «planes de acción nacionales con miras a eliminar la discriminación racial de manera estructural»¹⁶⁶, derogar las leyes que estén

dirigidas a segmentos específicos de la población¹⁶⁷ y promover, «mediante la enseñanza apropiada, la formación de las fuerzas del orden público en materia de derechos humanos, tolerancia y entendimiento interracial e interétnico, así como la sensibilización respecto de las relaciones interculturales»¹⁶⁸.

91. Del mismo modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se refirió a la obligación de los Estados partes de prevenir las violaciones de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, principalmente en sus recomendaciones generales núms. 6, 15 y 19. En su recomendación general núm. 6, el Comité recomendó que los Estados partes «[e]stablezcan o refuercen mecanismos, instituciones o procedimientos nacionales efectivos, a un nivel gubernamental elevado y con recursos, compromisos y autoridad suficientes para [...] [s]upervisar de manera general la situación de la mujer; [a]yudar a formular nuevas políticas y aplicar eficazmente estrategias y medidas encaminadas a eliminar la discriminación» y también que «tomen medidas apropiadas para conseguir la difusión de la Convención»¹⁶⁹. En su recomendación general núm. 15, el Comité recomendó que los Estados partes informaran acerca de las medidas adoptadas para impedir la discriminación contra las mujeres afectadas por el SIDA¹⁷⁰. En su recomendación general núm. 19, el Comité subrayó que:

en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas¹⁷¹.

92. En su informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que una de las principales obligaciones estatales en la defensa de los derechos humanos

se vincula al esclarecimiento judicial de conductas, con miras a eliminar la impunidad y lograr su no repetición. [...] Sin duda la adecuada y eficaz administración de justicia por parte del Poder Judicial, y en la medida correspondiente por entes disciplinarios, tiene un rol fundamental [...] en términos de disminución del riesgo y el alcance del fenómeno¹⁷².

la justicia penal, cap. IX, párr. 5, apdo. i), informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 18 (A/60/18)*.

¹⁶⁷ *Ibid.*, apdo. a).

¹⁶⁸ *Ibid.*, apdo. b).

¹⁶⁹ Recomendación general núm. 6 (1988) sobre un mecanismo nacional efectivo y publicidad, párr. 2, informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *ibíd.*, *cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/43/38)*, párr. 770.

¹⁷⁰ Recomendación general núm. 15 (1990) sobre la necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), párr. d), *ibíd.*, *cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/45/38)*, párr. 438.

¹⁷¹ Recomendación general núm. 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, párr. 9, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, documento de las Naciones Unidas *ibíd.*, *cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/47/38)*, cap. I.

¹⁷² OEA/Ser.L/V/II, documento 57, párr. 36.

¹⁶⁴ Véase Ramcharan, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, págs. 100 a 104.

¹⁶⁵ Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44*, anexo VI. Para una evaluación de la práctica del Comité en cuanto al artículo 2, véase Nowak y McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, págs. 94 a 107.

¹⁶⁶ Recomendación general núm. 31 (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de

93. Con respecto a los tratados que se refieren a la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole apropiadas para «dar efecto» o «aplicar» el tratado, los órganos pertinentes creados en virtud de tratados también han formulado observaciones. Por ejemplo, en su observación general núm. 3 el Comité de Derechos Humanos destacó, en parte, la importancia de que

todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado parte en virtud del Pacto. Con este objeto, debe publicarse el Pacto en todos los idiomas oficiales del Estado y deben adoptarse medidas para familiarizar a las autoridades competentes con su contenido como parte de su formación¹⁷³.

En su observación general núm. 5, el Comité de los Derechos del Niño intentó precisar qué se entiende por «medidas generales de aplicación» y determinó que estas medidas:

tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención [...] mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, [...] la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados¹⁷⁴.

En su observación general núm. 6, el Comité proporcionó orientación sobre diversas medidas para prevenir los malos tratos a los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren fuera de su país de origen, incluida la prevención de la trata y la explotación sexual, la prevención del reclutamiento militar y la prevención de la privación de la libertad¹⁷⁵.

3. RESOLUCIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

94. La Asamblea General se ha referido periódicamente a la obligación de los Estados de prevenir los crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, en los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, la Asamblea reconoció la existencia de una responsabilidad general de cooperación interestatal y acción intraestatal para prevenir la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Además, entre otras cosas, afirmó que

los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin¹⁷⁶.

En sus Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones

¹⁷³ Observación general núm. 3 (1981) sobre aplicación del Pacto a nivel nacional (artículo 2), párr. 2, informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/36/40)*, anexo VII.

¹⁷⁴ Observación general núm. 5 (2003) sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), párr. 9, informe del Comité de los Derechos del Niño, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 41 (A/59/41)*, anexo XI.

¹⁷⁵ Observación general núm. 6 (2005) sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrs. 50 a 63, *ibíd.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 41 (A/61/41)*, anexo XI.

¹⁷⁶ Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, párr. 3.

Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, la Asamblea General afirmó que

La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones¹⁷⁷.

4. JURISPRUDENCIA

95. En el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), la Corte Internacional de Justicia analizó el significado de la expresión «se comprometen a prevenir», que figura en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Durante la fase de examen de las medidas provisionales, la Corte determinó que el compromiso asumido en el artículo I imponía una «obligación clara» a ambas partes «de hacer todo lo posible para prevenir la comisión de tales actos en el futuro»¹⁷⁸. Durante la fase de examen del fondo de la causa, la Corte describió este compromiso como una «promesa formal [...] que no tiene carácter meramente exhortatorio o deliberado [...] y que no debe interpretarse simplemente como una introducción a referencias expresas posteriores a la legislación, el enjuiciamiento y la extradición»¹⁷⁹.

96. A continuación, la Corte señaló dos tipos de obligaciones relacionadas con el artículo I, la primera de las cuales es la obligación de que el propio Estado no cometa delitos de genocidio:

En el artículo I, los Estados partes se comprometen a prevenir la comisión de este tipo de acto, que el artículo describe como «un delito de derecho internacional». El artículo no exige expresamente a los Estados que se abstengan de cometer actos de genocidio. Sin embargo, en opinión de la Corte, teniendo en cuenta el propósito reconocido de la Convención, el artículo I tiene el efecto de prohibir a los Estados que cometan ellos mismos el delito de genocidio. Esta prohibición se desprende, en primer lugar, del hecho de que el artículo caracteriza al genocidio como «un delito de derecho internacional»: al aceptar esta caracterización, los Estados partes lógicamente se comprometen a no cometer el acto descrito. En segundo lugar, esta prohibición se infiere de la obligación expresa de prevenir la comisión de actos de genocidio. Esta obligación exige, entre otras cosas, que los Estados partes empleen los medios a su disposición, en las circunstancias que se describen en mayor detalle posteriormente en este fallo, para evitar que personas o grupos que no se hallen bajo su autoridad directa cometan un acto de genocidio o alguno de los demás actos mencionados en el artículo III. Sería paradójico que los Estados tuvieran, por lo tanto, la obligación de prevenir, en la medida de sus posibilidades, la comisión de actos de genocidio por parte de personas sobre las que tienen una cierta influencia, pero que no se les prohibiera cometer esos actos a través de sus propios órganos, o de personas sobre las que tuvieran un control tal que sus actos serían atribuibles al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional. En resumen, la obligación de prevenir el genocidio implica necesariamente la prohibición de cometer el delito de genocidio¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, anexo, párr. 3, apdo. a).

¹⁷⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia), medidas provisionales, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 22.

¹⁷⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, párr. 162.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 166.

97. La Corte Internacional de Justicia también decidió que la obligación sustantiva contemplada en el artículo I no se circunscribía, en sus propios términos, a un territorio, sino que era aplicable «a un Estado dondequiera que actuara o pudiera actuar de manera adecuada a fin de cumplir la obligación en cuestión»¹⁸¹. En el mismo fallo, la Corte se refirió en mayor detalle a la obligación de que el Estado parte empleara los medios a su alcance para evitar que personas o grupos que no estuvieran bajo su autoridad cometieran actos de genocidio. La Corte determinó que:

Es evidente que la obligación en cuestión es de conducta y no de resultado, en el sentido de que un Estado no puede estar obligado a lograr prevenir, cualesquiera que sean las circunstancias, 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 ha logrado conseguir el resultado deseado; sin embargo, incurrirá en responsabilidad si resulta manifiesto que no ha adoptado todas las medidas a su alcance para prevenir el genocidio, y que podrían haber ayudado a prevenir el genocidio. En este ámbito, es de importancia crítica el concepto de «diligencia debida», que exige un análisis del caso concreto. Cuando se intenta determinar si un Estado ha cumplido esta obligación, entran en juego varios parámetros. El primero, que varía considerablemente de un Estado a otro, es sin duda la capacidad de influir verdaderamente sobre la conducta de personas que podrían cometer, o están cometiendo, actos de genocidio. Esta capacidad depende, entre otras cosas, de la distancia geográfica que separa al Estado en cuestión del lugar de los hechos, y de cuán estrechos sean los vínculos políticos, o de otro tipo, que existen entre las autoridades de ese Estado y los protagonistas de los hechos. La capacidad de influencia que tiene el Estado también se debe evaluar en función de criterios jurídicos, puesto que es evidente que los Estados solo pueden actuar dentro de los límites del derecho internacional; por tanto, la capacidad de influencia de un Estado puede variar en función de la posición jurídica que ocupa frente a las situaciones y las personas que podrían ser víctimas, o efectivamente lo sean, de actos de genocidio. Por otra parte, es irrelevante que el Estado al que se pretende atribuir responsabilidad por los hechos afirme, o hasta pruebe, que incluso si hubiera empleado todos los medios razonablemente a su disposición, estos no habrían sido suficientes para prevenir la comisión del delito de genocidio. Este argumento no solo es generalmente difícil de probar, sino que resulta irrelevante al objeto de determinar si se ha incumplido la obligación de conducta en cuestión, sobre todo porque existe la posibilidad de que los esfuerzos conjuntos de varios Estados, cada uno cumpliendo su obligación de prevenir, podrían haber permitido alcanzar el resultado buscado, es decir, prevenir la comisión del delito de genocidio, cuando los esfuerzos de un solo Estado no hubieran bastado para obtenerlo¹⁸².

98. En este contexto, la Corte sostuvo que:

La obligación de prevenir que incumbe al Estado y el correspondiente deber de actuar nacen en el momento en que el Estado tiene conocimiento, o debería normalmente haberlo tenido, de la existencia de un grave riesgo de que se cometa el genocidio. A partir de ese momento, si el Estado dispone de medios que puedan tener efectos disuasorios sobre las personas sospechosas de preparar un genocidio, o de las que pueda razonablemente sospecharse que albergan esa intención específica (*dolus specialis*), se halla obligado a utilizar tales medios en la medida en que las circunstancias lo permitan¹⁸³.

99. La Corte destacó que el incumplimiento de este tipo de obligación de prevenir «es consecuencia de la mera abstención de adoptar y aplicar medidas adecuadas para impedir que se cometan actos de genocidio. En otras palabras, [...] el incumplimiento de la obligación de prevenir nace de la omisión» y, por consiguiente, «el deber de prevención impone a los Estados obligaciones positivas, de hacer todo lo posible para velar por que esos actos no

se produzcan»¹⁸⁴. Para incurrir en responsabilidad, «basta con que el Estado haya tenido conocimiento, o que debiera haberlo tenido en circunstancias normales, del grave peligro de que se produjeran actos de genocidio»¹⁸⁵. Al mismo tiempo, la Corte sostuvo que «un Estado únicamente puede incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio si efectivamente se ha cometido un genocidio»¹⁸⁶.

100. La Corte también se refirió a la distinción entre prevención y sanción. Si bien «una de las maneras más eficaces de prevenir los actos delictivos es, en general, establecer sanciones aplicables a las personas que cometan esos actos, e imponer esas sanciones de manera efectiva a quienes cometan los actos que se pretende prevenir»¹⁸⁷, la Corte consideró que «el deber de prevenir el genocidio y el deber de castigar a los culpables [...] son [...] dos obligaciones diferentes pero vinculadas»¹⁸⁸. Precisamente, la «obligación de cada Estado contratante de prevenir el genocidio es tanto preceptiva como ineludible, y no está incorporada al deber de sancionar, ni puede considerarse simplemente como un componente de ese deber»¹⁸⁹.

101. La Corte advirtió de que «el contenido del deber de prevenir varía de un instrumento a otro, según la redacción de las disposiciones pertinentes y según la naturaleza de los actos que se deben prevenir» y, por tanto, la decisión de la Corte no «pretende crear una jurisprudencia general aplicable a todos los casos en los que un tratado, u otra norma jurídica vinculante, incluya la obligación de que los Estados prevengan la comisión de ciertos actos»¹⁹⁰.

102. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) no prevé una obligación expresa de «prevenir» las violaciones del Convenio, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que algunos artículos específicos contienen dicha obligación. Por ello, en la causa *Kiliç*, el Tribunal determinó que el artículo 2, párr. 1, del Convenio, relativo al derecho a la vida, obligaba al Estado parte no solo a abstenerse de privar a alguien de su vida ilegítima e intencionadamente, sino también a adoptar las medidas adecuadas con arreglo a su ordenamiento jurídico interno para salvaguardar la vida de las personas que se encontraran dentro de su jurisdicción¹⁹¹. Al interpretar el mismo artículo en *Makaratzis*, el Tribunal determinó que este entrañaba

¹⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 432.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 431; véase el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 14, párr. 3, que establece que «[l]a violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 27); Salmon, «Duration of the Breach», pág. 383; Economides, «Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result», pág. 371.

¹⁸⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, párr. 426.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, párr. 425.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 427.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 429.

¹⁹¹ *Kiliç v. Turkey*, sentencia, demanda núm. 22492/93, ECHR 2000-II, párr. 62 (2000).

¹⁸¹ *Ibíd.*, párr. 183.

¹⁸² *Ibíd.*, párr. 430.

¹⁸³ *Ibíd.*, párr. 431.

un deber primordial del Estado de garantizar el derecho a la vida estableciendo un marco administrativo y jurídico adecuado para disuadir la comisión de delitos contra las personas, respaldado por un mecanismo de aplicación de la ley para la prevención, la represión y el castigo de todo incumplimiento de esas disposiciones¹⁹².

103. Al mismo tiempo, el Tribunal ha reconocido que la obligación del Estado parte en este sentido es limitada. En *Mahmut Kaya*, el Tribunal determinó que:

Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la vigilancia de las sociedades modernas, la imprevisibilidad de la conducta humana y las elecciones operativas que deben tomarse en cuanto a las prioridades y los recursos, la obligación positiva [del artículo 2, párr. 1] debe interpretarse de manera que no imponga una carga imposible o desproporcionada a las autoridades. Por consiguiente, no todo supuesto peligro para la vida conlleva la obligación de las autoridades, con arreglo al Convenio, de adoptar medidas operacionales para impedir que el peligro se materialice. Para que nazca una obligación positiva, se debe demostrar que en ese momento las autoridades tenían conocimiento, o debían haberlo tenido, de la existencia de un peligro real e inmediato para la vida de un individuo o individuos específicos frente los actos delictivos de un tercero y que no adoptaron medidas en el marco de sus facultades que, desde un punto de vista razonable, podrían haber evitado dicho peligro¹⁹³.

