Anexo I

FORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

(Michael Wood)

1. Las cuestiones relativas a las fuentes constituyen el núcleo central del derecho internacional. Las actividades en esta esfera figuran entre las más importantes y logradas de la Comisión, pero se han circunscrito en gran parte al derecho de los tratados. Se propone incluir en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión un tema titulado «Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario». El título propuesto no impediría a la Comisión examinar aspectos conexos si fuera conveniente, pero su actividad se centraría en la formación (el proceso de elaboración de las normas de derecho internacional consuetudinario) y la documentación (identificación de esas normas). Como se ha hecho siempre, en caso de que la Comisión acepte el tema, será importante, desde un principio, definir cuidadosamente su alcance y determinar el orden de prioridad de las cuestiones.

2. A pesar del considerable aumento del número de tratados, y de su alcance cada vez mayor, el derecho internacional consuetudinario sigue siendo una importante fuente del derecho internacional. El ideal de un derecho completamente codificado que haga innecesario el derecho internacional consuetudinario, aunque fuera deseable, dista mucho de ser una realidad. En el pasado se ha escrito mucho sobre el tema del derecho internacional consuetudinario. En años recientes se observa una tendencia, en algunos sectores, a reducir su importancia. Al propio tiempo, hay menos objeciones ideológicas al papel del derecho internacional consuetudinario. Parece estarse reactivando el interés por la formación del derecho internacional consuetudinario, estimulado en parte por los intentos, a veces bastante controvertidos, de los tribunales nacionales de ocuparse de la cuestión. En la actualidad, la formación del derecho internacional consuetudinario debe verse en el contexto de un mundo compuesto por casi 200 Estados y con numerosas y variadas organizaciones internacionales, tanto regionales como universales.

3. La formación y la identificación del derecho internacional consuetudinario se prestan a diferentes planteamientos. No obstante, entender este proceso de formación e identificación es esencial para todos aquellos que han de aplicar las normas del derecho internacional. Llegar a una interpretación común del proceso podría ser de gran importancia práctica, máxime teniendo en cuenta que quienes se ven enfrentados a las cuestiones del derecho internacional consuetudinario son, de modo creciente, personas que quizás no sean especialistas en derecho internacional, como el personal de los tribunales nacionales de muchos países, los funcionarios de ministerios distintos del de relaciones exteriores o los funcionarios de organizaciones no gubernamentales.

4. Lo que se quiere no es codificar «normas» para la formación del derecho internacional consuetudinario, sino ofrecer orientaciones autorizadas a los encargados de identificar el derecho internacional consuetudinario, incluidos los jueces nacionales o internacionales. Será importante no incurrir en una normatividad excesiva. La flexibilidad sigue siendo un factor esencial para la formación del derecho internacional consuetudinario. Teniendo esto en cuenta, el resultado último de la labor de la Comisión en este ámbito podría adoptar una de varias formas. Una posibilidad sería formular una serie de proposiciones, acompañadas de comentarios.

5. Los tribunales internacionales han contribuido en cierta medida a aclarar las cuestiones, como también lo han hecho los tribunales nacionales. Y hay muchos estudios sobre la materia. Sin embargo, los esfuerzos colectivos que se han llevado a cabo para describir sistemáticamente el proceso de formación del derecho internacional consuetudinario, si bien contenían una gran cantidad de material útil, no suscitaron la aprobación general[1]. Persisten diferencias considerables de planteamiento entre los autores. En tales circunstancias la Comisión de Derecho Internacional, dada su composición y sus métodos de trabajo colegiados, así como su estrecha relación con los Estados a través de la Asamblea General, podría aportar una contribución útil.

Plan general

6. Por razones de conveniencia, el examen del tema podría dividirse en varias etapas (aunque la separación entre ellas no sería rígida), a saber: cuestiones subyacentes y recopilación de materiales; algunas cuestiones centrales referentes a la identificación de la práctica de los Estados y la *opinio juris*; temas particulares; y conclusiones. Los párrafos que figuran a continuación son de

[1] «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law», con comentario (resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, pág. 39). En lo relativo al debate en sesión plenaria, véase ibíd. págs. 922 a 926. El «London Statement of Principles» se encuentra en ibíd., págs. 712 a 777, y el informe de la reunión de trabajo del Comité sobre la formación del derecho internacional consuetudinario (general), celebrada en 2000, está recogido en ibíd., págs. 778 a 790. Los seis informes provisionales del Comité contienen informaciones más detalladas.

carácter indicativo: no todas las cuestiones señaladas se tendrán en cuenta necesariamente, y sí podrían tenerse en cuenta otras que no lo están.

Cuestiones de fondo y materiales básicos

7. La primera etapa comprendería algunas cuestiones de fondo, así como el examen de los materiales básicos. Las cuestiones que podrían considerarse son las siguientes:

a) Definición del alcance del tema, y posibles resultados. Es esencial que se delimite claramente el alcance. Habrá que discernir los límites entre este tema y otros temas que ya se han examinado o se están examinando, como la «fragmentación» y «los tratados en el tiempo», o bien que podrían examinarse en el futuro, como el *jus cogens*. Las cuestiones que queden incluidas deberá decidirlas la Comisión en su momento.

b) Terminología/definiciones. Uso y significado del los términos «derecho internacional consuetudinario» y «normas del derecho internacional consuetudinario», que parecen ser las expresiones más utilizadas (también se habla de «derecho consuetudinario internacional», «costumbre», «costumbre internacional», *lex lata*, *lex ferenda*, e instrumentos jurídicos no vinculantes («*soft law*»)). Podría ser útil preparar un breve glosario de los términos pertinentes en todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

c) Lugar que ocupa el derecho internacional consuetudinario en el ordenamiento jurídico internacional (principio *Lotus*; «*toile de fond*»[2]), incluida la relación del «derecho internacional consuetudinario» con el «derecho internacional general», los «principios generales del derecho», y los «principios generales del derecho internacional». Esto podría requerir un examen del uso y el significado del término «derecho internacional general», que pueden no ser los mismos que los del término «derecho internacional consuetudinario»; la noción de una «fusión de las fuentes», que plantea entre otras cosas la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los «principios generales del derecho» (Artículo 38.1 *c* del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Quizás deban examinarse también las distinciones entre las normas del derecho internacional consuetudinario y la «*soft law*», entre la *lex lata* y la *lex ferenda*, y entre el derecho internacional consuetudinario y el mero uso por una parte, y los tratados informales (con inclusión de los tratados en forma no escrita) y la práctica ulterior relacionada con la interpretación de los tratados, por el otro.

d) Un análisis del Artículo 38.1 *b* del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (incluidos sus trabajos preparatorios), y de los apartados *c* y *d* de este mismo párrafo.

e) Teorías y criterios principales de la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Las bases teóricas del tema son importantes, pero el objetivo último será proporcionar ayuda práctica a los que investigan las normas del derecho internacional consuetudinario. Será necesario abordar cuestiones generales de metodología, como la investigación empírica de la práctica de los Estados así como el razonamiento deductivo, ilustrado por alguna jurisprudencia de las cortes y los tribunales internacionales. Las consideraciones de carácter práctico pueden afectar a la metodología, especialmente en un mundo compuesto por casi 200 Estados.

f) Jurisprudencia pertinente de las cortes y tribunales internacionales y nacionales.

g) Bibliografía.

La práctica de los Estados y la opinio juris

8. Después de reunir los materiales básicos y de haber considerado algunas cuestiones de fondo, entre ellas las cuestiones generales de metodología indicadas en el párrafo 7 e *supra*, una segunda fase consistiría en el examen de algunas cuestiones centrales del enfoque tradicional de la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, y en particular de la práctica de los Estados y la *opinio juris*:

a) Identificación de la práctica del Estado. ¿Qué se entiende por «práctica del Estado»? Acciones y omisiones, acciones verbales y físicas. ¿Cómo pueden cambiar de posición los Estados respecto de una norma de derecho internacional? Decisiones de las cortes y los tribunales nacionales (y respuesta a las mismas del poder ejecutivo). Más allá del Estado, ¿quién actúa? ¿Algunas organizaciones internacionales, como la Unión Europea? «Representatividad» de la práctica de los Estados (incluida la diversidad regional)[3].

b) Naturaleza, función e identificación de la *opinio juris sive necessitatis*.

---

[2] Asunto *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 246, en particular pág. 291, párr. 83.