104. La Convención Americana sobre Derechos Humanos tampoco prevé una obligación expresa de «prevenir» las violaciones de la Convención. Aun así, al interpretar la obligación de los Estados partes de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención¹⁹⁴, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que esta obligación implica un «deber de prevención», que a su vez supone que el Estado parte debe adoptar ciertas medidas. En concreto, en el caso *Velásquez Rodríguez* la Corte determinó que:

166. [...] Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

[...]

174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y

¹⁹² *Makaratzis v. Greece*, sentencia, demanda núm. 50385/99, ECHR 2004-XI, párr. 57 (2004).

¹⁹³ *Mahmut Kaya v. Turkey*, sentencia, demanda núm. 22535/93, ECHR 2000-III, párr. 86 (2000); véase también *Osman v. United Kingdom*, sentencia, demandas núms. 87/1997/871/1083, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, párr. 116 (1998); *Kerimova a.o. v. Russia*, sentencia, demandas núms. 17170/04, 22448/04, 3360/04, 5681/05 y 5684/05, párr. 246 (2011).

¹⁹⁴ El artículo 1, párr. 1, establece que: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna».

tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto¹⁹⁵.

105. Un razonamiento similar ha sustentado el enfoque seguido por esta Corte al interpretar el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Por ejemplo, en *Tibi*, la Corte llegó a la conclusión de que el Ecuador había violado el artículo 6 al no iniciar una investigación oficial tras las denuncias de malos tratos efectuadas por los reclusos¹⁹⁶.

5. DOCTRINA

106. La doctrina también ha analizado estas obligaciones relativas a la prevención previstas en los tratados. En cuanto a la obligación general de prevenir, los estudios doctrinales recientes se han centrado en el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 2007 en el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro)*¹⁹⁷. Debido a la ausencia de una disposición expresa en la Convención sobre el Genocidio que establezca que los Estados partes no cometerán actos de genocidio, algunos juristas se han preguntado si es correcta la apreciación de la Corte de que la obligación está implícita en la obligación de «prevenir»¹⁹⁸. El exmagistrado Simma, al reflexionar sobre un fallo en cuyo dictado participó, señaló: «Una de las preguntas más interesantes a la que finalmente se dio respuesta en el fallo dictado en 2007 era si los Estados partes en la Convención tenían ellos mismos la obligación de no cometer el delito de genocidio. La Corte respondió con un rotundo “sí”»¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C núm. 4; véase también, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Serie C, núm. 99, párr. 137 y 142 (2003); véase también *Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Serie C, núm. 110, párr. 155 (2004) (en la que la Corte determinó que el hecho de que el Estado no investigue efectivamente los actos de tortura y los deje impunes, significa que el Estado omitió tomar las medidas efectivas para evitar que actos de esa naturaleza vuelvan a ocurrir en su jurisdicción, desconociendo lo previsto en el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

¹⁹⁶ *Tibi vs. Ecuador*, Serie C, núm. 114, párr. 159 (2004); véase también *Gómez Paquiyauri* (nota precedente), párr. 155.

¹⁹⁷ Véase la nota 6 supra. Véase también, por ejemplo, Piqué, «Beyond Territory, Jurisdiction, and Control: Towards a Comprehensive Obligation to Prevent Crimes Against Humanity», pág. 135; Weber, «The Obligation to Prevent in the Proposed Convention Examined in Light of the Obligation to Prevent in the Genocide Convention», pág. 173.

¹⁹⁸ Compárese con Gaeta, «On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?», pág. 631, con Tams, «Article I», págs. 56 a 60; Seibert-Fohr, «The ICJ Judgment in the “Bosnian Genocide” Case and Beyond: A Need to Reconceptualise?», pág. 245.

¹⁹⁹ Simma, «Genocide and the International Court of Justice», pág. 264.

107. Con respecto a la obligación de tomar medidas concretas de prevención, la doctrina tiende a caracterizarla como una obligación de conducta o de medios. Por consiguiente,

en relación con una obligación de medios, el Estado puede estar obligado a adoptar medidas positivas de prevención o protección con el fin de obtener un objetivo concreto. [...] Aunque las expresiones utilizadas varían de un tratado a otro («adoptar todas las medidas», «todas las medidas apropiadas para proteger», «medidas necesarias», «medidas eficaces», «medidas apropiadas», «hacer todo lo posible», «hacer todo lo que esté a su alcance», «actuar con la debida diligencia»), todas se caracterizan por tener una formulación general y carecer de una disposición precisa sobre los medios para lograr los resultados especificados²⁰⁰.

108. Otros juristas se han centrado en la obligación de prevenir contemplada en tratados concretos, como el artículo I de la Convención sobre el Genocidio²⁰¹ o el artículo 2, párr. 1, de la Convención contra la Tortura. Por ejemplo, dos juristas que participaron en la redacción del artículo 2, párr. 1, de la Convención contra la Tortura han realizado el siguiente análisis:

Según el párrafo 1 del artículo, [...] todo Estado parte tomará *medidas eficaces para impedir los actos de tortura*. El carácter de esas medidas se deja a la discreción de cada Estado. El artículo se limita a indicar que las medidas pueden ser de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole, pero en cualquier caso, deben ser eficaces. Este párrafo también debería compararse con el artículo 4 de la *Convención*, en el que se exige específicamente que se adopten medidas legislativas para que todos los actos de tortura constituyan delitos que se castiguen con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

La obligación prevista en el artículo 2 no tiene por objeto únicamente prohibir sino también *prevenir* los actos de tortura, lo cual destaca aún más el requisito de que las medidas sean eficaces: una prohibición formal no es suficiente, ya que es preciso que los actos efectivamente se prevengan.

Esto no significa, desde luego, que un Estado pueda garantizar que jamás se cometerá un acto de tortura en su territorio. Basta con que el Estado haga lo que cabe razonablemente esperar de él para evitar que se cometan estos actos. Si, así y todo, se cometen estos actos, se tornan aplicables otras obligaciones derivadas de la *Convención*, y el Estado puede, entonces, verse obligado en virtud del artículo 2, párrafo 1, a tomar otras medidas eficaces para impedir que estos actos se repitan. Entre las medidas que podrían tomarse se incluyen, por ejemplo, cambios al personal de una dependencia, supervisión más estricta, dictado de nuevas instrucciones, etc.²⁰².

109. Algunos juristas han analizado la obligación de prevenir recogida en la jurisprudencia. Por ejemplo, en un análisis del caso *Velásquez Rodríguez*²⁰³ se determinó que:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa,

²⁰⁰ Economides, «Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result», pág. 378.

²⁰¹ Véase, por ejemplo, Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, págs. 520 a 525; Tams, «Article I», págs. 45 a 54; Ben-Naftali, «The Obligation to Prevent and Punish Genocide», págs. 33 a 44.

²⁰² Burgers y Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, pág. 123 (Burgers, miembro de la delegación de los Países Bajos ante la Comisión de Derechos Humanos, se desempeñó como presidente del grupo de trabajo encargado de redactar el texto inicial de la Convención; Danelius, miembro de la delegación de Suecia, integró el grupo de trabajo y redactó el texto inicial).

²⁰³ Véase la nota 195 *supra*.

así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] aclaró, no obstante, que la obligación de prevenir que incumbe a los Estados era de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practicaran la tortura y el asesinato representaba, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no hubiera sufrido torturas o no hubiera sido ultimada, o si esos hechos no pudieran demostrarse en el caso concreto²⁰⁴.

110. Parece que la doctrina reconoce que la obligación de tomar medidas concretas de prevención no establece cuáles son las medidas específicas que deben adoptarse y, en cambio, admite que esas medidas varíen en función de la naturaleza de la conducta regulada y el contexto en el que se desenvuelve el Estado parte. En este sentido, cabe destacar que un jurista ha analizado la obligación de prevenir descrita por los órganos creados en virtud de tratados, en la jurisprudencia y en otras fuentes para enumerar las medidas específicas que debería tomar un Estado parte en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Entre ellas cabe mencionar: a) medidas de protección para prevenir la desaparición forzada de personas que no estén detenidas; b) salvaguardias aplicables al arresto y a la detención para prevenir las desapariciones forzadas; y c) medidas para prevenir la repetición de desapariciones forzadas de personas cuando ya se hayan producido²⁰⁵.

B. Obligación de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad

111. De lo anterior se desprende que, al parecer, existen tres elementos importantes que podrían recogerse en un primer proyecto de artículo de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. En primer lugar, el proyecto de artículo podría incluir una disposición inicial que se refiera en general a la obligación del Estado parte tanto de prevenir como de sancionar los crímenes de lesa humanidad. Una disposición de este tipo indicaría desde un principio la obligación general que asumen los Estados partes con respecto al delito específico de crímenes de lesa humanidad. En segundo lugar, el proyecto de artículo podría incluir otra disposición que contemple la obligación del Estado parte de aplicar medidas concretas de prevención de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole. Al igual que en tratados anteriores, esta disposición solo se referiría a la cuestión de la prevención, puesto que en su mayor parte el resto de la convención sobre los crímenes de lesa humanidad regulará con más detalle las medidas concretas que debe adoptar el Estado parte para sancionar los crímenes de lesa humanidad, como la obligación de tipificar estos crímenes en el derecho nacional y la de ejercer la jurisdicción nacional sobre presuntos infractores. Por último, se podría incluir una tercera disposición que se refiera al carácter inderogable de la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad, una declaración importante al comienzo de la convención que pondría de relieve la gravedad de este crimen. Cada uno de estos elementos se analizan a continuación.

²⁰⁴ Ramcharan, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, pág. 99. Para un análisis del criterio de «razonabilidad» enunciado por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, véase Vermeulen, *Enforced Disappearance...*, págs. 265 a 268.

²⁰⁵ Véase Vermeulen, *Enforced Disappearance...*, págs. 268 a 312.

1. OBLIGACIÓN GENERAL DE PREVENIR Y SANCIONAR

112. Teniendo en cuenta la práctica de los tratados anteriores mencionada, hay diversas maneras de plasmar una obligación general de prevenir y sancionar en una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. Las disposiciones que figuran en la Convención sobre el Genocidio y los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra fueron los primeros esfuerzos realizados para identificar esa obligación. Aun así, el enfoque del artículo I de la Convención sobre el Genocidio, en el que se «confirma» que el genocidio es un delito de derecho internacional y se exhorta a los Estados partes a adoptar medidas para prevenir y sancionar esos actos, sigue siendo un modelo útil para establecer una obligación general en una convención para prevenir los crímenes de lesa humanidad. Una vez más, esa formulación es la siguiente:

Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Utilizar esta formulación permitiría «confirmar» que los crímenes de lesa humanidad en la actualidad violan el derecho internacional consuetudinario; reafirmaría sin lugar a duda su desarrollo histórico como crimen que puede cometerse tanto en tiempos de paz como de guerra; y sería, en general, indicativa del contenido de las disposiciones siguientes en las que se exhorta a los Estados partes a tomar medidas concretas, como promulgar leyes penales nacionales. Además, esta formulación ayudaría a armonizar el presente proyecto de artículos con una convención sobre otro crimen fundamental del derecho internacional que ha tenido un gran nivel de adhesión (a enero de 2015, 146 Estados eran parte en la Convención sobre el Genocidio).

113. La expresión «se comprometen a» sigue siendo apropiada, habida cuenta del análisis de la Corte Internacional de Justicia que indica que «el sentido corriente de la palabra “comprometerse” es realizar una promesa formal, obligarse o empeñar la palabra, hacer una promesa, acordar algo, aceptar una obligación»²⁰⁶. Como se señaló anteriormente, esta obligación se compone de dos tipos de obligaciones: *a*) una obligación por parte del Estado de no cometer tales actos por medio de sus propios órganos, o de personas respecto de las cuales tuvieran un control tan firme que su conducta fuera atribuible al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional; y *b*) una obligación del Estado de emplear los medios razonables a su alcance, cuando sea necesario, adecuado y legítimo, para evitar que otras personas que no se hallen bajo su autoridad directa cometan tales actos²⁰⁷. La formulación que figura en el artículo I de la Convención sobre el Genocidio no se circunscribe, en su propia redacción, a un determinado ámbito geográfico. Por consiguiente, prohíbe que un Estado parte cometa actos de genocidio fuera de territorios que se hallen bajo su jurisdicción, e impone la obligación de actuar con respecto a otros actores que se encuentren fuera de dicho territorio, con sujeción a los importantes parámetros ya examinados.

²⁰⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, párr. 162.

²⁰⁷ *Ibid.*, párr. 166.

2. MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PREVENCIÓN

114. Al mismo tiempo, como ya se ha señalado, numerosos tratados incluyen una obligación de que los Estados partes adopten medidas específicas para prevenir el delito. En el artículo 2, párr. 1, de la Convención contra la Tortura (a la cual se habían adherido 156 Estados a enero de 2015), figura una formulación que tiene gran aceptación y que establece lo siguiente:

Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción²⁰⁸.

115. Durante la redacción de la Convención contra la Tortura, se consideró que esta expresión ofrecía flexibilidad y discreción a cada Estado parte en cuanto al tipo de medidas que podría adoptar, siempre y cuando promovieran los objetivos básicos del tratado²⁰⁹. Al hacer referencia a actos que tienen lugar «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción», se adopta una redacción más amplia que no alude únicamente a conductas que se produzcan en el «territorio» del Estado²¹⁰, pero con un alcance menor al que se hubiera conseguido con una redacción de la que se pudiera inferir la imposición al Estado de una obligación de establecer medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para prevenir cualquier conducta en todo el mundo. La expresión «territorio que esté bajo su jurisdicción» comprende territorio soberano, buques y aeronaves de bandera del Estado, y territorios ocupados y de otro tipo que estén bajo su jurisdicción²¹¹. Esta formulación geográfica al parecer encuentra sustento en muchos tratados contemporáneos, además de en la Convención contra la Tortura²¹². Al imponer a los Estados la obligación de adoptar medidas específicas para prevenir la conducta «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción», la disposición orienta la obligación a ámbitos en los que el Estado puede actuar cotidianamente y evita sugerir la existencia de una obligación más amplia y, por tanto, tal vez menos clara, con respecto a la adopción de medidas concretas.

116. Como se señaló anteriormente, las medidas específicas que deban adoptarse dependerán en parte del contexto y los riesgos en cuestión para un determinado Estado parte. No obstante, una obligación de esta índole en general

²⁰⁸ El artículo 2, párr. 3, establece que: «No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura». La cuestión planteada en esta disposición se abordará en un futuro informe del Relator Especial en el contexto de la obligación del Estado parte de velar por que los crímenes de lesa humanidad se tipifiquen como delito en su legislación penal.