[3] Como se recordará, en sus períodos de sesiones primero y segundo, celebrados en 1949 y 1950, respectivamente, la Comisión, de conformidad con el mandato conferido en virtud del artículo 24 de su estatuto, examinó el tema «Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario». El resultado fue un informe influyente, que dio lugar a varias publicaciones importantes de carácter nacional e internacional: *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 367 a 374, párrs. 24 a 94 (en español: Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento n.º 12* (A/1316), págs. 4 a 10); véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 7.ª ed. (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.07.V.9), vol. I, parte III. secc. A.2. La labor de la Comisión en relación con la práctica de los Estados se ha descrito en los términos siguientes: «La Comisión de Derecho Internacional reconoció sin reservas la importancia de una amplia disponibilidad de la práctica de los Estados, y su informe contribuye en gran medida a la adopción de medidas con este fin. Sin embargo, en la actualidad [este texto es de 1998] dos circunstancias ponen en peligro la plena consecución de los objetivos fijados en 1950 por la Comisión: la primera es la enorme proliferación de la documentación disponible sobre los muchos aspectos del derecho internacional y las relaciones internacionales, y la segunda son los costos cada vez más elevados resultantes de esta acumulación, almacenamiento y distribución de estos documentos. Si a esto se añaden los efectos, en los últimos años, de los avances revolucionarios de la tecnología de la información mundial, el tema examinado en el informe de 1950 de la Comisión merece una renovada atención» (A. D. Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, vol. III, Oxford University Press, 1999, pág. 2106). La Comisión debería desde luego abordar de nuevo la cuestión del acceso a la práctica de los Estados, paralelamente a otros trabajos sobre el derecho internacional consuetudinario comprendidos en este programa.

c) Relación entre los dos elementos, la práctica del Estado y la *opinio juris sive necessitatis*, y sus funciones respectivas en la identificación del derecho internacional consuetudinario.

d) Manera en que surgen las nuevas normas del derecho internacional consuetudinario; cómo las medidas unilaterales adoptadas por los Estados pueden conducir a la formulación de nuevas normas; criterios para determinar si las desviaciones de una norma consuetudinaria han provocado un cambio en el derecho consuetudinario; papel potencial del silencio/aquiescencia.

e) El papel de los «Estados especialmente afectados».

f) El elemento temporal y la densidad de la práctica; derecho internacional consuetudinario «instantáneo».

g) Saber si el criterio para identificar una norma de derecho consuetudinario puede variar dependiendo de la naturaleza de la norma o el ámbito al que pertenece.

Temas particulares

9. En una tercera etapa podrían examinarse temas particulares, como por ejemplo:

a) La teoría del «objetor persistente».

b) Los tratados y la formación del derecho internacional consuetudinario; los tratados como posible testimonio documental del derecho internacional consuetudinario; la «influencia/interdependencia mutua» entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

c) Las resoluciones de órganos de las organizaciones internacionales, incluida la Asamblea General de las Naciones Unidas, y las conferencias internacionales, y la formación del derecho internacional consuetudinario; su importancia como posible testimonio documental del derecho internacional consuetudinario.

d) Formación e identificación de normas del derecho internacional consuetudinario especial entre algunos Estados (regional, subregional, local o bilateral – normas «individualizadas» del derecho internacional consuetudinario). ¿Desempeña un papel especial el consentimiento en la formación de las normas especiales del derecho internacional consuetudinario?

Conclusiones

10. En la etapa final podrían consolidarse los resultados de las etapas anteriores, en una forma adecuada para el examen y la aprobación por la Comisión.

Material de referencia

A. Comisión de Derecho Internacional

«Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission», memorando del Secretario General (A/CN.4/6 y Corr.1, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1949.V.6, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del primer período de sesiones).

Documento de trabajo preparado por la Secretaría (A/CN.4/W.9), reproducido en *Yearbook of the International Law Commission 1949*, acta resumida de la 31.ª sesión, págs. 228 y 229, nota 10.

Article 24 of the Statute of the International Law Commission, documento de trabajo preparado por el Sr. Manley O. Hudson, Relator Especial, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/16 y Add.1, págs. 24 a 33.

Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 367 a 374, párrs. 24 a 94 («Part II, Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available»).

B. Jurisprudencia

1. Corte Permanente de Justicia Internacional

Lotus, fallo n.º 9, 1927, *C.P.J.I., série A n.º 10* (págs. 18, 20 a 22 y 28).

2. Corte Internacional de Justicia

Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, fallo de 20 de noviembre de 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 266 (págs. 276 a 278).

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15.

Pêcheries (Reino Unido *c*. Noruega), fallo de 18 de diciembre de 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 116 (págs. 131, 138 y 139).

Nottebohm, segunda fase, fallo de 6 de abril de 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4 (págs. 22 y 23).

Droit de passage sur territoire indien, fondo, sentencia de 12 de abril de 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 6 (págs. 39 a 44).

Plateau continental de la mer du Nord, fallo, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 3 (párrs. 60 a 83).

Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 246 (párrs. 83, 90, 94, 110 y 111).

Plateau continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), fallo, *C.I.J. Recueil 1985*, pág. 13 (párrs. 26 a 34, 43, 44 y 77).

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 14 (párrs. 172 a 192, 201 a 209, 211 y 273).

Différend frontalier (Burkina Faso/República de Malí), fallo de 22 de diciembre de 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, pág 554 (párr. 21).

Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, fallo, *C.I.J. Recueil 1993*, pág. 38 (párr. 46).

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226 (párrs. 64 a 73, 75, 79 a 82, 84 y 96).

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 7.

Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 40.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (República Democrática del Congo *c*. Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 3 (párrs. 51 a 59).

Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica *c*. Nicaragua), fallo de 13 de julio de 2009, *C.I.J. Recueil 2009*, pág. 213 (párrs. 140 a 144), y opinión separada del magistrado Sepúlveda-Amor (párrs. 20 a 28).

3. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia

Le Procureur c. *Dusko Tadić alias "DULE"*, Sala de Apelaciones, caso n.º IT-94-1-AR72, *Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 de octubre de 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, págs. 352 y ss. (párr. 99).

Le Procureur c. *Kupreskić* et al., Sala de Primera Instancia, caso n.º IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000, *Recueils judiciaires 2000*, vol. II, págs. 1398 y ss. (párrs. 524, 525, 527, 531 a 534 y 540).

4. Tribunales arbitrales

Mergé, Comisión de conciliación italo-americana, decisión n.º 55, 10 de junio de 1955, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta: 65.V.4), pág. 236; véase también *ILR* 1955, pág. 443.

Texaco-Calasiatic c. *Gouvernement libyen*, laudo arbitral sobre el fondo, de 19 de enero de 1977, *Journal du droit international*, vol. 104, n.º 2 (1977), pág. 350 (párrs. 59, 60, 69 y 83 a 89).

Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française, laudo de 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 130 (párrs. 45 a 47).

C. Asociación de Derecho Internacional

Resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, pág. 39.

D. Instituto de Derecho Internacional

«Problems arising from a succession of codification conventions on a particular subject», resolución aprobada el 1.º de septiembre de 1995 por el Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II (período de sesiones de Lisboa, 1995), págs. 434 y 435; disponible en http://justitiaetpace.org/, *Resolutions*.

E. Bibliografía sumaria

ABI-SAAB, G.: «La coutume dans tous ses états ou le dilemme du developpement du droit international général dans un monde éclaté», en *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. I, págs. 53 a 65.

AGO, R.: «Science juridique et droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956-II*, vol. 90, págs. 857 a 954.

AKEHURST, M.: «Custom as a source of international law», *BYBIL 1974-1975*, vol. 47, págs. 1 a 53.

BARBERIS, J. A.: «Réflexions sur la coutume internationale», *AFDI*, vol. 36 (1990), págs. 9 a 46.

— «La coutume est-elle une source de droit international ?», en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, págs. 43 a 52.

BARBOZA, J.: «The customary rule: from chrysalis to butterfly», en C. A. ARMAS BAREA y otros (eds.), *Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda*, La Haya, Kluwer Law International, 2000, págs. 1 a 14.

BARILE, G.: «La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice», *Comunicazioni e studi*, vol. V, Milán, Giuffrè, 1953.

BAXTER, R. R.: «Multilateral treaties as evidence of customary international law», *BYBIL 1965-1966*, vol. 41, págs. 275 a 300.

BERNHARDT, R.: «Customary international law», en R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (1992), pág. 898 ([1984], [1991], bibliografía).

BOBBIO, N.: *La consuetudine come fatto normativo*, Padua, Cedam, 1942.

BOS, M.: «The identification of custom in international law», *GYIL*, vol. 25 (1982), págs. 9 a 53.