²⁰⁹ Véase *ibid.*

²¹⁰ Véase, por ejemplo, la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 4, apdo. *a*) (en la que los Estados se comprometen a adoptar «todas las medidas factibles a fin de impedir que se preparen en sus respectivos territorios la comisión de» tales delitos); Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 4, párr. 1 (igual redacción); Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 11, apdo. *a*) (igual redacción).

²¹¹ Nowak y McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, págs. 116 y 117.

²¹² Véase, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 3 (en la que los Estados «se comprometen a prevenir [...] en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza»); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 6 (en la que los Estados se comprometen a tomar «medidas efectivas para prevenir [...] la tortura en el ámbito de su jurisdicción»).

obliga al Estado parte a: a) promulgar legislación nacional, crear instituciones y formular políticas necesarias para dar a conocer el carácter delictivo del acto y promover la detección temprana de los riesgos de su comisión; b) someter estas leyes y políticas continuamente a examen y, de ser necesario, mejorarlas; c) emprender iniciativas para informar a funcionarios públicos respecto de las obligaciones asumidas por el Estado con arreglo a la convención; d) crear programas de formación para la policía, el ejército, las milicias y otros funcionarios pertinentes en la medida en que fuera necesario para ayudar a prevenir la comisión de crímenes de lesa humanidad; y e) cuando se cometa el acto prohibido, cumplir de buena fe otras obligaciones recogidas en el tratado por las que se imponga al Estado parte el deber de investigar y enjuiciar o extraditar a los responsables, puesto que ello ayudaría, en parte, a disuadir a otras personas de cometer estos actos en el futuro. Naturalmente, es posible que estas medidas ya estén en marcha en la mayoría de los Estados, dado que los actos ilícitos subyacentes asociados a los crímenes de lesa humanidad (el homicidio, la tortura, etc.) ya están prohibidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales.

117. Las obligaciones generales y más específicas de prevenir los crímenes de lesa humanidad basadas en los textos citados reforzarían las obligaciones que ya existen orientadas a impedir que los hechos ilícitos subyacentes se produzcan incluso de manera aislada. Al combinarlas en un único proyecto de artículo, los textos podrían armonizarse haciendo referencia a «Todo Estado Parte» (que se utiliza en la Convención contra la Tortura) en lugar de a «Las Partes contratantes» (que se utiliza en la Convención sobre el Genocidio).

3. DISPOSICIÓN QUE EXCLUYE EXCEPCIONES

118. Como se señaló anteriormente, las obligaciones generales y específicas de prevención suelen ir acompañadas de otra disposición que indica que no podrán invocarse circunstancias excepcionales (como la existencia de un conflicto armado o una emergencia pública) para justificar el delito. Este tipo de formulación general suele incluirse al principio de los tratados sobre delitos graves, lo cual ofrece la ventaja de reforzar la noción de que la obligación de no cometer el delito es de carácter inderogable.

119. Por ejemplo, el artículo 2, párr. 2, de la Convención contra la Tortura deja claro que no pueden invocarse circunstancias excepcionales para justificar actos de tortura; por tanto, la obligación enunciada es de carácter inderogable²¹³. Concretamente, el párrafo dispone que:

²¹³ Véase Burgers y Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture*

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura²¹⁴.

En otros tratados relativos a delitos graves a nivel mundial o regional se encuentran disposiciones similares. Por ejemplo, el artículo 1, párr. 2, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, contiene una disposición redactada en iguales términos, mientras que el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incluye una formulación similar. Una de las ventajas de esta formulación con respecto a los crímenes de lesa humanidad es que está redactada de manera que pueda hacer referencia a la conducta de los Estados o de actores no estatales.

C. Proyecto de artículo 1: Prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad

120. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 1. Prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad»

1. Todo Estado parte confirma que los crímenes de lesa humanidad, cometidos tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, son crímenes contemplados en el derecho internacional que se compromete a prevenir y sancionar.

2. Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los crímenes de lesa humanidad en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

3. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de los crímenes de lesa humanidad.»

and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, pág. 124; Nowak y McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, págs. 116 y 117.

²¹⁴ Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 2. El artículo 2, párr. 3, de la Convención contra la Tortura establece que: «No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura». La cuestión planteada en esta disposición se abordará en un futuro informe del Relator Especial en el contexto de la obligación del Estado parte de velar por que los crímenes de lesa humanidad se tipifiquen como delito en su legislación penal.

CAPÍTULO V

Definición de crímenes de lesa humanidad

121. Como se indica en el capítulo II *supra*, la definición de crímenes de lesa humanidad ha sido objeto de diferentes formulaciones en el siglo pasado. No obstante, la formulación que ha recibido mayor aceptación es la del artículo 7 del Estatuto de Roma, que se basó en las

formulaciones que figuraban en el Estatuto de Núremberg y el Estatuto de Tokio, los Principios de Núremberg, el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia de 1993, el Estatuto

del Tribunal Penal Internacional para Rwanda de 1994, el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional elaborado por la Comisión en 1994²¹⁵ y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996. El artículo 7 del Estatuto de Roma refleja el acuerdo alcanzado por los 123 Estados que han ratificado el Estatuto o se han adherido a él a enero de 2015.

122. Si bien en ocasiones se expresa la opinión de que el artículo 7 podría mejorarse y a pesar de los desacuerdos que puedan existir con respecto a si refleja el derecho internacional consuetudinario²¹⁶ o cuál es la mejor interpretación de algunos de sus aspectos²¹⁷, no cabe duda de que el artículo 7 cuenta con un amplio apoyo entre los Estados como definición de crímenes de lesa humanidad. De hecho, todos los Estados que abordaron esta cuestión en la Sexta Comisión en 2014 sostuvieron que la Comisión de Derecho Internacional no debía adoptar una definición de «crímenes de lesa humanidad» para una nueva convención que difiriera de la del artículo 7 del Estatuto de Roma²¹⁸. Asimismo, toda convención que trate, en parte, de promover el régimen de complementariedad del Estatuto de Roma debería utilizar la definición del artículo 7 a fin de fomentar leyes nacionales que estén en consonancia con el Estatuto de Roma. En términos más generales, utilizar la definición del artículo 7 ayudaría a reducir al mínimo la fragmentación indeseable en la esfera del derecho penal internacional.

123. El artículo 7 del Estatuto de Roma dispone lo siguiente:

²¹⁵ *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), párr. 91.

²¹⁶ Véase, por ejemplo, Cassese, «Crimes against Humanity», pág. 375. Por ejemplo, si bien en el artículo 7 aparece un elemento de «política», la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia mantuvo en 2002 en la causa *Kunarac* (nota 229 *infra*), que no había «nada» en el derecho internacional consuetudinario que requiriera un elemento de política, sino, más bien, un apoyo «abrumador» a todo lo contrario (párr. 98); véase también Mettraux, «Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda», págs. 270 a 282. Sin embargo, con el paso del tiempo y la adhesión de un gran número de Estados al Estatuto de Roma, parece probable que el artículo 7 esté contribuyendo a cristalizar el derecho internacional consuetudinario. Véase, en general, Baxter, «Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law», pág. 275.

²¹⁷ Véase, por ejemplo, Robinson, «The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do with the Definition?», pág. 105 (pero concluyendo que «los argumentos a favor de la elaboración de una nueva definición se ven ampliamente superados por los beneficios derivados de utilizar la definición establecida en el artículo 7» del Estatuto de Roma).

²¹⁸ Véase Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 19ª sesión (A/C.6/69/SR.19), párr. 111; Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia Noruega y Suecia), párr. 81; Croacia, 20ª sesión (A/C.6/69/SR.20), párr. 94; Polonia, *ibíd.*, párr. 36; Italia, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22), párr. 53; Nueva Zelanda, 21ª sesión (A/C.6/69/SR.21), párr. 33; República de Corea, *ibíd.*, párr. 45; Mongolia, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), párr. 94. Se manifestaron opiniones similares en las intervenciones realizadas en 2013 sobre esta cuestión. Véase, por ejemplo, la declaración de Noruega, en nombre de los países nórdicos, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 38 (que sostuvo que el texto acordado en virtud del Estatuto de Roma no debe volver a considerarse y que, en particular, la definición de crímenes de lesa humanidad del artículo 7 debía mantenerse como base para toda labor futura de la CDI sobre el tema).

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de *apartheid*;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

- a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;
- b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;
- c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
- d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;
- e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;
- f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;
- g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;
- h) Por «el crimen de *apartheid*» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

124. Como se señaló en el capítulo II *supra*, las primeras definiciones de crímenes de lesa humanidad exigían que los actos subyacentes se llevaran a cabo en relación con un conflicto armado, lo más probablemente en parte para resolver la cuestión de si el delito estaba bien establecido en el derecho internacional y en parte para distinguir los crímenes internacionales de los crímenes nacionales violentos a gran escala²¹⁹. Si bien el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia mantuvo la conexión con el conflicto armado, puesto que dicho Estatuto se elaboró en el contexto de ese conflicto, desde 1993 ha desaparecido esa conexión de los estatutos de los tribunales penales internacionales, incluido el Estatuto de Roma²²⁰. En su lugar hay unos requisitos «generales» conforme a los cuales es necesario que el crimen se haya cometido en el contexto de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil en ejecución de la política de un Estado o una organización encaminada a cometer un ataque de esa índole.

A. Ataque «generalizado o sistemático»

125. El requisito de que haya un «ataque generalizado o sistemático» apareció por primera vez en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda²²¹, aunque algunas decisiones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvieron que el requisito estaba implícito incluso en su Estatuto, habida cuenta de la inclusión de esas palabras en el informe del Secretario General en que se proponía dicho Estatuto²²². La jurisprudencia de ambos Tribunales estableció que las condiciones de «generalizado» y «sistemático» eran requisitos disyuntivos en lugar de conjuntivos; puede cumplirse cualquiera de esas dos condiciones para establecer la existencia del crimen²²³. Por ejemplo, la Sala de Primera Instancia del

²¹⁹ Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, pág. 21.

²²⁰ Ambos y Wirth, «The current law of crimes against humanity...», págs. 3 a 13.

²²¹ Véase el capítulo II *infra*. A diferencia de la versión en inglés, la versión en francés del artículo 3 del Estatuto del Tribunal utilizó una formulación conjuntiva («*généralisée et systématique*»). En la causa *Akayesu*, la Sala de Primera Instancia indicó lo siguiente: «En la versión original en francés del Estatuto, esos requisitos se habían redactado de manera acumulativa [...], aumentando así significativamente el umbral para la aplicación de esa disposición. Puesto que el derecho internacional consuetudinario exige únicamente que el ataque sea generalizado o sistemático, hay suficientes motivos para suponer que la versión en francés adolece de un error en la traducción (*Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 579, nota 149).

²²² *Tadić* (nota 108 *supra*), párr. 646; *Prosecutor v. Blaškić*, fallo, causa núm. IT-95-14-T, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Judicial Reports 2000, párr. 202 (3 de marzo de 2000); véase Sluiter, «“Chapeau Elements” of Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the UN Ad Hoc Tribunals», pág. 102.

²²³ Véase, por ejemplo, *Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 579; *Prosecutor v. Kayishema*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa

Tribunal Penal Internacional para Rwanda en la causa *Akayesu* afirmó lo siguiente: «El acto puede formar parte de un ataque generalizado o sistemático y no es necesario que sea ambas cosas»²²⁴. Esta interpretación del requisito de que el ataque sea generalizado/sistemático también se refleja en el comentario de la Comisión sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, en el que afirmó que «un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos» (de carácter sistemático o de escala)²²⁵.

126. Cuando se examinó esta norma a los efectos del Estatuto de Roma, algunos Estados expresaron la opinión de que las condiciones «generalizado» y «sistemático» debían ser requisitos conjuntivos (ambos debían estar presentes para establecer la existencia del crimen), porque, de lo contrario, la norma incluiría demasiados supuestos²²⁶. De hecho, según esos Estados, si la comisión «generalizada» de actos fuese suficiente por sí sola, oleadas espontáneas de crímenes generalizados, pero no relacionados entre sí, constituirían crímenes de lesa humanidad²²⁷. Debido a esa preocupación, se llegó a una solución de compromiso que consistía en añadir en el artículo 7, párr. 2, apdo. a, una definición de «ataque», que, como se indica a continuación, contiene un elemento de política²²⁸.

núm. ICTR-95-1, *Reports of Orders, Decisions and Judgement 1999*, párr. 123 (21 de mayo de 1999) («El ataque debe contener una de las condiciones alternativas de ser generalizado o sistemático»); *Prosecutor v. Mrkšić*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-95-13/1 del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 437 (27 de septiembre de 2007) («El ataque debe ser generalizado o sistemático, siendo los requisitos disyuntivos y no acumulativos»); *Tadić* (nota 107 *supra*), párr. 648 («Si se concluye que hubo generalización [...] o [...] sistemático se cumple este requisito»).

²²⁴ *Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 579.

²²⁵ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 4 del comentario al artículo 18. Véase también el informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo periodo de sesiones, Suplemento núm. 22 (A/50/22)*, párr. 78 («los elementos que habría de tener en cuenta la definición de los crímenes de lesa humanidad: que estos crímenes [...] normalmente constituían ataques generalizados o* sistemáticos»); *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 90 («las nociones de violaciones “sistemáticas” y “masivas” eran elementos complementarios de los crímenes considerados»); *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 14 del comentario al artículo 20 («la definición de crímenes de lesa humanidad abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o* sistemáticas»); *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 110 («basta con que esté presente uno de esos caracteres, el sistemático o el masivo, en cualquiera de los actos enumerados [...] para que exista la infracción»).

²²⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, vol. II (A/CONF.183/13), tercera sesión, pág. 160 y ss., India (párr. 45), Reino Unido (párr. 90), Francia (párr. 96), Tailandia (párr. 108), Egipto (párr. 120), República Islámica del Irán (párr. 136), Turquía (párr. 172), Federación de Rusia (párr. 5) y Japón (párr. 17); Van Schaack, «The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence», pág. 844.

²²⁷ Robinson, «Defining “Crimes against Humanity” at the Rome Conference», pág. 47.

²²⁸ Hwang, «Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court», pág. 497; deGuzman, «The Road from Rome: The Developing Law of Crimes Against Humanity», pág. 372 (citando las notas del debate de la autora, Comité Plenario (17 de junio de 1998), tomadas mientras fue asesora jurídica de la delegación del Senegal ante la Conferencia de Roma); Van Schaack, «The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence», págs. 844 y 845.

127. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha afirmado que los requisitos de que sea «generalizado» y «sistemático» son disyuntivos. Por ejemplo, en su *Decisión en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenya*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte afirmó que «este elemento contextual [generalizado o sistemático] se aplica con carácter disyuntivo, de modo que los presuntos actos deben ser generalizados o* sistemáticos para que se puedan clasificar como crímenes de lesa humanidad»²²⁹.