BROWNLIE, I.: *Principles of Public International Law*, 7.ª ed., Oxford University Press, 2008, págs. 6 a 12.

BUZZINI, G. P.: «La théorie des sources face au droit international général: réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international», *RGDIP*, vol. 106 (2002), págs. 581 a 617.

— «Abstention, silence et droit international général», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 88 (2005), págs. 342 a 382.

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

CAHIN, G.: *La coutume internationale et les organisations internationales − L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, París, Pedone, 2001.

CHARPENTIER, J.: «Tendances de l'élaboration du droit international coutumier», en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Colloque de Toulouse. L'élaboration du droit international public*, París, Pedone, 1975, págs. 105 a 131.

CHENG, B.: «Custom: the future of general State practice in a divided World», en R. St. J. MACDONALD y D. 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, G.: «La coutume locale», *AFDI*, vol. 7 (1961), págs. 119 a 140.

CONDORELLI, L.: «La coutume», en M. BEDJAOUI (ed.), *Droit international. Bilan et perspectives*, vol. 1, París, Pedone, 1991, t. 1, págs. 187 a 221.

CORTEN, O.: «La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières», *Revue belge de droit international*, vol. 37 (2004), págs. 552 a 567.

DAILLIER, P., M. FORTEAU y A. PELLET, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 8.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, párrs. 207 a 220.

D'AMATO, A. A.: «The concept of special custom in international law», *AJIL*, vol. 63 (1969), págs. 211 a 223.

— *The Concept of Custom in International Law*, Londres/Ithaca, Cornell University Press, 1971.

DANILENKO, G. M.: «The theory of international customary law», *GYIL*, vol. 31 (1988), págs. 9 a 47.

De Visscher, C.: «Coutume et traité en droit international public», *RGDIP*, vol. 26 (1955), págs. 353 a 369.

Dupuy, P.-M.: «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain», en M. Rama-Montaldo (ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación:* Liber amicorum *en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, vol. I, págs. 51a 68.

Dupuy, R.-J.: «Coutume sage et coutume sauvage», en *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974, págs. 75 a 87.

— «Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la «soft law»», en Société Française pour le Droit International, *Colloque de Toulouse. L'élaboration du droit international public*, París, Pedone, 1975, págs. 132 a 148.

Ferrari Bravo, L.: «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1985-III*, vol. 192, págs. 233 a 330.

Fidler, D. P.: «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», *GYIL*, vol. 39 (1996), págs. 198 a 248.

Guggenheim, P.: «Les deux éléments de la coutume en Droit international», en *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, págs. 275 a 284.

Haggenmacher, P.: «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *RGDIP*, vol. 90 (1986), págs. 5 a 125.

Higgins, R.: *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press, 1963.

Hoffmeister, F.: «The contribution of EU practice to international law», en M. Cremona (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford University Press, 2008.

Jennings, R. Y.: «Law-making and package deal», en *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, París, Pedone, 1981, págs. 347 a 355.

— «What is International Law and how do we tell it when we see it?», en B. S. Markesinis y J. H. M. Willems (eds.), *The Cambridge-Tilburg Law Lectures, Third Series 1980*, Deventer, Kluwer, 1983, págs. 1 a 32.

— y A. D. Watts (dirs.): *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., vol. I, *Custom*, Harlow, Longman, 1992, págs. 25 a 31.

Kammerhofer, J.: «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», *EJIL*, vol. 15, n.º 3 (2004), págs. 523 a 553.

Kelsen, H.: «Théorie du droit international coutumier», *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, n.º 4 (1939), págs. 253 a 274.

Kopelmanas, L.: «Custom as a means of the creation of international law», *BYBIL 1937*, vol. 18, págs. 127 a 151.

Lauterpacht, H.: *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958, págs. 368 a 393.

Lepard, B. D.: *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010.

Lowe, V.: *International Law*, Oxford University Press, 2007, págs. 36 a 63.

Lukashuk, I. I.: «Customary norms in contemporary international law», en J. 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, I. C.: «Customary international law and acquiescence», *BYBIL 1957*, vol. 33, págs. 115 a 145.

Mendelson, M.: «State acts and omisssions as explicit or implicit claims», en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, págs. 373 a 382.

— «The subjective element in customary international law», *BYBIL 1995*, vol. 66, págs. 177 a 208.

— «The formation of customary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1998*, vol. 272, pág. 155 a 410.

Müllerson, R.: «On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, n.º 3 (1997), págs. 341 a 360.

Parry, C.: *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965, págs. 56 a 82.

Pellet, A.: «Article 38», en A. Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, págs. 748 a 764.

Perreau-Saussine, A., y J. B. Murphy (eds.): *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007.

Saul, B.: «Legislating from a radical Hague: the United Nations Special Tribunal for Lebanon invents an international crime of transnational terrorism», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24 (2011), págs. 677 a 700.

Schachter, O.: «Entangled treaty and custom», en Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 717 a 738.

— «New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», en J. 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. 531 a 540.

SCHLÜTTER, B.: *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International* ad hoc *Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.

SÉFÉRIADÈS, S.: «Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», *RGDIP*, vol. 43 (1936), pág. 129 a 196.

SHAW, M. N.: *International Law*, 6.ª ed., Cambridge University Press, 2008, págs. 72 a 93.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL: *Colloque de Genève. La pratique et le droit international*, París, Pedone, 2004.

STERN, B.: «La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions», en *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, París, Pedone, 1981, págs. 479 a 499.

SUR, S.: «La coutume internationale. Sa vie, son œuvre», *Droits*, vol. 3 (1986), págs. 111 a 124.

— *La coutume internationale* (separata de *Juris-Classeur droit international*), París, Litec, 1990.

TAKI, H.: «*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis», *GYIL*, vol. 51 (2008), págs. 447 a 466.

THIRLWAY, H. W. A.: *International Customary Law and Codification. An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972.

— «The law and procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 (Part Two)», *BYBIL 1990*, vol. 61, págs. 31 a 40.

— «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Supplement, 2005: Parts One and Two», *BYBIL 2005*, vol. 76, págs. 92 a 108.

— «The sources of international law», en M. D. EVANS (ed.), *International Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2006, págs. 121 a 127.

TREVES, T.: «Customary international law», en R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008; edición online: www.mpepil.com (consultado el 29 de agosto de 2009).

TUNKIN, G.: «Is general international law customary law only?», *EJIL*, vol. 4, n.º 4 (1993), págs. 534 a 541.

VILLIGER, M. E.: *Customary International Law and Treaties. A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2.ª ed. rev., La Haya, Kluwer Law International, 1997.

WOLFKE, K.: *Custom in Present International Law*, 2.ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

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

ZEMANEK, K.: «What is "State practice" and who makes it?», en U. BEYERLIN y otros (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Völkerrecht-Europarecht-Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlín, Springer, 1995, págs. 289 a 306.

Anexo II

PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA

(Shinya Murase)

I. Introducción

1. La atmósfera (masa de aire), que se encuentra en su mayor parte en la troposfera y la estratosfera, es el mayor recurso natural del planeta, y es indispensable para la supervivencia de la humanidad. La degradación de las condiciones atmosféricas es motivo de grave preocupación para la comunidad internacional desde hace tiempo[1]. Si bien se han celebrado varias convenciones dedicadas específicamente a la protección de la atmósfera transfronteriza y mundial, estas convenciones tienen importantes lagunas en lo que se refiere a la cobertura geográfica, las actividades reglamentadas, las sustancias controladas y, lo que es más importante, los principios y normas aplicables. Este enfoque fragmentario ha resultado particularmente restrictivo para la atmósfera, cuya naturaleza misma justifica un tratamiento integral. En la actualidad no hay ninguna convención que abarque toda la variedad de problemas ambientales de la atmósfera de manera completa y sistemática. Se cree pues que la Comisión podría aportar una importante contribución codificando y desarrollando progresivamente los principios y normas jurídicos pertinentes, sobre la base de la práctica y la jurisprudencia de los Estados.

2. Es importante que la Comisión de Derecho Internacional se implique plenamente en las necesidades actuales de la comunidad internacional. Aunque los proyectos de artículos de la Comisión sobre los cursos de agua internacionales y sobre los acuíferos transfronterizos[2] contienen algunas disposiciones pertinentes sobre la protección del medio ambiente, la Comisión no ha considerado ningún tema relacionado con el derecho internacional del medio ambiente desde que finalizó el examen del tema de la responsabilidad (prevención del daño transfronterizo y asignación de la pérdida)[3], lo que parece una omisión importante en un momento como el actual, en el que el medio ambiente padece una degradación crítica en todo el mundo. Se propone pues que la Comisión considere el tema de la «protección de la atmósfera» para su labor futura.

II. Justificación del tema propuesto

3. Hay numerosos ejemplos de prácticas estatales a este respecto, y abundan los estudios sobre el tema. El asunto de la *Fundición de Trail*[4] (Estados Unidos, Canadá, 1938, 1941), cuyo laudo arbitral se cita frecuentemente, ha sido el caso principal de contaminación aérea transfronteriza. En los años cincuenta los ensayos nucleares en la atmósfera fueron uno de los primeros problemas ambientales a que hizo frente la comunidad internacional[5]. El asunto *Ensayos nucleares* (Australia *c*. Francia; Nueva Zelandia *c*. Francia, 1973, 1974), sometido a la Corte Internacional de Justicia, suscitó un vivo debate sobre la posible contaminación atmosférica[6]. Además, la Corte, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de 1996, mencionó la obligación de los Estados de abstenerse de causar daños importantes en el medio ambiente en razón de su contaminación transfronteriza, incluida la contaminación atmosférica[7]. Los accidentes en instalaciones nucleares pueden tener efectos directos en el medio ambiente atmosférico, como demostraron los accidentes de Three Mile Island, en 1979, y de Chernobyl en 1986, así como los daños causados a las centrales nucleares de Fukushima por el violento terremoto y *tsunami* del 11 de marzo de 2011, que son causa de grave preocupación para la comunidad internacional. En su reciente sentencia sobre el asunto *Plantas de celulosa*

---

[1] Véase, por ejemplo, A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law*, 3.ª ed., Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2004, págs. 555 a 592. Véanse también Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 483 *supra*), págs. 317 a 390; Birnie, Boyle y Redgwell (nota 483 *supra*), págs. 335 a 378; D. Hunter, J. Salzman y D. Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 3.ª ed., Nueva York, Foundation Press, 2007, págs. 538 a 733; y H. Xue, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, págs. 200 a 203.

[2] *Anuario… 1994*, vol. II (segunda parte), párr. 222, y *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 53 y 54.

[3] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), párrs. 97 y 98, y *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67.

[4] *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss. Un pasaje citado a menudo del laudo de 1941 es el siguiente: «[...] con arreglo a los principios de derecho internacional [...] ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de manera que cause perjuicios [por emanaciones] en el territorio o a dicho territorio, ni a los bienes o personas que se encuentren en él, cuando la causa sea de gran trascendencia y los perjuicios estén demostrados por pruebas claras y convincentes» (ibíd., pág. 1965).

[5] Véase, por ejemplo, el incidente *Daigo Fukuryumaru* (Lucky Dragon N.º 5) (Japón – Estados Unidos) en 1954: S. Oda, «The hydrogen bomb tests and international law», *Die Friedens-Warte*, vol. 53 (1956), págs. 126 a 135, y L. F. E. Goldie, «A general view of international environmental law. A survey of capabilities, trends and limits», en A. C. Kiss (ed.), *The Protection of the Environment and International Law*, taller de 1973, Academia de Derecho Internacional de La Haya, Leiden, Sijthoff, 1975, págs. 25 a 143, en particular págs. 72 y 73.

[6] *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, pág. 99, y fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 253; *Essais nucléaires* (Nueva Zelandia *c*. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, pág. 135, y fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 457.

[7] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (véase la nota 425 *supra*), pág. 241. En su opinión, la Corte afirmó lo siguiente: «La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y control respetan el medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional forma ya parte del cuerpo de normas del derecho internacional relacionadas con el medio ambiente» (págs. 241 y 242, párr. 29).

en el río Uruguay (Argentina *c*. Uruguay), pronunciada el 20 de abril de 2010, la Corte se refirió en parte a la cuestión de la presunta contaminación del aire (en relación con el medio acuático fluvial)[8]. La causa relativa a la *Fumigación aérea de herbicidas* (Ecuador *c*. Colombia), que está pendiente de resolución en la Corte, podría referirse también a esta cuestión. El asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (1996), planteado en la OMC, trataba de una importante cuestión de compatibilidad del derecho interno de un país (en este caso, la Ley estadounidense de protección de la calidad del aire, de 1990) con las disposiciones sobre comercio de la OMC/GATT[9]. Por último, las decisiones pertinentes de los tribunales nacionales también pueden ser esclarecedoras a este respecto[10].

4. La práctica convencional y no convencional pertinente comprende los siguientes instrumentos:

– Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia (1979, que entró en vigor en 1983); Protocolo relativo a la financiación a largo plazo del programa concertado de seguimiento continuo y evaluación del transporte a gran distancia de los contaminantes atmosféricos en Europa (EMEP) (1984); Protocolo sobre reducción de las emisiones de azufre o de sus flujos transfronterizos en un 30% como mínimo (1985); Protocolo relativo a la lucha contra las emisiones de óxido de nitrógeno o sus flujos transfronterizos (1988); Protocolo relativo a la lucha contra las emisiones de compuestos orgánicos volátiles o sus flujos transfronterizos (1991); Protocolo relativo a reducciones adicionales de las emisiones de azufre (1994); Protocolo en materia de metales pesados (1998); Protocolo sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia provocada por contaminantes orgánicos persistentes (1998); Protocolo relativo a la reducción de la acidificación, de la eutrofización y del ozono en la troposfera (1999);

– Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (1985);

– Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (1987);

– Directivas de la CE sobre grandes instalaciones de combustión (1988-2001)[11];

– Acuerdo Estados Unidos – Canadá sobre la calidad del aire (1991)[12];

– Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992);

– Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997);

– Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) en materia de contaminación transfronteriza derivada de la calina (2002)[13];

– Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo) (1972)[14];

– Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la contaminación transfronteriza del aire (1987)[15];

– Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río) (1992)[16];

– Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)[17];

– Proyecto de principios de la Comisión de Derecho Internacional sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006)[18].

5. El proyecto propuesto para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional se justifica por múltiples razones: la primera y principal es que es necesario para colmar las lagunas de las convenciones existentes relativas a la atmósfera. Independientemente

[8] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentina *c*. Uruguay), fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 14, en págs. 100 y 101, párrs. 263 y 264. Esta cuestión se planteó durante las vistas orales (8 de junio de 2006, CR 2006/47, párrs. 22, 28 y 34; disponible en www.icj-cij.org).

[9] *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, págs. 18 y 19. Véase también S. Murase, «Unilateral Measures and the WTO Dispute Settlement», en S. S. C. Tay y D. C. Esty (eds.), *Asian Dragons and Green Trade. Environment, Economics and International Law*, Singapur, Times Academic Press, 1996, págs. 137 a 144.

[10] Véase, por ejemplo, *Massachusetts* v. *EPA*, decisión de 2 de abril de 2007 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438; 2007 U.S. LEXIS 3785), que se refería en parte a ciertas obligaciones del Environmental Protection Agency (EPA) (Organismo de Protección del Medio Ambiente) de regulación de las emisiones de gases de efecto invernadero.

[11] Directiva del Consejo, de 24 de noviembre de 1988, sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 336, de 7 de diciembre de 1988, pág. 1; y Directiva 2001/80/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, ibíd., n.º L 309, de 27 de noviembre de 2001, pág. 1.

[12] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1852, n.º 31532, pág. 79.

[13] Entró en vigor el 25 de noviembre de 2003.

[14] El principio 21 de la Declaración de Estocolmo dice lo siguiente: «De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, 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» (*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, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I, pág. 5); véase también L. B. Sohn, «The Stockholm Declaration on the Human Environment», *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), pág. 423.

[15] El artículo 2 dispone lo siguiente: «En el ejercicio de su derecho soberano a explotar sus recursos de conformidad con sus propias políticas ambientales, los Estados estarán obligados a adoptar todas las medidas adecuadas y efectivas a fin de que sus actividades, o las realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, no causen la contaminación transfronteriza del aire» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 62-II (período de sesiones del Cairo, 1987), pág. 299; disponible en http://justitiaetpace.org/, *Resolutions*).

[16] Véase la nota 485 *supra*.

[17] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), párrs. 97 y 98.

[18] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67.

de su número, estas convenciones no dejan de ser un simple mosaico de instrumentos que abarcan solamente algunas zonas geográficas y una gama reducida de actividades reguladas y sustancias controladas[19]. El enfoque gradual adolece de limitaciones en lo referente a la protección de la atmósfera que, por su naturaleza misma, justifica un trato integral en forma de una convención marco que abarque el conjunto de problemas ambientales de la atmósfera de manera completa y sistemática. Así pues, la presente propuesta prevé un instrumento similar a la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativa a la protección y la preservación del medio marino.