128. La primera condición exige que el ataque sea «generalizado». Según la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, «el adjetivo “generalizado” se refiere al carácter a gran escala del ataque y al número de personas contra el que va dirigido»²³⁰. Así pues, este requisito se refiere a una «multiplicidad de víctimas»²³¹ y excluye los actos aislados de violencia²³², como el asesinato perpetrado contra víctimas individuales por parte de personas que actúen por su propia voluntad y no en el marco de una iniciativa más amplia. Al mismo tiempo, un solo acto cometido por un autor individual puede constituir un crimen de lesa humanidad en caso de que se produzca en el contexto de una campaña más amplia²³³. No hay una cifra mínima concreta de víctimas que debe alcanzarse para que un ataque sea «generalizado»; más bien la determinación depende del tamaño de la población civil que supuestamente haya sido objeto del ataque²³⁴. Por ejemplo, en la causa *Kunarac*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia estableció la siguiente prueba para determinar si un ataque era generalizado:

²²⁹ Véase la *Decisión en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenya*, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-01/09, párr. 94 (31 de marzo de 2010); véase también *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión en virtud del artículo 61, párr. 7, apdos. a y b del Estatuto de Roma sobre los cargos, ICC-01/05-01/08, párr. 82 (15 de junio de 2009).

²³⁰ *Prosecutor v. Kunarac*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-96-23 del TPIY, párr. 428 (22 de febrero de 2001); véase *Prosecutor v. Katanga*, decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la confirmación de los cargos, ICC-01/04-01/07, párr. 394 (30 de septiembre de 2008); véase también *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Sala de Apelaciones, fallo, IT-95-14/2-A, párr. 94 (17 de diciembre de 2004); *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-02-60-T del TPIY, párrs. 545 y 546 (17 de enero de 2005).

²³¹ *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 83; *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18 (utilizando la expresión «en gran escala» en lugar de «generalizado»); *Akayesu* (nota 78 *supra*), párr. 580; *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 123; véase también *causa Mrkšić* (nota 223 *supra*), párr. 437 («generalizado hace referencia a un ataque realizado a gran escala y al número de víctimas»).

²³² Véase *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión relativa a la solicitud del Fiscal de conformidad con el artículo 58, ICC-01/04-02/06, párr. 19 (13 de julio de 2012); *Prosecutor v. Harun*, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión relativa a la solicitud del Fiscal de conformidad con el artículo 58 7) del Estatuto, ICC-02/05-01/07, párr. 62 (27 de abril de 2007); véase también *Prosecutor v. Rutaganda*, Sala de Primera Instancia, fallo, ICTR-96-3-T, párrs. 67 a 69 (6 de diciembre de 1999); *Kayishema* (nota 216 *supra*), párrs. 122 y 123; *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51; *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 112.

²³³ *Kupreškić 2000* (nota 47 *supra*), párr. 550; *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 649.

²³⁴ Véase *Kunarac 2002* (nota 216 *supra*) párr. 95.

Por consiguiente, una Sala de Primera Instancia debe «determinar en primer lugar la población que es objeto del ataque y, a la vista de los medios, los métodos, los recursos y el resultado del ataque perpetrado contra la población, establecer si, de hecho, fue generalizado» [...]. Las consecuencias del ataque en la población afectada, el número de víctimas, la naturaleza de los actos [...] podrían tenerse en cuenta para determinar si el ataque cumple uno de los requisitos o ambos de que el ataque sea «generalizado» o «sistemático» contra esta población civil²³⁵.

129. El carácter «generalizado» también puede tener una dimensión geográfica, de modo que el ataque se produzca en diferentes lugares²³⁶. Por lo tanto, en la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional consideró que había pruebas suficientes para determinar que un ataque había sido «generalizado» sobre la base de los informes de ataques en diversos lugares en una amplia zona geográfica, incluidas las pruebas de violaciones, fosas comunes y un gran número de víctimas²³⁷. Ahora bien, no es necesaria una amplia zona geográfica; el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha establecido que el ataque puede llevarse a cabo en una pequeña zona geográfica contra un gran número de civiles²³⁸.

130. En su *Decisión de autorización sobre Kenya*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional indicó que «la evaluación no es exclusivamente cuantitativa ni geográfica, sino que debe llevarse a cabo sobre la base de los hechos concretos»²³⁹. Un ataque puede ser generalizado debido al efecto acumulativo de múltiples actos inhumanos o el resultado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud²⁴⁰.

131. La segunda condición alternativa exige que el ataque sea «sistemático». En su comentario del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, la Comisión indicó que el requisito del carácter «sistemático» significa que se cometan los actos inhumanos «con arreglo a un plan o política preconcebidos» y que «[l]a ejecución de ese plan o política podría llevar a la comisión repetida o continua de actos inhumanos»²⁴¹. Al igual que el término «generalizado» el término «sistemático» excluye los actos de violencia aislados o no conectados entre sí²⁴² y la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional refleja una visión similar de lo que se entiende por ese término.

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ Véase, por ejemplo, *Ntaganda* (nota 232 *supra*), párr. 30; *Prosecutor v. Ruto*, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión relativa a la confirmación de los cargos de conformidad con el artículo 61, párr. 7, apdos. a y b del Estatuto de Roma, ICC-01/09-01/11, párr. 177 (23 de enero de 2012).

²³⁷ *Bemba* (nota 229 *supra*), párrs. 117 a 124.

²³⁸ *Blaškić* (nota 222 *supra*), párr. 206; *Kordić 2004* (nota 230 *supra*).

²³⁹ Decisión de autorización sobre Kenya (nota 229 *supra*), párr. 95.

²⁴⁰ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 52; véase también *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 83 (en la que se determinó que el carácter generalizado «entraña un ataque llevado a cabo en una extensa zona geográfica o un ataque realizado en una pequeña zona geográfica dirigido contra un gran número de civiles»).

²⁴¹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51, párr. 3 del comentario al artículo 18; véase también *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 112, párr. 3 del comentario al artículo 21 («[p]or carácter sistemático se entiende una práctica de carácter constante o un propósito metódico de cometer esas violaciones»).

²⁴² Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51; *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 112.

El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia definió el término «sistemático» como «el carácter organizado de los actos de violencia y el hecho de que no sea probable que ocurran al azar»²⁴³ y estableció que la prueba de un patrón o plan metódico determinaba que un ataque fuera sistemático²⁴⁴. Por lo tanto, la Sala de Apelaciones confirmó en la causa *Kunarac* que «los patrones de crímenes, a saber, la repetición no accidental de una conducta delictiva similar de forma periódica, son una expresión común de ese carácter sistemático»²⁴⁵. La Sala de Primera Instancia determinó en la causa *Kunarac* que había habido un ataque sistemático contra la población civil musulmana basándose en la prueba de un patrón constante: una vez que las fuerzas serbias tomaban el control de un pueblo o una aldea, saqueaban o incendiaban los apartamentos o las casas de los musulmanes; a continuación reunían o capturaban a los habitantes musulmanes, que en ocasiones eran golpeados o asesinados durante el proceso; y se separaba a los hombres y a las mujeres y se les retenía en diversos centros de detención o prisiones²⁴⁶. Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha definido el carácter «sistemático» como una conducta organizada que sigue un patrón constante o que se adecua a una política o un plan²⁴⁷.

132. En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Harun* que «sistemático» se refiere al «carácter organizado de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar»²⁴⁸. La Sala de Cuestiones Preliminares I determinó en la causa *Katanga* que el término «se ha interpretado como un plan organizado en cumplimiento de una política común, que sigue un patrón regular y da lugar a una constante comisión de actos, o como “patrones de crímenes”, de modo que los crímenes constituyen una “repetición no accidental de una conducta delictiva similar de forma periódica”»²⁴⁹. Al aplicar la norma, la Sala de Cuestiones Preliminares II determinó en la causa *Ntaganda* que el ataque había sido sistemático puesto que «los autores habían empleado medios y métodos similares para atacar las distintas localidades, a saber, se aproximaban a los objetivos simultáneamente, en gran número y desde diferentes direcciones, atacaban las aldeas con armas pesadas y perseguían sistemáticamente a la población con métodos similares, registrando casa por casa y buscando entre los matorrales, quemando todos los inmuebles y realizando saqueos»²⁵⁰.

²⁴³ *Mrkšić* (nota 223 *supra*), párr. 437; *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 429.

²⁴⁴ Véase, por ejemplo, *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 648.

²⁴⁵ *Kunarac 2002* (nota 216 *supra*), párr. 94.

²⁴⁶ *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párrs. 573 y 578.

²⁴⁷ *Akayesu* (nota 78 *supra*), párr. 580 («se puede definir “sistemático” como organizado concienzudamente y que sigue un patrón regular sobre la base de una política común»); *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 123 («por ataque sistemático se entiende el ataque llevado a cabo con arreglo a una política o un plan preconcebidos»).

²⁴⁸ *Harun* (nota 231 *supra*), párr. 62 (citando *Kordic 2004* (nota 230 *supra*), párr. 94, que a su vez cita *Kunarac 2001* (nota 229 *supra*), párr. 429); véase también Decisión de autorización sobre Kenya (nota 229 *supra*), párr. 96; *Ruto* (nota 236 *supra*), párr. 179; *Katanga 2008* (nota 230 *supra*), párr. 394.

²⁴⁹ *Katanga* (nota 230 *supra*), párr. 397.

²⁵⁰ *Ntaganda* (nota 232 *supra*), párr. 31; véase también *Ruto* (nota 236 *supra*), párr. 179.

B. «Contra una población civil»

133. El segundo requisito general del artículo 7 del Estatuto de Roma es que el acto debe cometerse como parte de un ataque «contra una población civil». El artículo 7, párr. 2, apdo. a, del Estatuto de Roma define «ataque contra una población civil» a los efectos del párrafo 1 como «una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política»²⁵¹. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional ha interpretado el significado de cada uno de esos términos: «contra», «una», «población» y «civil».

134. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha establecido que el término «contra» exige que una población civil sea el principal objetivo del ataque, en lugar de una víctima incidental²⁵². La Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional adoptó posteriormente esa interpretación en la causa *Bemba* y en la *Decisión de autorización sobre Kenya*²⁵³. En la causa *Bemba*, la Sala determinó que había pruebas suficientes que demostraban que el ataque se había dirigido «contra» la población civil de la República Centroafricana²⁵⁴. Asimismo, la Sala estableció que los soldados del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) sabían que sus víctimas eran civiles, sobre la base de las pruebas directas de los civiles atacados en sus casas o en sus patios²⁵⁵. La Sala también llegó a la conclusión de que los soldados del MLC tuvieron como objetivo *principal* a la población civil, como lo demuestra un ataque contra una localidad donde los soldados del MLC no encontraron ninguna tropa rebelde que alegaban que estaban persiguiendo²⁵⁶. El término «contra» hace hincapié en la intención del ataque y no en el resultado físico del ataque²⁵⁷. Es el ataque, no los actos del autor concreto, lo que debe dirigirse «contra» la población que sirve de objetivo²⁵⁸.

135. La palabra «una» indica que la expresión «población civil» ha de tener una definición amplia y debería interpretarse en sentido amplio²⁵⁹. Se puede cometer un

²⁵¹ Véase también Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 5.

²⁵² Véase, por ejemplo, *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 421 («El término “contra” especifica que, en el contexto de un crimen de lesa humanidad, la población civil es el principal objeto del ataque»).

²⁵³ *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 76; Decisión de autorización sobre Kenya (nota 229 *supra*), párr. 82.

²⁵⁴ *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 94; véase también *Ntaganda* (nota 232 *supra*), párrs. 20 y 21.

²⁵⁵ *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 94.

²⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 95 a 98. La Sala de Cuestiones Preliminares también se basó en la prueba según la cual en el momento de la llegada de los soldados del MLC a esa localidad, las tropas rebeldes ya se habían retirado. *Ibid.*, párr. 98.

²⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Blaškić* (nota 222 *supra*), párr. 401.

²⁵⁸ *Kunarac 2002* (nota 216 *supra*), párr. 103.

²⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Mrkšić* (nota 223 *supra*), párr. 442; *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 643; *Kupreškić 2000* (nota 46 *supra*), párr. 547 («Se pretende establecer una definición amplia de “población” y de “civil”. Esto está garantizado en primer lugar por medio del objeto y el propósito de los principios y normas generales del derecho humanitario, en particular por las normas que prohíben los crímenes de lesa humanidad»); *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 127.

ataque contra una población civil, «independientemente de su nacionalidad, origen étnico o cualquier otra característica distintiva»²⁶⁰ y se puede perpetrar contra poblaciones nacionales o extranjeras²⁶¹. Quienes son objeto del ataque pueden «incluir un grupo definido por su (presunta) afiliación política»²⁶². Para que pueda ser considerada población civil en tiempos de conflicto armado, la población objeto del ataque debe tener carácter «predominantemente» civil²⁶³; la presencia de algunos combatientes dentro de la población no cambia su naturaleza²⁶⁴. Este enfoque se adecua a otras normas dimanantes del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en el artículo 50, párr. 3, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra se indica lo siguiente:

La presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.

En tiempos de paz, «civil» incluirá a todas las personas, salvo a aquellas que tengan el deber de mantener el orden público y cuenten con medios legítimos para ejercer la fuerza con ese fin en el momento en que sean atacadas²⁶⁵. La condición de una víctima determinada debe evaluarse en el momento de cometerse el delito²⁶⁶; una persona debería considerarse civil en caso de duda en cuanto a su condición²⁶⁷.

136. «Población» no significa que toda la población de una determinada ubicación geográfica deban ser objeto del ataque²⁶⁸; por el contrario, el término indica el carácter

²⁶⁰ *Katanga 2008* (nota 230 *supra*), párr. 399 (que cita *Tadić 1997*, párr. 635).

²⁶¹ Véase, por ejemplo, *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 423.

²⁶² *Ruto* (nota 236 *supra*), párr. 164.

²⁶³ Véase, por ejemplo, *Mrkšić* (nota 223 *supra*), párr. 442; *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 638; *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 425; *Kordić 2001* (nota 74 *supra*), párr. 180; *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 128.

²⁶⁴ Véase, por ejemplo, *Mrkšić* (nota 223 *supra*), párr. 442; *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 638; *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 425 («la presencia de determinadas personas que no sean civiles en su seno no cambia el carácter de la población»); *Blaškić* (nota 222 *supra*), párr. 214 («la presencia de soldados en el seno de una población civil que es intencionadamente objeto de un ataque no altera el carácter civil de esa población»); *Kupreškić 2000* (nota 47 *supra*), párr. 549 («la presencia de los que participan activamente en el conflicto no debería impedir que una población sea considerada civil»); *Kordić 2001* (nota 74 *supra*), párr. 180; *Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 582 («el hecho de que haya determinadas personas entre la población civil cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil»); *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 128.

²⁶⁵ *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 127.

²⁶⁶ *Blaškić* (nota 222 *supra*), párr. 214 («Se debe tener en cuenta la situación específica de la víctima en el momento en que se cometieron los crímenes, en lugar de su condición, para determinar su carácter de civil»); véase también *Kordić* (nota 74 *supra*), párr. 180 («Las personas que en un momento determinado llevaron a cabo actos de resistencia pueden, en ciertas circunstancias, ser víctimas de un crimen de lesa humanidad»); *Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 582 (en la que se determinó que la población civil incluía a «los miembros de las fuerzas armadas que habían depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate»).

²⁶⁷ *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 426.

²⁶⁸ Véase Decisión de autorización sobre Kenya (nota 229 *supra*), párr. 82; *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 77; *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 424; *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 644; véase también *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 14 del comentario al artículo 20 (en el que se definen los crímenes de lesa humanidad

colectivo del crimen como un ataque contra múltiples víctimas²⁶⁹. Las víctimas concretas deben ser objeto del ataque, no a causa de sus características individuales, sino por su pertenencia a una población civil contra la que se dirige el ataque²⁷⁰. En las resoluciones de la Corte Penal Internacional en la causa *Bemba* y en la *Decisión de autorización sobre Kenya* se adoptó un enfoque similar y se declaró que el Fiscal debía establecer que el ataque iba dirigido contra la población y no contra un grupo limitado de personas²⁷¹.

137. En el artículo 7, párr. 2, apdo. a, del Estatuto de Roma se define «ataque contra una población civil» a los efectos del párrafo 1. La primera parte de esa definición se refiere a «una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil». Aunque esa redacción no figuraba en la definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, dicha formulación refleja la jurisprudencia de ambos Tribunales²⁷². En los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional se dispone que no es necesario que los «actos» a que se hace referencia en el artículo 7, párr. 2, apdo. a, «constituyan un ataque militar»²⁷³.

138. La segunda parte de esta definición exige que el ataque se lleve a cabo «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política». El requisito del elemento de una política no figuraba como parte de la definición de crímenes de lesa humanidad en los estatutos de los tribunales internacionales hasta la aprobación del Estatuto de Roma²⁷⁴. El Estatuto del Tribunal Internacional

como «actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas cuyo objetivo sea la población civil en su totalidad o en parte»).

²⁶⁹ Véase *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 644.

²⁷⁰ *Ibid.*; véase también *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 90; Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Gotovina*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-06-90-T, párr. 1704 (15 de abril de 2011) (en el que se determinó que el ataque debía ir dirigido contra una población civil, «en lugar de dirigirse contra un número limitado de personas elegidas al azar»).

²⁷¹ *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 77; Decisión de autorización sobre Kenya (nota 229 *supra*), párr. 81.

²⁷² Véase, por ejemplo, *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 415 (en que se define ataque como «una línea de conducta que implique la comisión de actos de violencia»); *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 122 (donde se define ataque como el «hecho del que deben formar parte los crímenes enumerados»); *Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 581 («El concepto de ataque puede definirse como un acto ilícito del tipo de los enumerados [en el Estatuto]. Un ataque puede no ser violento por naturaleza, como la imposición de un sistema de *apartheid* [...] o ejercer presión sobre la población para que actúe de una determinada manera»).

²⁷³ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 120, párr. 3 de la introducción al artículo 7.

²⁷⁴ El artículo 6, apdo. c, del Estatuto de Núremberg no contiene ninguna referencia explícita a un plan o política. No obstante, la sentencia de Núremberg sí utilizó un elemento de «política» cuando se examinó el artículo 6, apdo. c, en el contexto del concepto de «ataque» en su conjunto. Véase Tribunal Militar Internacional de Núremberg, sentencia (1 de octubre de 1946), en *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nürnberg, Germany*, parte 22, pág. 468 (22 de agosto a 1 de octubre de 1946) («La política de terror fue llevada a cabo, sin duda, a gran escala, y en muchos casos era organizada y sistemática. La política de persecución, represión y asesinato de civiles que podían ser hostiles al Gobierno en

para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda no contenían el requisito de la política en su definición de crímenes de lesa humanidad²⁷⁵, aunque alguna jurisprudencia inicial indicó que era necesario²⁷⁶. Sin embargo, la jurisprudencia posterior restó importancia al elemento de la política, considerándolo como suficiente simplemente para probar la existencia de un ataque generalizado o sistemático²⁷⁷.

139. Antes del Estatuto de Roma, la labor de la Comisión solía requerir un elemento de política en sus proyectos de código. En el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1954 se definían los crímenes de lesa humanidad de la siguiente forma:

Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia²⁷⁸.

La Comisión decidió incluir el requisito de la instigación o la tolerancia del Estado a fin de excluir los actos inhumanos cometidos por particulares por su cuenta sin la participación de ningún Estado²⁷⁹. Al mismo tiempo, la definición de crímenes de lesa humanidad que figuraba en el proyecto de código de 1954 no incluía ningún requisito en cuanto a la escala («generalizado») o el carácter sistemático.

140. En el proyecto de estatuto para una corte penal internacional elaborado por la Comisión en 1994 no figuraba ninguna definición de crímenes de lesa humanidad. En lugar de ello, el proyecto de estatuto hacía referencia a las definiciones que figuraban en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el artículo 21 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad adoptado en primera lectura

Alemania antes de la guerra de 1939 se llevó a cabo de la manera más despiadada»). El artículo II, párr. 1, apdo. c, de la Ley núm. 10 del Consejo de Control tampoco contiene ninguna referencia a un plan o a una política en su definición de crímenes de lesa humanidad. Véase, en general, Mettraux, «The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a “Policy” Element», pág. 142.

²⁷⁵ La Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha determinado que no existe un elemento de política en los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional consuetudinario, véase *Kunarac* (nota 216 *supra*), párr. 98 («No había nada en el Estatuto ni en el derecho internacional consuetudinario en el momento de cometerse los presuntos actos que requiriera una prueba de la existencia de un plan o una política para cometer esos crímenes»), aunque esa posición ha sido objeto de críticas en la doctrina. Véase, por ejemplo, Schabas, «State Policy as an Element of International Crimes», pág. 954.

²⁷⁶ *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párrs. 644, 653 a 655 y 626 («contra una población civil» requiere que los actos se realicen de forma generalizada o sistemática y* para promover una política»).

²⁷⁷ Véase, por ejemplo, *Kordić* (nota 74 *supra*), párr. 182 (en que se determinó que «la existencia de un plan o política debería considerarse más bien como una indicación del carácter sistemático de los delitos calificados como crímenes de lesa humanidad»); *Kunarac 2002* (nota 216 *supra*), párr. 98; *Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 580; *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 124 («Para que un acto de victimización en masa sea un crimen de lesa humanidad debe incluir un elemento de política. Cualquiera de los requisitos del carácter generalizado o sistemático es suficiente para excluir actos que no se hayan cometido como parte de una política o un plan más amplios»).

²⁷⁸ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150, art. 2, párr. 11.

²⁷⁹ *Ibid.*, comentario.

en 1991, ninguno de los cuales contenía un requisito de política estatal²⁸⁰. Aun así, la Comisión mencionó la cuestión de la política cuando declaró lo siguiente: «Las formas particulares de acto ilícito [...] son menos decisivas para la definición que los factores de escala y política deliberada, así como el estar dirigidos contra la población civil en su totalidad o en parte»²⁸¹. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996 también reconoció un requisito de política, puesto que definió los crímenes de lesa humanidad como «la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo* de cualquiera de los actos siguientes»²⁸². La Comisión incluyó este requisito para excluir los actos inhumanos cometidos por una persona «por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno o de un grupo u organización»²⁸³. En otras palabras, el elemento de política trataba de excluir delitos «comunes» de personas que actuaran por su propia iniciativa y sin conexión alguna con un Estado o una organización²⁸⁴.

141. El artículo 7, párr. 2, apdo. a, del Estatuto de Roma utiliza el elemento de «política» en su definición de un «ataque contra una población civil». En los *Elementos de los Crímenes* también se señala que «la política de cometer ese ataque» requiere que «el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil»²⁸⁵. En una nota de pie de página de los *Elementos de los Crímenes* se establece que «esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo»²⁸⁶. Otros precedentes también ponen de relieve que la omisión deliberada de actuar puede cumplir el requisito de la política²⁸⁷.

142. Este elemento de «política» se ha examinado en varias causas sustanciadas por la Corte Penal Internacional²⁸⁸. Por ejemplo, en su *Decisión de Autorización sobre Kenya de 2010*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte sugirió que el significado de «Estado» en el artículo 7, párr. 2, apdo. a, no requería «mayores explicaciones»²⁸⁹.

²⁸⁰ *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 14 del comentario al artículo 20.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51.

²⁸³ *Ibid.* Al explicar su inclusión del requisito de política, la Comisión señaló que «sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18».

²⁸⁴ Véase Bassiouni, «Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity: Almost a Century in the Making, with Gaps and Ambiguities Remaining – the Need for a Specialized Convention», págs. 54 y 55.

²⁸⁵ *Elementos de los Crímenes* (nota 87 *supra*), pág. 120.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Kupreškić 2000* (nota 46 *supra*), párrs. 551 a 555 («aprobado», «consentido», «aprobación explícita o implícita»); proyecto de código de la Comisión de 1954 («tolerancia») (nota 278 *supra*); informe de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, S/1994/674, párr. 85 (27 de mayo 1994); Ambos y Wirth, «The current law of crimes against humanity...», págs. 31 a 34.

²⁸⁸ Véase, por ejemplo, *Ntaganda* (nota 232 *supra*), párr. 24; *Katanga 2008* (nota 230 *supra*), párr. 396; *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 81.

²⁸⁹ *Decisión de autorización sobre Kenya* (nota 229 *supra*), párr. 89.

A continuación, la Sala señaló que una política adoptada por órganos regionales o locales del Estado podría cumplir el requisito de la política del Estado²⁹⁰. El magistrado Hans-Peter Kaul, en su opinión disidente, sostuvo que si bien los actos de órganos regionales o locales podían imputarse al Estado, «las consideraciones respecto de la atribución no respondían a la pregunta de quién podía establecer una política de Estado»²⁹¹. Aun así, concluyó que «considerando las circunstancias específicas del caso, una política también puede ser aprobada por un órgano que, aunque esté situado en el plano regional, como el gobierno oficial o regional de más alto rango de una provincia, tiene los medios para establecer una política dentro de su esfera de acción»²⁹².

143. En su decisión en la causa *Katanga 2014*, la Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional determinó que no era necesario que la política fuera establecida o promulgada formalmente antes del ataque y que podía deducirse de la repetición de actos, de las actividades preparatorias o de una movilización colectiva²⁹³. Además, la política no tenía que ser concreta o precisa y podía evolucionar con el tiempo a medida que variaban las circunstancias²⁹⁴. La Sala de Primera Instancia destacó que el requisito de la política no debía considerarse como sinónimo de «sistemático», pues ello sería contrario al requisito disyuntivo establecido en el artículo 7 de un ataque «generalizado» o «sistemático»²⁹⁵. Más bien, aunque «sistemático» se refiere a un esquema repetitivo de actos con características similares, el requisito de la «política» apunta más a que esos actos vayan dirigidos a perpetrar un ataque colectivo contra la población civil²⁹⁶.

144. En su decisión en la que confirmaba el procesamiento de Laurent Gbagbo, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional estableció lo siguiente:

La «política», a los efectos del Estatuto, debe entenderse como la promoción activa o el fomento de un ataque contra una población civil por parte de un Estado o una organización. La Sala observa que ni en el Estatuto ni en los *Elementos de los Crímenes* aparece ningún fundamento o motivación ciertos de la política como requisito de la definición. Sin embargo, puede resultar útil establecer la motivación subyacente para detectar los vínculos y características comunes entre los actos. Además, de conformidad con el Estatuto y los *Elementos de los Crímenes* solo es necesario establecer que la persona tenía conocimiento del ataque en términos generales. De hecho, en los *Elementos de los Crímenes* se aclara que el requisito de conocimiento «no debe

interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización»²⁹⁷.

En la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional determinó que el ataque se había llevado a cabo en virtud de la política de una organización basándose en pruebas que demostraban que las tropas del MLC «perpetraron ataques siguiendo el mismo patrón»²⁹⁸. Esas decisiones están siendo analizadas concienzudamente en la doctrina²⁹⁹.

C. Agentes no estatales

145. En 1991, la Comisión, al formular observaciones respecto del proyecto de disposición sobre crímenes de lesa humanidad que pasaría a ser el proyecto de código de crímenes de 1996, declaró que el proyecto de artículo «no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado» y que «no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere ese artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del proyecto de código»³⁰⁰. Aun así, se produjo un debate en el seno de la Comisión con respecto a esta cuestión. En el informe de la Comisión de 1995 se examina el debate, en el que algunos miembros adoptaron la posición según la cual el código debía aplicarse únicamente a los agentes estatales, mientras que otros eran partidarios de incluir a los autores no estatales³⁰¹. Como ya se ha indicado, el proyecto de código de crímenes de 1996 añadió el requisito de que para que fueran crímenes de lesa humanidad, los actos inhumanos debían estar instigados o dirigidos «por un gobierno o por una organización política o grupo»³⁰². En su comentario a este requisito, la Comisión señaló lo siguiente:

²⁹⁷ *Gbagbo* (nota 293 *supra*), párr. 214.

²⁹⁸ *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 115.

²⁹⁹ Véase, por ejemplo, Halling, «Push the Envelope – Watch It Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes Against Humanity», pág. 827; Schabas, «Prosecuting Dr. Strange-love, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: Closing the Loopholes», pág. 847; Kress, «On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision», pág. 855; Mettraux, «The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a “Policy” Element», pág. 142; Jalloh, «Case Report: Situation in the Republic of Kenya», pág. 540; Hansen, «The Policy Requirement in Crimes Against Humanity: Lessons from and for the Case of Kenya», pág. 1; Werle y Burghardt, «Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a “State-like” Organization?», pág. 1151; Sadat, «Crimes Against Humanity in the Modern Age», págs. 335, 336 y 368 a 374; Jalloh, «What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity», pág. 381; Robinson, «The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do with the Definition?», pág. 103; Robinson, «Crimes Against Humanity: A Better Policy on “Policy”».

³⁰⁰ *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 112, párr. 5 del comentario al artículo 21.

³⁰¹ *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 26 («Mientras que algunos miembros sostuvieron que el código solo debía tratar de los crímenes cometidos por agentes o representantes del Estado o por personas que actuaran con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, otros miembros eran partidarios de incluir la conducta de personas, aunque no tuvieran vinculación con el Estado»).

³⁰² *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), art. 18, párr. 26, párr. 89.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*, opinión disidente del magistrado Hans-Peter Kaul, párr. 43.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ *Katanga 2014* (nota 88 *supra*), párr. 1109; véase también *Prosecutor v. Gbagbo*, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión sobre la confirmación de los cargos contra Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11, párrs. 211, 212 y 215 (12 de junio de 2014).

²⁹⁴ *Katanga 2014* (nota 88 *supra*), párr. 1110.

²⁹⁵ *Ibid.*, párr. 1112; véase también *ibid.*, párr. 1101; *Gbagbo* (nota 293 *supra*), párr. 208.