6. En segundo lugar, se prevé que la Comisión proporcione directivas adecuadas para la armonización y la coordinación con otros regímenes convencionales ajenos al derecho internacional del medio ambiente, que pueden crear conflictos con la convención propuesta durante las fases de cumplimiento y aplicación[20]. En tercer lugar, también es importante que el proyecto de artículos propuesto contribuya a establecer un marco para armonizar las leyes y reglamentos nacionales con las reglas, normas y prácticas y procedimientos internacionales recomendados relativos a la protección de la atmósfera. En cuarto lugar, es de esperar que el proyecto propuesto establezca directrices sobre los mecanismos y procedimientos para la cooperación entre los Estados, a fin de facilitar la creación de capacidad en materia de protección transfronteriza y mundial de la atmósfera.

7. Es importante distinguir claramente entre la noción de atmósfera y la de espacio aéreo. El artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, de 1944, reafirma la norma del derecho internacional consuetudinario, según la cual «todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio». Aunque es posible que los principios, normas y reglamentaciones jurídicas contempladas en el articulado propuesto sean más aplicables a ciertas actividades realizadas *en tierra*, dentro de la jurisdicción territorial del Estado, pueden darse situaciones en las que estas actividades se lleven a cabo en el espacio aéreo[21]. En este contexto, conviene que el proyecto de artículos reafirme la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo nacional. Debe observarse que el proyecto no tiene por finalidad, en ningún caso, afectar la condición jurídica del espacio aéreo tal y como se ha establecido en el derecho internacional.

8. Esta propuesta no duplica trabajos anteriores de la Comisión. La Comisión aprobó el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas en 2001[22], y el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas en 2006[23]. Ambos proyectos contienen importantes disposiciones, aplicables en potencia a los daños atmosféricos. No obstante, el ámbito de aplicación de estos proyectos es a la vez demasiado extenso (ya que su objetivo es abarcar todos los tipos de daños del medio ambiente) y excesivamente limitado (porque se centra en cuestiones relacionadas con la prevención y la asignación de la pérdida causada por el daño transfronterizo y las actividades peligrosas). Como quiera que estos proyectos de artículos no se ocupan adecuadamente de la protección de las condiciones atmosféricas propiamente dichas, se propone que la Comisión aborde el problema de manera completa y sistemática, pero centrándose al mismo tiempo en la atmósfera.

III. Características físicas de la atmósfera

9. Para determinar la definición, el alcance y el objetivo del ejercicio de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional sobre la protección de la atmósfera, y establecer la condición jurídica de la atmósfera, es necesario ante todo conocer su estructura física y sus características.

10. La «atmósfera» es una «capa de aire que rodea la Tierra», y también una «capa gaseosa que rodea un cuerpo celeste u otro cuerpo cualquiera»[24]. Los principales componentes (y proporciones) de los gases en la atmósfera son el nitrógeno (78,08%), el oxígeno (20,95%), el argón (0,93%) y el dióxido de carbono (0,03%), con algunos gases raros en bajas concentraciones (0,01%). La atmósfera existe en lo que se denominan células (o celdas) atmosféricas. Las células atmosféricas están divididas verticalmente en cuatro esferas atmosféricas (de abajo arriba: troposfera, estratosfera, mesosfera y termosfera), sobre la base de las características térmicas (véase el gráfico 1).

[19] En los últimos años se han multiplicado las pruebas científicas sobre los llamados «ozono troposférico» y «carbono negro», que son las dos sustancias de la atmósfera que amenazan directamente tanto a la calidad del aire como al cambio climático. Se dice que los llamados gases de invernadero identificados en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático solo son responsables en un 60% de dicho cambio, mientras que el porcentaje imputable a esas sustancias sería de un 40% aproximadamente. Esto demuestra claramente la *vinculación* existente entre la contaminación transfronteriza del aire y el cambio climático, y también las *lagunas* en el régimen convencional vigente, que deben colmarse con un convenio multilateral completo sobre la atmósfera. Véase el estudio del PNUMA y la OMM «Measures to limit near-term climate change and improve air quality. The UNEP/WMO integrated assessment of tropospheric ozone and black carbon» (Medidas para limitar el cambio climático a corto plazo y mejorar la calidad del aire. Evaluación integral del PNUMA y la OMM del ozono troposférico y carbono negro), de 2011. Puede observarse también que, por ejemplo, Europa está pugnando por cumplir las normas de calidad del aire, de resultas de los contaminantes procedentes de otras regiones del mundo. Esto hace ver que ni siquiera los problemas regionales de contaminación del aire pueden resolverse si no se consideran sus causas y efectos a escala mundial.

[20] Véase S. Murase, «Perspectives from international economic law on transnational environmental issues», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1995*, vol. 253, págs. 283 a 431.

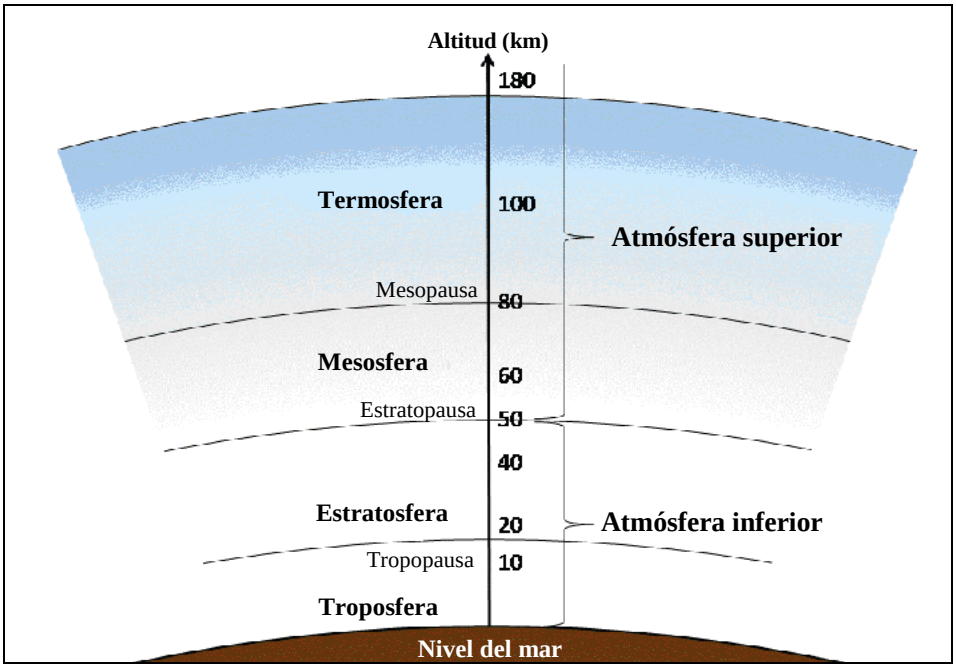
[21] El anexo 16 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional lleva por título «Protección del medio ambiente» (véase OACI, «Protección del medio ambiente, Anexo 16 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional», vols. I (5.ª ed.) y II (3.ª ed.) (2008)). Ya en 1980 la OACI había establecido las «Normas y prácticas recomendadas de las emisiones de motores de aeronaves», para «lograr la mayor compatibilidad posible entre el desarrollo seguro y ordenado de la aviación civil y la calidad del medio humano» (resolución A18-11 de la Asamblea de la OACI, párr. 2 (Doc 8958 - A18-RES)). Estas normas relativas a las emisiones regulan, entre otras cosas, la ventilación del sistema de combustible (parte II) y la centrificación de las emisiones (parte III), así como los límites para las emisiones de humo y de ciertas partículas químicas.

[22] Véase la nota 17 *supra*.

[23] Véase la nota 18 *supra*.

[24] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Madrid, Espasa, 2001.