²⁹⁶ *Katanga 2014* (nota 88 *supra*), párr. 1113 («Establecer una “política” tiene únicamente por objeto demostrar que el Estado o la organización pretenden llevar a cabo un ataque contra una población civil»); *Gbagbo* (nota 293 *supra*), párr. 216 («las pruebas de la planificación, la organización o la dirección por parte de un Estado u organización pueden ser pertinentes para demostrar tanto la política como el carácter sistemático del ataque, aunque los dos conceptos no deberían mezclarse, ya que tienen fines diferentes y suponen distintos umbrales de conformidad con el artículo 7, párrs. 1 y 2, apdo. a, del Estatuto»).

La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado³⁰³.

146. La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia aceptó la posibilidad de que se enjuiciara a actores no estatales por crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, en la causa *Tadić* la Sala de Primera Instancia afirmó que «la ley, en relación con los crímenes de lesa humanidad, ha evolucionado hasta tener en cuenta a fuerzas que, aunque no sean las del gobierno legítimo, tienen el control *de facto* de un territorio definido o pueden moverse libremente por él»³⁰⁴. Esa determinación encontró reflejo en la causa *Limaj*, en la que la Sala de Primera Instancia consideró que los acusados, miembros del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), podían ser enjuiciados por crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, la Sala de Primera Instancia señaló lo siguiente:

Aunque no sea un elemento jurídico del artículo 5 [del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia], la prueba de una política o un plan es una indicación importante de que los actos en cuestión no son simplemente hechos de personas que persiguen un objetivo individual o aleatorio, sino que tienen un nivel de coherencia y organización tal que pueden considerarse crímenes de lesa humanidad. Es razonable suponer que un ataque contra una población civil muy a menudo pondrá de manifiesto la presencia de una política cuando los actos en cuestión se lleven a cabo en el contexto de una significativa intervención estatal y cuando se pueda observar una cadena de mando oficial. [...] Sin embargo, se plantean problemas especiales al examinar si una dependencia subestatal o un grupo armado de la oposición, ya sea insurreccional o transfronterizo por naturaleza, pueden tener una política para llevar a cabo un ataque. Un requisito que debe cumplir esa entidad para demostrar que cuenta con suficiente competencia para formular una política es ejercer cierto control *de facto* sobre un territorio³⁰⁵.

En último término, la Sala de Primera Instancia llegó a la conclusión de que aunque «el ELK hubiera puesto en marcha una política dirigida contra los albaneses de Kosovo sospechosos de colaboración con las autoridades serbias, [...] no hubo ningún ataque directo contra una población civil, ya sea de origen étnico serbio o albanés»³⁰⁶.

147. Puesto que el artículo 7, párr. 2, apdo. *a*, del Estatuto de Roma exige que el ataque se lleve a cabo «de conformidad con la política de un Estado o de una organización* de cometer esos actos o para promover esa política», el artículo 7 contempla expresamente la comisión de crímenes de lesa humanidad por autores no estatales. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional sugiere que «organización» incluye a toda organización o grupo que tenga capacidad y recursos para planificar y llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático. Por ejemplo, la Sala de Cuestiones Preliminares I señaló lo siguiente en la causa *Katanga*: «Esa política pueden ponerla en práctica grupos de personas que gobiernen un territorio determinado o cualquier organización con capacidad para perpetrar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil»³⁰⁷.

³⁰³ *Ibid.*, pág. 52, párr. 5 del comentario al artículo 18.

³⁰⁴ *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 654. Para un análisis más detallado respecto de los autores no estatales, véase *ibid.*, párr. 655.

³⁰⁵ *Prosecutor v. Limaj et al.*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia II, causa núm. IT-03-66-T, párrs. 212 y 213 (30 de noviembre de 2005).

³⁰⁶ *Ibid.*, párr. 228.

³⁰⁷ *Katanga 2008* (nota 230 *supra*), párr. 396 (en que se cita la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del

148. En su *Decisión de autorización sobre Kenya*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional adoptó un planteamiento similar y afirmó que «el carácter formal de un grupo y el nivel de su organización no deberían ser los criterios determinantes. En lugar de ello, como otros han indicado de manera convincente, debería hacerse una distinción respecto de si un grupo tiene la capacidad necesaria para realizar actos que atenten contra valores humanos básicos»³⁰⁸. En 2012, la Sala de Cuestiones Preliminares, al determinar si un grupo concreto podía ser considerado una «organización» con arreglo al artículo 7 del Estatuto de Roma, afirmó lo siguiente:

La Sala podrá tener en cuenta varios factores, entre otros: i) si el grupo se encuentra bajo un mando responsable o tiene una jerarquía establecida; ii) si el grupo tiene, de hecho, los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; iii) si el grupo ejerce el control sobre una parte del territorio de un Estado; iv) si el grupo lleva a cabo actividades delictivas contra la población civil como objetivo primordial; v) si el grupo manifiesta, de manera explícita o implícita, una intención de atacar a la población civil; vi) si el grupo es parte de un grupo más amplio, que cumple algunos o todos los criterios antes mencionados³⁰⁹.

149. En su decisión de 2010, la mayoría rechazó expresamente la idea de que «solo las organizaciones semejantes a Estados» podían considerarse como organizaciones a los efectos del artículo 7, párr. 2, apdo. *a*³¹⁰. En su opinión disidente, el magistrado Kaul convino en que «cabe llegar a la conclusión de que “organización” podría ser una entidad privada (un agente no estatal) que no sea un órgano de un Estado o que actúe en nombre de un Estado», pero indicó que «esas “organizaciones” deberían tener algunas de las características de un Estado»³¹¹.

150. En la causa *Ntaganda*, se confirmaron los cargos contra un acusado relacionado con dos grupos paramilitares, la Unión de Patriotas Congoleños (UPC) y las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) en la República Democrática del Congo. En ese caso, el Fiscal sostuvo que «la UPC y las FPLC fueron una organización político-militar sofisticada y estructurada, similar al gobierno de un país, por medio de la cual el Sr. Ntaganda pudo cometer crímenes de lesa

Tribunal Penal Internacional para Rwanda, así como el proyecto de código de la Comisión de 1991 adoptado en primera lectura); véase también *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 81.

³⁰⁸ *Decisión de autorización sobre Kenya* (nota 229 *supra*), párr. 90.

³⁰⁹ *Ruto* (nota 236 *supra*), párr. 185; véase también *Decisión de autorización sobre Kenya* (nota 229 *supra*), párr. 93; corrección de la *Decisión* en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Côte d'Ivoire, ICC-02/11-14-Corr., párrs. 45 y 46 (3 de octubre de 2011).

³¹⁰ *Decisión de autorización sobre Kenya* (nota 229 *supra*), párr. 90; véase también Werle y Burghardt, «Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a “State-like” Organization?», pág. 1151.

³¹¹ Opinión disidente en la *Decisión de autorización sobre Kenya* (nota 229 *supra*), párrs. 45 y 51. Las características señaladas por el magistrado Kaul fueron las siguientes: *a*) una colectividad de personas; *b*) que se haya establecido y actúe con un propósito común; *c*) durante un período prolongado de tiempo; *d*) que se encuentre bajo un mando responsable o haya adoptado un cierto grado de estructura jerárquica, incluido, como mínimo, algún tipo de nivel en el ámbito de la política; *e*) con capacidad para imponer la política a sus miembros y para sancionarlos; y *f*) que tenga la capacidad y los medios disponibles para atacar a la población civil a gran escala.

humanidad»³¹². Asimismo, en la causa *Mbarushimana*, el Fiscal formuló cargos contra un acusado en relación con las Fuerzas Democráticas de Liberación de Rwanda (FDLR), descritas como un «grupo armado que tenía por objeto “reconquistar y defender la soberanía nacional” de Rwanda»³¹³. Si bien en esa causa la mayoría y la opinión disidente no se pusieron de acuerdo sobre si existía una política de las FDLR para atacar a la población civil, parece que convinieron en que las FDLR, como grupo, podían incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 7. En la causa contra Joseph Kony en relación con la situación en Uganda, el acusado está presuntamente vinculado con el Ejército de Resistencia del Señor, «grupo armado que lleva a cabo una insurgencia contra el Gobierno de Uganda y el ejército ugandés»³¹⁴, que «se organiza en una jerarquía de tipo militar y funciona como un ejército»³¹⁵. Con respecto a la situación en Kenya, la Sala de Cuestiones Preliminares II confirmó los cargos contra los acusados de crímenes de lesa humanidad debido a su asociación con una «red» de autores «compuesta por eminentes representantes políticos del Movimiento Democrático “Naranja”, representantes de los medios de comunicación, antiguos miembros de la policía y del ejército de Kenya, ancianos kalenyin y dirigentes locales»³¹⁶. Asimismo, se confirmaron los cargos con respecto a otros acusados en relación con «ataques coordinados perpetrados por los mungiki y los jóvenes simpatizantes del Partido de Unidad Nacional en diferentes partes de Nakuru y Naivasha» que iban «dirigidos contra presuntos partidarios [del Movimiento Democrático “Naranja”] utilizando diferentes medios de identificación como listas, atributos físicos, bloqueos de carreteras y el idioma»³¹⁷.

D. «Con conocimiento de dicho ataque»

151. El tercer requisito general es que el autor debe cometer el acto «con conocimiento de dicho ataque». La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda determinó que el autor debía tener conocimiento de que se estaba produciendo un ataque contra la población civil y, además, que su acto formaba parte de ese ataque³¹⁸. Este enfoque con dos partes diferentes se refleja en los Elementos de los Crímenes, que para cada uno de los actos proscritos exige que el último elemento de ese acto sea el siguiente: «Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo». Aun así, se indica lo siguiente:

³¹² *Ntaganda* (nota 232 *supra*), párr. 22.

³¹³ *Prosecutor v. Mbarushimana*, Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión sobre la confirmación de los cargos, ICC-01/04-01/10, párr. 2 (16 de diciembre de 2011).

³¹⁴ Corte Penal Internacional, orden de detención de Joseph Kony, emitida el 8 de julio de 2005, en su forma enmendada de 27 de septiembre de 2005, ICC-02/04-01/05, párr. 5 (27 de septiembre de 2005).

³¹⁵ *Ibid.*, párr. 7.

³¹⁶ *Ruto* (nota 236 *supra*), párr. 182.

³¹⁷ *Prosecutor v. Muthaura et al.*, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión relativa a la confirmación de los cargos de conformidad con el artículo 61, párr. 7, apdos. a) y b) del Estatuto de Roma, ICC-01/09-02/11, párr. 102 (23 de enero de 2012).

³¹⁸ Véase, por ejemplo, *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 418; *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 133.

[E]l último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole³¹⁹.

No es necesario probar que el autor conocía los detalles concretos del ataque³²⁰; más bien, el conocimiento del autor podría inferirse de pruebas circunstanciales³²¹. Por lo tanto, cuando en la causa *Bemba* se determinó que las tropas del MLC actuaron con conocimiento del ataque, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional afirmó que el conocimiento de las tropas podía «inferirse de los métodos del ataque que utilizaron», que reflejaban una pauta clara³²². En la causa *Katanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte llegó a la siguiente conclusión:

El conocimiento del ataque y el hecho de que el autor sea consciente de que su conducta formaba parte de ese ataque podrán inferirse de pruebas circunstanciales, tales como las siguientes: la posición del acusado en la jerarquía militar; que asumiera un papel importante en el marco más amplio de la campaña criminal; su presencia en la escena de los crímenes; sus referencias a la superioridad de su grupo respecto del grupo enemigo; y el contexto histórico y político general en que se produjeron los actos³²³.

152. Además, el motivo personal del autor para participar en el ataque es irrelevante; no es necesario que el autor comparta el propósito o el objetivo del ataque en sentido más amplio³²⁴. Según la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, la prueba de que el autor cometió los actos prohibidos por motivos personales podrían como mucho «ser indicativa de una presunción refutable de que no tenía conocimiento de que sus actos formaban parte de ese ataque»³²⁵. Lo que resulta pertinente para cumplir este requisito es el conocimiento o la intención del autor en el sentido de que su acto forma parte del ataque. Además, se dará este elemento cuando pueda probarse que el delito subyacente fue cometido directamente aprovechando el ataque más amplio o cuando la comisión del delito subyacente tenga el efecto de perpetuar el ataque más amplio³²⁶. Por ejemplo, en la causa *Kunarac*, los autores fueron acusados de diversas formas de violencia sexual, actos de tortura y esclavitud contra mujeres y niñas musulmanas. La Sala de Primera

³¹⁹ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 119, párr. 2 in fine de la introducción al artículo 7.

³²⁰ *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 434 (en que se determinó que el requisito del conocimiento «no implica el conocimiento de los detalles del ataque»).

³²¹ Véase *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 657 («Si bien se requiere el conocimiento, este se examina a nivel objetivo y, de hecho, puede deducirse de las circunstancias»); véase también *Kayishema* (nota 223 *supra*), párr. 134 (en que se determinó que era suficiente «el conocimiento real o inferido del contexto más amplio del ataque»); *Blaškić* (nota 222 *supra*), párr. 259 (en que se determinó que el conocimiento del contexto más amplio del ataque podía deducirse a partir de una serie de hechos, incluida «la naturaleza de los crímenes cometidos y la medida en que eran de conocimiento general»).

³²² *Bemba* (nota 229 *supra*), párr. 126.

³²³ *Katanga 2008* (nota 230 *supra*), párr. 402.

³²⁴ Véase, por ejemplo, *Kunarac 2002* (nota 216 *supra*), párr. 103; *Kupreškić 2000* (nota 46 *supra*), párr. 558.

³²⁵ *Kunarac 2002* (nota 216 *supra*), párr. 103.

³²⁶ Véase, por ejemplo, *Kunarac 2001* (nota 230 *supra*), párr. 592.

Instancia del Tribunal determinó que el acusado tenía el conocimiento que se exigía como requisito porque no solo tenía conocimiento del ataque contra la población civil musulmana, sino que además perpetuó el ataque «directamente aprovechándose de la situación creada» y «asumió plenamente la agresión basada en motivos étnicos»³²⁷.

E. Tipos de actos prohibidos

153. En el artículo 7, párr. 1, apdos. *a a k*, del Estatuto de Roma, se enumeran los actos prohibidos que constituyen crímenes de lesa humanidad. Esos actos prohibidos también aparecen como parte de la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el artículo 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, aunque la redacción difiere ligeramente. El artículo 7, párr. 2, apdos. *b a i*, incluye otras definiciones de estos actos prohibidos. Las personas que lleven a cabo uno de esos actos pueden cometer un crimen de lesa humanidad; no es necesario que la persona haya cometido múltiples actos, sino que el acto de la persona forme «parte» de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil³²⁸. No es necesario que el delito subyacente sea cometido durante el ataque contra la población civil para que se cumpla este requisito; el delito subyacente puede formar parte del ataque si se puede conectar suficientemente con él³²⁹.

154. *Asesinato*. En el artículo 7, párr. 1, apdo. *a*, del Estatuto de Roma se indica que el asesinato es un acto prohibido. Según los Elementos de los Crímenes, el acto de asesinato significa que «el autor haya dado muerte a una o más personas»³³⁰. La expresión «dado muerte» es intercambiable con la expresión «causado la muerte»³³¹. El asesinato se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 6, apdo. *c*, del Estatuto de Núremberg, en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954 y en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996³³².

155. *Exterminio*. En el artículo 7, párr. 1, apdo. *b*, del Estatuto de Roma se señala que el exterminio es un acto prohibido. El artículo 7, párr. 2, apdo. *b*, dispone que el exterminio «comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población». Para cometer el acto de exterminio, según los Elementos de los Crímenes, el autor debe haber «dado muerte a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones

de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población»³³³. Esas condiciones podrían incluir «la privación del acceso a alimentos y medicinas»³³⁴. El asesinato, en el contexto del acto de exterminio, puede ser directo o indirecto y puede adoptar diversas formas³³⁵. La conducta también debe haber «consistido en una matanza de miembros de una población civil o [haber] tenido lugar como parte de esa matanza»³³⁶. Aunque el exterminio, como el genocidio, implica un elemento de destrucción en masa, difiere del crimen de genocidio en el sentido de que abarca situaciones en que un grupo de personas que no tienen características comunes son asesinadas, así como situaciones en que algunos miembros de un grupo son asesinados y otros no³³⁷. El exterminio se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 6, apdo. *c*, del Estatuto de Núremberg, en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y en los proyectos de códigos de la Comisión³³⁸.

156. *Esclavitud*. En el artículo 7, párr. 1, apdo. *c*, del Estatuto de Roma se indica que la esclavitud es un acto prohibido. En el artículo 7, párr. 2, apdo. *c*, se define la esclavitud como «el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños». En los Elementos de los Crímenes se dispone que el ejercicio de atributos sobre personas incluye «comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o [que el autor] les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad»³³⁹. En los Elementos de los Crímenes también se señala lo siguiente: «Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 1956»³⁴⁰. La esclavitud se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 6, apdo. *c*, del Estatuto de Núremberg, en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y en los proyectos de códigos de la Comisión³⁴¹. En el artículo 3, apdo. *a*, del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se define la «trata de personas» como

³³³ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), elemento 1, pág. 120.

³³⁴ *Ibid.*, nota 9.

³³⁵ *Ibid.*, nota 8.

³³⁶ *Ibid.*, elemento 2.

³³⁷ Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 8 del comentario al artículo 18.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 121, art. 7, párr. 1, apdo *c*, elemento 1.

³⁴⁰ *Ibid.*, nota 11.

³⁴¹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 53, párr. 10 del comentario al artículo 18.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Véase, por ejemplo, *Tadić 1997* (nota 108 *supra*), párr. 649; *Kumarac 2002* (nota 216 *supra*), párr. 100.

³²⁹ Véase, por ejemplo, *Mrkšić* (nota 222 *supra*), párr. 438; *Tadić 1999* (nota 74 *supra*), párr. 248; Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Naletilić*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-98-34-T, párr. 234 (31 de marzo de 2003).

³³⁰ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), elemento 1, pág. 120.

³³¹ *Ibid.*, nota 7.

³³² Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), art. 18, pág. 51.

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

157. *Deportación o traslado forzoso de población.* En el artículo 7, párr. 1, apdo. *d*, del Estatuto de Roma se señala que la deportación o el traslado forzoso de población es un acto prohibido. El artículo 7, párr. 2, apdo. *d*, define deportación o traslado forzoso de población como «el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional». En los Elementos de los Crímenes se indica que la expresión «por la fuerza» no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, «como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción»³⁴². Según los Elementos de los Crímenes, el autor debe ser también consciente de las circunstancias de hecho que establecen que las personas se encontraban legítimamente presentes en la zona de la que fueron desplazadas³⁴³. En los Elementos de los Crímenes también se señala que «deportado o trasladado por la fuerza» es intercambiable con «desplazado por la fuerza»³⁴⁴. «Motivos autorizados por el derecho internacional» puede incluir motivos legítimos para el traslado como el bienestar o la salud públicos³⁴⁵. La deportación se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 6, apdo. *c*, del Estatuto de Núremberg, en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y en los proyectos de códigos de la Comisión³⁴⁶.

158. *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física.* En el artículo 7, párr. 1, apdo. *e*, del Estatuto de Roma se señala la encarcelación u otra privación grave de la libertad física como un acto prohibido. Para cometer este acto prohibido conforme al Estatuto de Roma, se requiere que el autor haya «encarcelado a una o más personas o las haya sometido de otra manera, a una privación grave de la libertad física»³⁴⁷. Además, la conducta debe constituir «una infracción de normas fundamentales del derecho internacional»³⁴⁸. El encarcelamiento arbitrario es una violación de los derechos humanos individuales reconocidos en el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁴⁹ y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵⁰. El apartado *e*

incluye también los casos de encarcelamiento a gran escala o sistemáticos, como los campos de concentración³⁵¹. Según los Elementos de los Crímenes, el autor también debe ser «consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta»³⁵². El encarcelamiento se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y en el proyecto de código de la Comisión de 1996³⁵³.

159. *Tortura.* En el artículo 7, párr. 1, apdo. *f*, del Estatuto de Roma se indica que la tortura es un acto prohibido. En el artículo 7, párr. 2, apdo. *e*, se define la tortura como

causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

En los Elementos de los Crímenes se establece que «no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen»³⁵⁴. Esta definición de tortura es idéntica a la que figura en el artículo 1, párr. 1, de la Convención contra la Tortura, pero se elimina el requisito de que haya un fin específico³⁵⁵. La tortura se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y en el proyecto de código de la Comisión de 1996³⁵⁶.

160. *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.* En el artículo 7, párr. 1, apdo. *g*, del Estatuto de Roma se indica que la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable son actos prohibidos. A continuación se examina cada uno de esos actos.

161. *Violación.* La violación se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, en el

privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta».

³⁵¹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 14 del comentario al artículo 18.

³⁵² Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 122, artículo 7, párr. 1, apdo. *e*, elemento 3.

³⁵³ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 14 del comentario al artículo 18.

³⁵⁴ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 122, nota 14.

³⁵⁵ En el artículo 1, párr. 1, de la Convención contra la Tortura se dispone lo siguiente: «[S]e entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas».

³⁵⁶ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 9 del comentario al artículo 18.

³⁴² Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 121, nota 13.

³⁴³ *Ibíd.*, pág. 121.

³⁴⁴ *Ibíd.*, nota 12.

³⁴⁵ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 54, párr. 13 del comentario al artículo 18.

³⁴⁶ *Ibíd.*

³⁴⁷ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 122, artículo 7, párr. 1, apdo. *e*, elemento 1.

³⁴⁸ *Ibíd.*, elemento 2.

³⁴⁹ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948.

³⁵⁰ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 14 del comentario al artículo 18. El artículo 9 del Pacto dispone lo siguiente: «Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser

Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y en el proyecto de código de la Comisión de 1996³⁵⁷. Debido a las denuncias de violaciones cometidas de manera generalizada o sistemática en la antigua Yugoslavia, en 1995 la Asamblea General reafirmó unánimemente que la violación estaba comprendida en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad cuando se daban los demás elementos del delito³⁵⁸.

162. En los Elementos de los Crímenes se define la violación como un acto que implica que «el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo»³⁵⁹. Es necesario que esa invasión «haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento»³⁶⁰. En los Elementos de los Crímenes se señala que se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una «incapacidad natural, inducida o debida a la edad»³⁶¹. También se indica en los Elementos de los Crímenes que se pretende que el acto de violación en relación con los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma sea neutro en cuanto al género³⁶². Estos elementos fueron interpretados con cierto detalle por primera vez por la Sala de Primera Instancia II en las causas *Katanga y Ngudjolo Chui*³⁶³.

163. *Esclavitud sexual*. La esclavitud sexual figura por separado como acto prohibido en el artículo 7, párr. 1, apdo. g, del Estatuto de Roma en lugar de como una forma de esclavitud en virtud del artículo 7, párr. 1, apdo. c. En los Elementos de los Crímenes se define la esclavitud sexual como un acto que implica que «el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad»³⁶⁴.

³⁵⁷ Weiss, «Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid», pág. 132; Adams, *Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht*.

³⁵⁸ Resolución 50/192 de la Asamblea General, de 23 de febrero de 1996.

³⁵⁹ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), págs. 122 y 123, elemento 1.

³⁶⁰ *Ibid.*, pág. 123, elemento 2.

³⁶¹ *Ibid.*, nota 16.

³⁶² *Ibid.*, pág. 122, nota 15.

³⁶³ *Katanga 2014* (nota 88 *supra*), párrs. 963 a 972. La Sala de Primera Instancia determinó que durante un ataque contra la aldea de Bogoro en febrero de 2003, combatientes ngitis de campamentos de milicias habían cometido violaciones que constituían crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, los dos acusados ante el Tribunal fueron absueltos como cómplices en esas violaciones (y posteriormente del delito de esclavitud sexual). Entre otras cosas, la Sala de Primera Instancia consideró que no se había demostrado que esos crímenes concretos formaran parte del objetivo común del ataque. Véase también *Katanga 2008* (nota 230 *supra*).

³⁶⁴ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 123, art. 7 1) c), elemento 1.

Esa privación de libertad podría incluir «la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 1956»³⁶⁵. Además, es necesario que el autor «haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual»³⁶⁶. En los Elementos de los Crímenes también se señala que dado «el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o más personas con un propósito delictivo común»³⁶⁷. Estos elementos también fueron interpretados con cierto detalle por primera vez por la Sala de Primera Instancia II en las causas *Katanga y Ngudjolo Chui*³⁶⁸.

164. *Prostitución forzada*. Se ha sugerido que el crimen de «prostitución forzada» se incluyó en el Estatuto de Roma «para incorporar esas situaciones que carecen de las condiciones similares a la esclavitud»³⁶⁹. En los Elementos de los Crímenes se define la prostitución forzada como un acto en el que:

El autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento³⁷⁰.

En los Elementos de los Crímenes también se señala como elemento adicional que «el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos»³⁷¹. La prostitución forzada se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el proyecto de código de la Comisión de 1996³⁷².

165. *Embarazo forzado*. En el artículo 7, párr. 2, apdo. f, del Estatuto de Roma se define el embarazo forzado³⁷³ como «el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo»³⁷⁴.

166. *Esterilización forzada*. Tras la Segunda Guerra Mundial, varios acusados fueron declarados culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por

³⁶⁵ *Ibid.*, nota 18.

³⁶⁶ *Ibid.*, pág. 124, artículo 7 1) g)-3, elemento 1.

³⁶⁷ *Ibid.*, pág. 123, nota 17.

³⁶⁸ *Katanga 2014* (nota 88 *supra*), párrs. 975 a 984.

³⁶⁹ Hall y otros, «Article 7, Crimes against Humanity», págs. 212 y 213.

³⁷⁰ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 124, art. 7 1) g)-3, elemento 1.

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 16 del comentario al artículo 18.

³⁷³ Véase, en general, Weiss, «Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid», pág. 132.

³⁷⁴ En los Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*) no se profundiza en detalle en esta definición, pág. 124, art. 7 1) g)-4.

haber llevado a cabo experimentos médicos, incluida la esterilización, en campos de concentración³⁷⁵. La esterilización forzada puede también considerarse genocidio cuando se cometa con la intención de destruir a un grupo determinado en su totalidad o en parte, como una forma de imponer «medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo», en virtud del artículo 6, apdo. e, del Estatuto de Roma. En los Elementos de los Crímenes se define la esterilización forzada como un acto por el cual el autor ha «privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica»³⁷⁶. Además, en los Elementos de los Crímenes se establece que es necesario que la conducta «no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento»³⁷⁷. En los Elementos de los Crímenes se incluye una nota de pie de página respecto del primer elemento en la que se indica lo siguiente: «Esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica»³⁷⁸.

167. *Otros abusos sexuales de gravedad comparable.* En la causa *Akayesu* ante el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el acusado fue enjuiciado por violencia sexual como crimen de lesa humanidad sobre la base de que ese tipo de violencia estaba comprendida en el ámbito de «otros actos inhumanos»³⁷⁹. La Sala de Primera Instancia en la causa *Akayesu*, al definir «violencia sexual» en el contexto de los crímenes de lesa humanidad, dijo lo siguiente:

El Tribunal considera que la violencia sexual, que incluye la violación, es todo acto de naturaleza sexual perpetrado contra una persona en circunstancias de coacción. La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no entrañen penetración ni contacto físico³⁸⁰.

El Tribunal determinó que el acto de forzar a una mujer a desnudarse y hacer gimnasia frente a una multitud constituía violencia sexual que podía considerarse un acto inhumano³⁸¹. El Tribunal también señaló, en este contexto, que no se requerían pruebas de que se hubiera producido fuerza física para demostrar circunstancias de coacción³⁸². El proyecto de código de la Comisión de 1996 también incluía «otras formas de abuso sexual» como un acto prohibido en su definición de crímenes de lesa humanidad³⁸³. En los Elementos de los Crímenes se define este acto prohibido como aquel que implica que

el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de

³⁷⁵ Hall y otros, «Article 7, Crimes against Humanity», págs. 213 a 224, nota 255.

³⁷⁶ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 124, art. 7 1) g)-5, elemento 1.

³⁷⁷ *Ibid.*, elemento 2.

³⁷⁸ *Ibid.*, nota 19.

³⁷⁹ *Akayesu* (nota 79 *supra*), párr. 688.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.* («Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coerción que se aprovechan del temor o la desesperación pueden constituir coacción y esta puede ser inherente a determinadas circunstancias, como los conflictos armados o la presencia militar de la milicia Interahamwe entre las refugiadas tutsis en la oficina municipal»); véase también *Brima* (nota 91 *supra*).

³⁸³ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18, apdo. j.

naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento³⁸⁴.

Este elemento parece adecuarse al enfoque adoptado por la Sala de Primera Instancia en la causa *Akayesu* e incorpora la misma definición amplia de coacción. Además, la conducta debe ser de gravedad comparable a la de los demás crímenes enumerados en el artículo 7, párr. 1, apdo. g, del Estatuto de Roma³⁸⁵. En los Elementos de los Crímenes también se establece que el autor debe haber sido «consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta»³⁸⁶.

168. *Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia.* En el artículo 7, párr. 1, apdo. h, del Estatuto de Roma se señala que constituye un acto prohibido la «persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definidos en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional», en conexión con cualquier acto mencionado en el párrafo 1 en su conjunto o con los actos de genocidio o crímenes de guerra. En el artículo 7, párr. 2, apdo. g, se define la persecución como «la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad». En los Elementos de los Crímenes se aclara que incluye dirigirse contra personas por pertenecer a un grupo o colectividad, así como dirigirse contra el grupo o la colectividad como tales³⁸⁷. La persecución puede adoptar muchas formas y su característica fundamental es la denegación de los derechos humanos fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción³⁸⁸. La importancia de este concepto puede verse en el Artículo 1, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas, que establece el «respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión», así como en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸⁹. El artículo 7, párr. 1, apdo. h, del Estatuto de Roma se aplica a los

³⁸⁴ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 125, art. 7 1) g)-6, elemento 1.