Gráfico 1. Distribución en zonas de la atmósfera

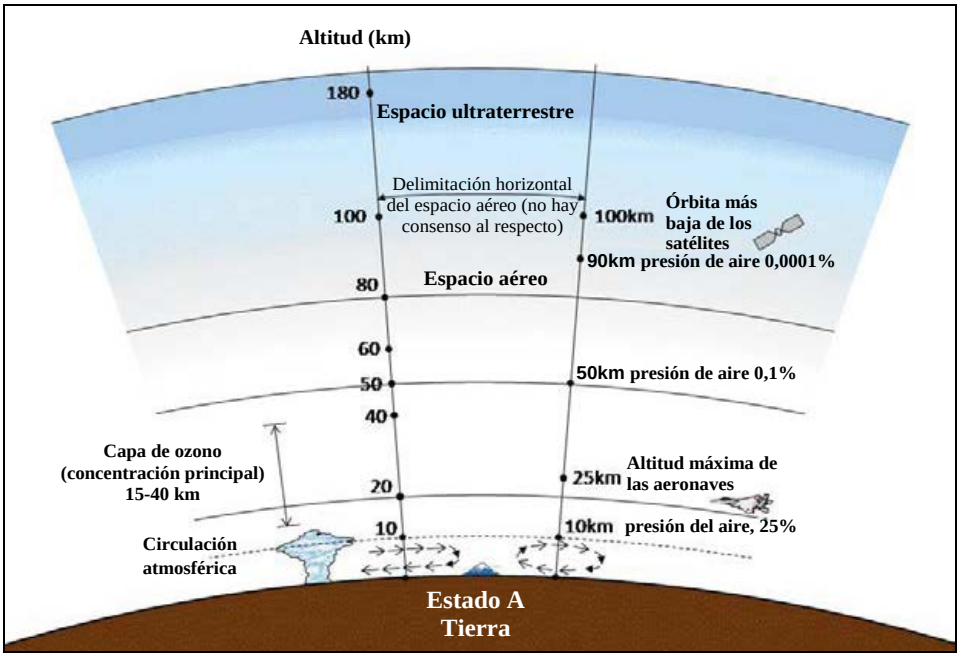


11. A medida que aumenta la altitud, los gases de la atmósfera se diluyen gradualmente. Alrededor del 80% de la masa de aire se encuentra en la troposfera y un 20% aproximadamente en la estratosfera. En la troposfera y en la estratosfera, las proporciones relativas de la mayoría de los gases son bastante estables; científicamente, estas esferas constituyen la *atmósfera inferior*, que alcanza una altitud media de 50 km y se distingue de la *atmósfera superior.* La atmósfera se mueve y circula en torno a la tierra de un modo complicado, en la llamada «circulación atmosférica»[25]. La influencia gravitacional del sol y la luna también afecta a estos movimientos, causando «mareas atmosféricas»[26].

[25] G. Jones y otros, *Collins Dictionary of Environmental Science*, Glasgow, Harper Collins Publishers, 1990, pág. 40.

[26] M. Allaby, *A Dictionary of the Environment*, 3.ª ed., New York University Press, 1989, pág. 34.

Gráfico 2. Delimitación de la atmósfera



12. Tanto el entorno humano como el natural pueden sufrir efectos perjudiciales de resultas de algunos cambios en el estado de la atmósfera. Hay tres causas particularmente importantes de la degradación de la atmósfera[27]. En primer lugar, la introducción de substancias nocivas (por ejemplo, la contaminación del aire) en la troposfera y en la estratosfera inferior hace que cambien las condiciones atmosféricas. Los elementos que más contribuyen a la contaminación del aire son los ácidos, los óxidos nitrosos (NO_x), los óxidos sulfúricos (SO_x) y las emisiones de hidrocarbonos, como el bióxido de carbono (CO_2). Los vientos horizontales fuertes, como las corrientes en chorro[28], pueden transportar y dispersar rápidamente estos gases raros de modo horizontal por todo el globo terráqueo, lejos de sus fuentes originales (aunque el transporte vertical es muy lento). En segundo lugar, los clorofluorocarbonos (CFC) y los halones emitidos en la troposfera superior y la estratosfera provocan el agotamiento de la capa de ozono. Como su nombre indica, la capa de ozono contiene cantidades importantes de ozono (O_3), que es una forma de oxígeno. Las principales concentraciones de ozono se encuentran a altitudes de 15 a 40 km (las concentraciones máximas se sitúan entre 20 y 25 km). La capa de ozono filtra los rayos ultravioletas procedentes del sol, que pueden causar cáncer de la piel y otras lesiones graves. En tercer lugar, las modificaciones en la composición de la troposfera y la estratosfera inferior son otras tantas causas del cambio climático. El principal factor del cambio climático inducido por el hombre son los gases raros adicionales, como el bióxido de carbono (CO_2), el óxido nitroso (N_2O), el metano (CH_4), los clorofluorocarbonos y el ozono troposférico (O_3). Estos son los llamados «gases de invernadero»[29]. Las condiciones en la troposfera afectan en alto grado a la meteorología en la superficie de la tierra, influyendo en la formación de nubes, la calina y las precipitaciones. La mayoría de los gases y aerosoles se eliminan mediante un «proceso de limpieza» natural en la troposfera, pero cuando las emisiones son demasiado abundantes para que el proceso pueda eliminarlas, empieza a producirse el cambio climático.

13. Estas tres importantes cuestiones internacionales relativas a la atmósfera —contaminación del aire, agotamiento de la capa de ozono y cambio climático— están relacionadas con *la troposfera y la estratosfera*[30], aunque las causas principales pueden ser distintas en cada caso. La atmósfera superior, o sea la mesosfera y la termosfera, que comprenden aproximadamente el 0,0002% de la masa total atmosférica, tiene poco que ver con los problemas ambientales que se consideran, por no hablar de las vastas regiones del espacio ultraterrestre, desprovistas de aire.

IV. Cuestiones jurídicas que deben considerarse

14. Se prevé que el producto final de esta empresa sea un proyecto de articulado completo de una convención marco para la protección de la atmósfera. La parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativa a la protección y la preservación del medio marino, podría constituir un ejemplo de la forma eventual de esos proyectos de artículo. Las cuestiones jurídicas que deben considerarse son las siguientes, entre otras:

15. **(Definición)** Antes de empezar a formular los principios y normas pertinentes para la protección de la atmósfera, la Comisión deberá definir lo que es la atmósfera. La atmósfera —o masa de aire— es una mezcla de gases que rodean la tierra, la mayoría de los cuales se encuentran en la troposfera y en la estratosfera. Quizás haga falta ocuparse no solo de la composición física de la atmósfera sino también de su función como vehículo de transporte de contaminantes. Esta definición deberá hacer una clara distinción entre las nociones de espacio aéreo y atmósfera, e indicar lo que las diferencia.

16. **(Alcance)** Al determinar el alcance del proyecto, debe quedar claro ante todo que el proyecto de artículo propuesto trata solamente de los daños causados por las actividades humanas, y en consecuencia no comprende, por ejemplo, los daños causados por las erupciones volcánicas o la arena del desierto (salvo que la actividad humana exacerbe esos daños). En segundo lugar, en el proyecto de artículos deberían indicarse claramente los objetos que han de protegerse, los entornos naturales y humanos y la relación intrínseca entre ambos. En tercer lugar, parece necesario referirse a las diferentes modalidades de daños ambientales en la atmósfera; una de ellas es la introducción de sustancias (deletéreas) en la atmósfera, y otra la alternancia en el equilibrio de la composición atmosférica.

17. **(Objetivo)** Debido a su carácter dinámico y fluctuante, para los fines de la protección del medio ambiente, es necesario tratar a la atmósfera como una *unidad global única*. Al tiempo que se reconoce la diferencia entre las *modalidades* de las respuestas jurídicas a la contaminación transfronteriza del aire y a los problemas atmosféricos globales, a los efectos de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional sobre la materia, ambos fenómenos deben tratarse en un mismo marco jurídico basado en la noción funcional de la atmósfera. En otras palabras, para los fines de la protección del medio ambiente, la atmósfera debe ser objeto de un tratamiento global.

18. **(Condición jurídica de la atmósfera)** Hay por lo menos cinco conceptos que pueden considerarse pertinentes para la condición jurídica de la atmósfera: el espacio aéreo, los recursos naturales compartidos o comunes, la propiedad común, el patrimonio común y la preocupación común (interés común)[31]. Cada uno de estos conceptos debe considerarse detenidamente para ver si son aplicables a la protección de la atmósfera, y en qué medida

[27] Véase R. Dolzer, «Atmosphere, protection», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (1992), pág. 289.

[28] Las corrientes en chorro son vientos occidentales (o sea que soplan de oeste a este) que se mueven en torno al estrato superior de la troposfera. Se desplazan a una velocidad de 240 a 720 km/h.

[29] Sin embargo, en los últimos años los científicos han llegado a la conclusión de que el carbono negro y el ozono de la troposfera también son responsables del cambio climático. Véase la nota 19 *supra*.

[30] Kiss y Shelton (nota 1 *supra*), págs. 556 a 562.