³⁸⁵ Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, artículo 18, apdo. j, y párrafo 16 de su comentario (*Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50, págs. 51, 54 y 55).

³⁸⁶ *Ibid.*, elemento 3. Para consultar una manifestación reciente del enfoque adoptado por el Fiscal de la Corte Penal Internacional respecto de este tipo de crímenes, véase *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes* (2014).

³⁸⁷ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 125 («1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas* de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional. 2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas* en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales»).

³⁸⁸ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 11 del comentario al artículo 18.

³⁸⁹ El artículo 2, párr. 1, del Pacto estipula: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política

actos de persecución que no tienen la intención específica necesaria para constituir crímenes de genocidio³⁹⁰. La persecución por motivos políticos, raciales o religiosos se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 6, apdo. c, del Estatuto de Núremberg, en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y en los proyectos de códigos de la Comisión³⁹¹.

169. En el artículo 7, párr. 1, apdo. h, del Estatuto de Roma se prohíbe la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por diversos motivos, entre ellos el de género. El Estatuto de Roma fue el primer instrumento jurídico internacional que señaló explícitamente como crimen la persecución por motivos de género³⁹². En el artículo 7, párr. 3, se define el género como «los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede». Siguiendo el uso en el ámbito de las Naciones Unidas, «la palabra “sexo” se emplea en relación con las características físicas y biológicas de mujeres y hombres, mientras que el término género se usa para explicar las diferencias observadas entre mujeres y hombres según las funciones asignadas por la sociedad»³⁹³. Así pues, la expresión «en el contexto de la sociedad» que figura en el párrafo 3 puede interpretarse como una referencia a esas funciones y diferencias asignadas socialmente a ambos sexos³⁹⁴. Por lo tanto, la utilización de «género» en lugar de «sexo» en el Estatuto tiene un carácter más inclusivo³⁹⁵.

170. *Desaparición forzada de personas*. En el artículo 7, párr. 1, apdo. i, del Estatuto de Roma se señala que la desaparición forzada de personas es un acto prohibido. En el artículo 7, párr. 2, apdo. i, se define la desaparición forzada de personas como

la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

En 1992, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la que se señalaba que «las desapariciones forzadas afectan a los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales», y que «su práctica sistemática representa un crimen

o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

³⁹⁰ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 11 del comentario al artículo 18.

³⁹¹ *Ibíd.*; véase también Alija Fernández, *La persecución como crimen contra la humanidad*.

³⁹² Oosterveld, «The Making of a Gender-Sensitive International Criminal Court», pág. 40; véase del mismo autor, «Gender-Based Crimes against Humanity», pág. 78.

³⁹³ Aplicación de los resultados de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, informe del Secretario General (A/51/322), párr. 9.

³⁹⁴ Hall y otros, «Article 7, Crimes against Humanity», pág. 273.

³⁹⁵ Oosterveld, «The Making of a Gender-Sensitive International Criminal Court», pág. 40.

*de lesa humanidad**»³⁹⁶. En la definición de desaparición forzada de personas que figura en el artículo 7, párr. 2, apdo. i, del Estatuto de Roma se emplea casi la misma redacción que aparece en esa Declaración³⁹⁷.

171. La desaparición forzada de personas se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, en cuyo comentario se hacía referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en lo relativo a las definiciones del acto prohibido³⁹⁸. La Comisión señaló en su comentario que la desaparición forzada de personas se incluyó como acto comprendido en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad «por su crueldad y gravedad extremas»³⁹⁹. Como se indicó en el párrafo 86 *supra*, en 2006 la Asamblea General aprobó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. En el artículo 5 de la Convención se dispone lo siguiente:

La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable⁴⁰⁰.

172. En los Elementos de los Crímenes no se examinan por separado los elementos de los autores implicados en la privación de libertad y los elementos relativos a los autores implicados en el rechazo o la negativa; por el contrario, los dos tipos de conducta se examinan conjuntamente. Según el primer elemento, el autor debe haber «aprehendido, detenido o secuestrado a una o más personas» o haberse «negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas»⁴⁰¹. En las notas se aclara que el término «detenido» incluye «el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba» y que «en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención pudieron haber sido legales»⁴⁰². El segundo elemento requiere que la aprehensión, la detención o el secuestro vayan seguidos o acompañados de una negativa a reconocerlos o a dar información al respecto o que la «negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad»⁴⁰³. El tercer elemento exige que

³⁹⁶ Resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, párr. 4 del preámbulo.

³⁹⁷ En ella se define la desaparición forzada como aquellas situaciones en que «se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley» (tercer párrafo del preámbulo).

³⁹⁸ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 54, párr. 15 del comentario al artículo 18.

³⁹⁹ *Ibíd.*

⁴⁰⁰ Véase también el informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (A/HRC/13/31).

⁴⁰¹ Elementos de los Crímenes (nota 87 *supra*), pág. 126, art. 7 1) i), elemento 2 b).

⁴⁰² *Ibíd.*, notas 25 y 26.

⁴⁰³ *Ibíd.*, pág. 126.

el autor sea consciente de que tal «aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa» o que la «negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad»⁴⁰⁴. El cuarto elemento requiere que tal «aprehensión, detención o secuestro haya sido realizado por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia», mientras que el quinto elemento exige que tal negativa haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo»⁴⁰⁵. El sexto elemento requiere que «el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado»⁴⁰⁶. En una nota de pie de página se indica lo siguiente: «Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común»⁴⁰⁷.

173. *Apartheid*. El artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* establece lo siguiente: «Los Estados Partes en la presente Convención declaran que el apartheid es un crimen de lesa humanidad». En el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 se incluyó lo que la Comisión denominó el «crimen de *apartheid* con una denominación más general»⁴⁰⁸, al referirse a la discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos como crímenes de lesa humanidad.

174. En el artículo 7, párr. 1, apdo. *j*, del Estatuto de Roma se indica expresamente que el *apartheid* es un acto prohibido. En el artículo 7, párr. 2, apdo. *h*, se define el crimen de *apartheid* como «los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen».

175. *Otros actos inhumanos*. En el artículo 7, párr. 1, apdo. *k*, del Estatuto de Roma se dispone que están prohibidos otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. En el comentario a su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, la Comisión explicó la inclusión de «otros actos inhumanos» reconociendo que «era imposible hacer una lista exhaustiva de todos los actos inhumanos que podían constituir crímenes contra la humanidad»⁴⁰⁹. En ese proyecto se incluyen dos ejemplos de los tipos de actos que cabría considerar «otros actos inhumanos» que constituyen

crímenes de lesa humanidad, a saber, las mutilaciones y las lesiones graves⁴¹⁰. El artículo 6, apdo. *c*, del Estatuto de Núremberg, la Ley núm. 10 del Consejo de Control, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda incluyeron «otros actos inhumanos» en sus definiciones de crímenes de lesa humanidad⁴¹¹.

F. Proyecto de artículo 2: Definición de crímenes de lesa humanidad

176. La definición de crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma constituye una definición ampliamente aceptada en el derecho internacional reconocido⁴¹². Así pues, a los efectos del presente proyecto de artículos, debería utilizarse literalmente, con excepción de tres cambios que no tienen carácter sustantivo y que son necesarios habida cuenta del contexto diferente en que se utiliza la definición. En primer lugar, la frase inicial del párrafo 1 debería decir «A los efectos del presente proyecto de artículos» en lugar de «A los efectos del presente Estatuto». En segundo lugar, es necesario el mismo cambio en la frase inicial del párrafo 3. En tercer lugar, en el artículo 7, párr. 1, apdo. *h*, del Estatuto de Roma se tipifican los actos de persecución cuando se realizan «en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte». También en este caso, para adaptarla al contexto diferente, esa frase debería decir «en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con actos de genocidio o crímenes de guerra»⁴¹³.

177. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 2. Definición de delitos de lesa humanidad»

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;

⁴¹⁰ *Ibíd.*, pág. 51.

⁴¹¹ *Ibíd.*

⁴¹² Véase, por ejemplo, el informe de la comisión de investigación sobre los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea (A/HRC/25/63), párr. 21 («Las cuestiones relacionadas con los crímenes de lesa humanidad se evaluaron sobre la base de las definiciones establecidas por el derecho penal internacional consuetudinario y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional»).

⁴¹³ A su debido tiempo, se puede añadir a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional el crimen de agresión, en cuyo caso la Comisión podrá replantearse esa redacción. Como mínimo, esta cuestión podría señalarse en el comentario de la Comisión para su examen por los Estados en la negociación y la aprobación de una convención sobre crímenes de lesa humanidad.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*

⁴⁰⁵ *Ibíd.*, págs. 126 y 127.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 127.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 11, nota 23.

⁴⁰⁸ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 53, párr. 12 del comentario al artículo 18. En concreto, el proyecto de código de 1996 estableció que la «[d]iscriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población» (art. 18, apdo. *f*) era un crimen de lesa humanidad.

⁴⁰⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 55, párr. 17 del comentario al artículo 18.

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con actos de genocidio o crímenes de guerra;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de *apartheid*;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por «el crimen de *apartheid*» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1, cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente proyecto de artículos se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.»

CAPÍTULO VI

Programa de trabajo futuro

178. A continuación figura una hoja de ruta provisional para la conclusión de la labor sobre este tema.

179. Un segundo informe, que se deberá presentar en 2016, probablemente examinará los siguientes puntos: la obligación de un Estado parte de adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que los crímenes de lesa humanidad constituyan un delito con arreglo a la legislación nacional; la obligación de adoptar las medidas necesarias para establecer la competencia del Estado parte a fin de ejercer su jurisdicción sobre el delito; la obligación de todos los Estados partes de poner bajo custodia a los

presuntos delincuentes en cualquier territorio bajo su jurisdicción y llevar a cabo una investigación del presunto delito; la obligación de someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que la persona sea extraditada a otro Estado o entregada a un tribunal internacional; y el derecho del presunto delincuente a un trato justo, incluido un juicio imparcial.

180. El posterior programa de trabajo sobre el tema deberá ser determinado por los miembros de la Comisión elegidos para el quinquenio comprendido entre 2017 y 2021. Un posible calendario podría incluir un tercer

informe, que habría de presentarse en 2017, en el que se examinarían los siguientes puntos: la obligación de los Estados partes de investigar un presunto delito en los casos en que el presunto delincuente no esté presente; los derechos y las obligaciones aplicables a la extradición del presunto delincuente; y los derechos y las obligaciones aplicables a la asistencia judicial recíproca respecto de todo proceso penal relativo a un presunto crimen de lesa humanidad.

181. Un cuarto informe, que se debería presentar en 2018, podría ocuparse de todas las demás cuestiones, como la solución de controversias, así como de la redacción de un preámbulo y los artículos finales de la convención.

182. Si se mantiene ese calendario, se prevé que una primera lectura de todo el proyecto de artículos concluya antes de 2018 y una segunda lectura antes de 2020.

ANEXO

Proyectos de artículos propuestos*Proyecto de artículo 1. Prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad*

1. Todo Estado parte confirma que los crímenes de lesa humanidad, cometidos tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, son crímenes contemplados en el derecho internacional que se compromete a prevenir y sancionar.

2. Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los crímenes de lesa humanidad en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

3. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de los delitos de lesa humanidad.

Proyecto de artículo 2. Definición de delitos de lesa humanidad

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con actos de genocidio o crímenes de guerra;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de *apartheid*;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión

múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por «el crimen de *apartheid*» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1, cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente proyecto de artículos se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 67º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/676	Aplicación provisional de los tratados. Memorando de la Secretaría	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/677	Programa provisional del 67º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en <i>Anuario... 2015</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/678	Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones	Mimeografiado.
[A/CN.4/679 y Add.1]	Programa de trabajo a largo plazo: Revisión de la lista de temas establecida en 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores y Posibles temas de examen teniendo en cuenta la revisión de la lista de temas establecida en 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores. Documento de trabajo preparado por la Secretaría	[Aparecerá reproducido en <i>Anuario... 2016</i> , vol. II (primera parte).]
A/CN.4/680 [y Corr.1]	Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, del Sr. Sean D. Murphy, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/681	Segundo informe sobre la protección de la atmósfera, del Sr. Shinya Murase, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/682	Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/683	Tercer 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.4/684 y Add.1	Vacantes imprevistas en la Comisión. Nota de la Secretaría	A/CN.4/684 reproducido en el presente volumen; A/CN.4/684/Add.1 mimeografiado.
A/CN.4/685	Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de la Sra. Marie G. Jacobsson, Relatora Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/686	Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial	Ídem.
A/CN.4/687	Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.851	Protección de la atmósfera. Texto y títulos de los proyectos de conclusión 1, 2 y 5 y los párrafos del preámbulo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción los días 13, 18, 19 y 20 de mayo de 2015	Mimeografiado.
A/CN.4/L.852	Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida. Informe final	Ídem.
A/CN.4/L.853	Crímenes de lesa humanidad. Texto de los proyectos de artículo 1, 2, 3 y 4 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción los días 28 y 29 de mayo y 1 y 2 de junio de 2015	Ídem.
A/CN.4/L.854	Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Texto y título del proyecto de conclusión aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción el 4 de junio de 2015	Ídem.

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.855	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2015</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.856	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 67º período de sesiones)	Ídem.
A/CN.4/L.857	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.858 y Add.1	Ídem: capítulo [V] (Protección de la atmósfera)	Ídem.
A/CN.4/L.859	Ídem: capítulo [VI] (Identificación del derecho internacional consuetudinario)	Ídem.
A/CN.4/L.860 y Add.1	Ídem: capítulo [VII] (Crímenes de lesa humanidad)	Ídem.
A/CN.4/L.861 y Add.1	Ídem: capítulo [VIII] (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.862	Ídem: capítulo [IX] (Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados)	Ídem.
A/CN.4/L.863 y Add.1	Ídem: capítulo [X] (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem.
A/CN.4/L.864	Ídem: capítulo [XI] (Aplicación provisional de los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.865	La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/L.866	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones: capítulo IV (La cláusula de la nación más favorecida)	Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2015</i> , vol. II (segunda parte parte).
A/CN.4/L.867 y Add.1	Ídem: capítulo [XII] (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.868	Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.869	Identificación del derecho internacional consuetudinario. Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción	Ídem.
A/CN.4/L.870 [y Rev.1]	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Texto de los proyectos de principio aprobados provisionalmente en 2015 [sometidos a una revisión técnica y reenumerados en el 68º período de sesiones] por el Comité de Redacción	Ídem.
A/CN.4/SR.3244 - A/CN.4/SR.3290	Actas resumidas provisionales de las sesiones 3244ª a 3290ª	Ídem. El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2015</i> , vol. I.