[31] Véase A. E. Boyle, «International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles», en R. Churchill y D. Freestone (eds.), *International Law and Global Climate Change*, Londres, Graham and Trotman, 1991, págs. 7 a 19; véase también J. Brunnée, «Common areas, common heritage, and common concern», en D. Bodansky, J. Brunnée y E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, págs. 550 a 573.

lo son. Por ejemplo, es posible que los Estados deseen reafirmar su soberanía sobre la atmósfera existente en su espacio aéreo, por los motivos indicados en el párrafo 7.

19. **(Principios básicos para la protección de la atmósfera)** Hay que considerar las posibilidades de aplicación de los principios más conocidos, entre ellos los siguientes: obligaciones generales de los Estados de proteger la atmósfera, obligaciones de los Estados para con otros Estados de no causar un daño importante a la atmósfera, principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, aplicable a las actividades sometidas a la «jurisdicción o el control» de un Estado, obligaciones generales de cooperación de los Estados, principio de equidad, principio de desarrollo sostenible y obligaciones comunes pero diferenciadas.

20. **(Medidas de prevención y medidas precautorias para proteger la atmósfera)** Una de las cuestiones que debe abordar el proyecto es la de la diferenciación y la relación entre el principio tradicional de «prevención» y el principio «precautorio», que es relativamente nuevo. Las medidas de prevención deben adoptarse cuando se prevé un daño probable con vínculos causales y pruebas claras, mientras que las medidas precautorias deberían adoptarse cuando los daños sean científicamente inciertos. La evaluación del impacto ambiental será fundamental en algunas situaciones.

21. **(Cumplimiento de las obligaciones)** El cumplimiento de las obligaciones prescritas deberá efectuarse mediante el derecho interno de cada Estado. Las medidas nacionales unilaterales y el efecto de la aplicación extraterritorial han sido cuestiones sensibles del derecho internacional del medio ambiente. No hay que pasar por alto el papel de las organizaciones internacionales competentes y las Conferencias de las Partes. Otros elementos especialmente importantes son el conflicto y la coordinación con el derecho mercantil.

22. **(Mecanismos de cooperación)** Deben explorarse los procedimientos deseables de cooperación técnica y de otro tipo, y las medidas pertinentes para la creación de capacidad.

23. **(Normas de procedimiento para el cumplimiento)** Deben considerarse la notificación, el intercambio de informaciones, la consulta, los sistemas de presentación de informes, los compromisos y las revisiones y los procedimientos de promoción y ejecución, entre otros.

24. **(Responsabilidad)** La atribución de responsabilidad, la diligencia debida, la responsabilidad por las actividades de alto riesgo y la responsabilidad civil son sin duda alguna cuestiones críticas que deberán considerarse en relación con las obligaciones que incumben al Estado en virtud de los párrafos 19 a 23.

25. **(Solución de controversias)** Al tiempo que se reconoce la naturaleza específica de cada órgano de solución de controversias, deberán tenerse en cuenta cuestiones de índole general como la jurisdicción, la admisibilidad, el estatus y las pruebas científicas.

V. Enfoques básicos

26. A la Comisión se le ha encargado la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, y no se ocupará directamente de cuestiones políticas. Aunque el tema del cambio climático, por ejemplo, provoca frecuentes y apasionados debates políticos y normativos, la Comisión, que está compuesta de juristas, se ocupará solamente de los principios y normas *jurídicos* relativos a la protección de la atmósfera, y no preparará propuestas de orden práctico. Para ello la Comisión racionalizará los marcos jurídicos no coordinados establecidos hasta ahora para tratar exclusivamente de problemas atmosféricos específicos, en forma de único código flexible. Es de esperar que esta síntesis siente las bases para una convención futura que abarque las cuestiones sustantivas y, al propio tiempo, ayude a los Estados, a las organizaciones internacionales y a la sociedad civil en general aclarando las consecuencias jurídicas de sus actividades en esta esfera.

27. Es importante que la Comisión considere los principios y normas jurídicos a este respecto en el marco del *derecho internacional general*. Esto significa que, en su labor, la Comisión debe resistirse a la propensión a la «fragmentación» de los criterios predominantes en el derecho internacional del medio ambiente, que tienden a individualizar las cuestiones. En otras palabras, los principios y normas jurídicos relativos a la atmósfera deberán considerarse, en la medida de lo posible, en relación con las doctrinas y la jurisprudencia del derecho internacional general. Ello significa que la labor de la Comisión deberá versar también sobre la aplicación de los principios y normas del derecho internacional general a diversos aspectos del problema relacionados con la protección de la atmósfera.

VI. Cooperación con otros organismos

28. Puede concebirse una cooperación con otros organismos bajo varias formas, para llevar a cabo un estudio y preparar un proyecto de artículos sobre la protección de la atmósfera. La Asociación de Derecho Internacional, entre otras, ha realizado un cierto número de estudios relacionados con el presente tema. El autor celebró consultas informales preliminares con los juristas del PNUMA en Nairobi en enero de 2011, y en julio de 2011 celebró otras consultas preliminares en la International Environmental House de Ginebra con expertos de las organizaciones internacionales con sede en Ginebra que se ocupan del medio ambiente y con varias secretarías de acuerdos ambientales multilaterales.

Bibliografía sumaria

A. Decisiones judiciales

Fonderie de Trail (Trail Smelter), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905 (laudo de 1941).

Essais nucléaires (Australia *c*. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, pág. 99, y fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 253; *Essais nucléaires* (Nueva Zelandia *c*. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, pág. 135, y fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 457.

Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional, informe del Órgano de Apelación de la OMC, WT/DS2/AB/R, 20 de mayo de 1996.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226, en particular págs. 241 y 242.

Massachusetts v. *EPA*, decisión de 2 de abril de 2007 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438; 2007 U.S. LEXIS 3785).

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentina *c*. Uruguay), fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 14.

Épandages aériens d'herbicides (Fumigación aérea de herbicidas) (Ecuador *c*. Colombia), véase el sitio web de la Corte Internacional de Justicia www.icj-cij.org.

B. Documentos de organizaciones internacionales/ Conferencias sobre el derecho de la atmósfera

«International Conference on the Changing Atmosphere: Implications for Global Security, Conference Sta-tement, Toronto, 27-30 June 1988», *Environmental Policy and Law*, vol. 18, n.º 5 (1988), págs. 155 y 187 a 189.

«Protection of the Atmosphere: Statement of the Meeting of Legal and Policy Experts, Ottawa, Ontario, Canada, February 22, 1989», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5, n.º 2 (1990), págs. 529 a 542.

«Protección de la atmósfera», informe del Secretario General, de 2 de marzo de 2001 (E/CN.17/2001/PC/12).

«One Atmosphere. Final Declaration of the XVth World Clean Air Congress, Vancouver, September 2010», disponible en www.iuappa.com/newsletters/VancouverDeclaration.pdf.

C. Literatura especializada

1. Derecho de la atmósfera

a) *Libros*

Biermann, F.: *Saving the Atmosphere: International Law, Developing Countries and Air Pollution*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1995.

Birnie, P., A. Boyle y C. Redgwell: *International Law and the Environment*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2009, págs. 335 a 378.

Elsom, D. M.: *Atmospheric Pollution: A Global Problem*, 2.ª ed., Oxford, Wiley-Blackwell, 1992.

Gillespie, A.: *Climate Change, Ozone Depletion and Air Pollution: Legal Commentaries within the Context of Science and Policy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.

Hunter, D., J. Salzman y D. Zaelke: *International Environmental Law and Policy*, 3.ª ed., Nueva York, Foundation Press, 2007, págs. 538 a 733.

Kiss, A., y D. Shelton: *International Environmental Law*, 3.ª ed., Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2004, págs. 555 a 592.

Murase, S.: *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Tokio, Sophia University Press, 2011.

Rajamani, L.: *Differential Treatment in International Environmental Law*, Oxford University Press, 2006.

Rowlands, I. H.: «Atmosphere and outer space», en D. Bodansky, J. Brunnée y E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, págs. 315 a 336.

Sands, Ph.: *Principles of International Environmental Law*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2003, págs. 317 a 390.

Soroos, M. S.: *The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons*, Columbia (South Carolina), University of South Carolina Press, 1997.

Xue, H.: *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, págs. 200 a 203.

b) *Artículos*

Biermann, F.: «"Common concern of Humankind": the emergence of a new concept of international environmental law», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 34 (1996), págs. 426 a 481.

Boyle, A. E.: «International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles», en R. Churchill y D. Freestone (eds.), *International Law and Global Climate Change*, Londres, Graham and Trotman, 1991, págs. 7 a 19.

Brownlie, I.: «Legal status of natural resources in international law (some aspects)», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1979-I*, vol. 162, págs. 245 a 317.

Bruce, J.: «"Law of the air" - A conceptual outline», *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), pág. 5.

DOLZER, R.: «Atmosphere, protection», en R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, (1992), pág. 289.

GOLDIE, L. F. E.: «A general view of international environmental law. A survey of capabilities, trends and limits», en A. C. KISS (ed.), *The Protection of the Environment and International Law*, taller de 1973, Academia de Derecho Internacional de La Haya, Leiden, Sijthoff, 1975, págs. 25 a 143, en particular págs. 72 y 73.

HANDL, G.: «International efforts to protect the global atmosphere: a case of too little, too late?», *EJIL*, vol. 1 (1990), págs. 250 a 257.

— «International law and protection of the atmosphere», *Proceedings of the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law, Chicago, Illinois, April 5-8, 1989*, Washington D.C., American Society of International Law, 1990, págs. 62 a 66.

HOGAN, J. C.: «Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere», *AJIL*, vol. 51, n.º 2 (1957), pags. 362 a 375.

KISS, A. C.: «La protection de l'atmosphère: un exemple de la mondialisation des problèmes», *ADFI*, vol. 34 (1988), págs. 701 a 708.

LEHMANN, J.: «A comparative analysis of the long-range transboundary air pollution, ozone layer protection and climate change regimes», en M. BOTHE y E. REHBINDER (eds.), *Climate Change Policy*, Eleven International Publishing, 2005, págs. 73 a 102.

MURASE, S.: «Perspectives from international economic law on transnational environmental issues», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1995*, vol. 253, págs. 283 a 431.

— «Protection of the atmosphere and international lawmaking», en M. POGAČNIK (ed.), *Challenges of Contemporary International Law and International Relations.* Liber Amicorum *in Honour of Ernest Petrič*, Nova Gorica (Eslovenia), The European Faculty of Law, 2011.

ROWLAND, F. S.: «Atmospheric changes caused by human activities: from science to regulation», *Ecology Law Quarterly*, vol. 27 (2001), págs. 1261 a 1293.

SAND, P. H.: «UNCED and the development of international environmental law», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), págs. 3 a 17.

SOHN, L. B.: «The Stockholm Declaration on the Human Environment», *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), págs. 423 a 515.

SOROOS, M. S.: «The thin blue line: preserving the atmosphere as a global commons», *Environment*, vol. 40, n.º 2 (1998), págs. 6 a 13 y 32 a 35.

2. CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA TRANSFRONTERIZA

a) *Libros*

BRUNNÉE, J.: *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, Dobbs Ferry (Nueva York), Transnational Publishers, 1988.

CARROLL, J. E.: *Trans-boundary Air Quality Relations*, University of Maine Press, 1990.

FLINTERMAN, C., B. KWIATKOWSKA y J. G. LAMMERS (eds.): *Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Co-operation of States*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

LIER, I. H. van: *Acid Rain and International Law*, Toronto (Canadá), Bunsel Environmental Consultants, 1981.

OKOWA, P. N.: *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford University Press, 2000.

— «The legal framework for the protection of the environment against transboundary air pollution: a reflection on customary and treaty law», en H. POST (ed.), *The Protection of Ambient Air in International and European Law*, Utrecht, Eleven, 2009, págs. 53 a 71.

SANDS, Ph. (ed.): *Chernobyl: Law and Communication. Transboundary Nuclear Air Pollution - The Legal Materials*, Cambridge, Grotius, 1988.

WETSTONE, G. S., A. ROSENCRANZ y S. A. FOSTER: *Acid Rain in Europe and North America: National Responses to an International Problem*, Washington D.C., Environmental Law Institute, 1983.

b) *Artículos*

BANKES, N. D., y J. O. SAUNDERS: «Acid rain: multilateral and bilateral approaches to transboundary pollution under international law», *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 33 (1984), págs. 155 a 201.

BATH, C. R.: «US-Mexico experience in managing transboundary air resources: problems, prospects, and recommendations for the future», *Natural Resources Journal*, vol. 22 (1982), págs. 1147 a 1167.

CHURCHILL, R. R., G. KÜTTING y L. M. WARREN: «The 1994 UN ECE Sulphur Protocol», *Journal of Environmental Law*, vol. 7 (1995), págs. 169 a 197.

FRAENKEL, A. A.: «The Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution: meeting the challenge of international cooperation», *Harvard International Law Journal*, vol. 30, n.º 2 (1989), págs. 447 a 476.

HAJOST, S. A.: «International legal implications of United States policy on acid deposition», en D. B. MAGRAW (ed.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, 1991, págs. 344 a 354.

LAMMERS, J. G.: «The european approach to acid rain», en D. B. MAGRAW (ed.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, 1991, págs. 265 a 309.

MERCURE, P. F.: «Principes de droit international applicables au phénomène des pluies acides», *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 21, n.º 2 (1991), págs. 373 a 418.

OKOWA, P. N.: «The legacy of *Trail Smelter* in the field of transboundary air pollution», en R. M. BRATSPIES y R. A. MILLER (eds.), *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the* Trail Smelter *Arbitration*, Cambridge University Press, 2006, págs. 195 a 208.

PALLEMAERTS, M.: «International legal aspects of long-range transboundary air pollution», *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 1 (1988), págs. 189 a 224.

ROSENCRANZ, A.: «The ECE Convention of 1979 on Long Range Transboundary Air Pollution», *AJIL*, vol. 75 (1981), págs. 975 a 982.

SANDS, Ph.: «The treaty regime on long-range transboundary air pollution», en Francia, Ministère de l'environnement y Environnement sans frontière (eds.), *L'application renforcée du droit international de l'environnement. Harmonisation et développement des procédures internationales de contrôle, de sanction et de règlement des différends/Towards Strengthening Application of International Environmental Law. International Procedures of Control, Enforcement and Conflict Settlement: Harmonization and Advancement*, París, Frison-Roche, 1999, págs. 74 a 78.

TAN, A. K. J.: «Forest fires of Indonesia: State responsibility and international liability», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48(4) (1999), págs. 826 a 855.

WETSTONE, G., y A. ROSENCRANZ: «Transboundary air pollution: the search for an international response», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 8 (1984), págs. 89 a 138.

WETTESTAD, J.: «Science, politics and institutional design: some initial notes on the long-range transboundary air pollution regime», *Journal of Environment and Development*, vol. 4, n.º 2 (1995), págs. 165 a 185.

— «Acid lessons? Assessing and explaining LRTAP implementation and effectiveness», IIASA Working Paper (WP-96-18), 1996.

3. Capa de ozono

a) *Libros*

BENEDICK, R. E.: *Ozone Diplomacy. New Directions in Safeguarding the Planet*, 2.ª ed., Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1998.

BRACK, D.: *International Trade and the Montreal Protocol*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 1996.

BRUNNÉE, J.: *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, Dobbs Ferry (Nueva York), Transnational Publishers, 1988.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Handbook for the International Treaties for the Protection of the Ozone Layer*, 5.ª ed., 2000.

YOSHIDA, O.: *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, La Haya, Kluwer Law International, 2001.

b) *Artículos*

BENEDICK, R. E.: «The Montreal Ozone Treaty: implications for global warming», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5, n.º 2 (1990), págs. 227 a 233.

CARON, D. D.: «La protection de la couche d'ozone stratosphérique et la structure de l'activité normative internationale en matière d'environment», *AFDI*, vol. 36 (1990), págs. 704 a 726.

— «Protection of the stratospheric ozone layer and the structure of international environmental lawmaking», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 14, n.º 4 (1991), págs. 755 a 780.

HAAS, P. M.: «Banning chlorofluorocarbons: epistemic community efforts to protect stratospheric ozone», *International Organization*, vol. 46, n.º 1 (1992), págs. 187 a 224.

KINDT, J. W., y S. P. MENEFEE: «The vexing problem of ozone depletion in international environmental law and policy», *Texas International Law Journal*, vol. 24, n.º 2 (1989), págs. 261 a 293.

KOSKENNIEMI, M.: «Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), págs. 123 a 162.

LAMMERS, J. G.: «Efforts to develop a protocol on chlorofluorocarbons to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer», *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 1 (1988), págs. 225 a 269.

LAWRENCE, P. M.: «International legal regulation for protection of the ozone layer: some problems of implementation», *Journal of Environmental Law*, vol. 2, n.º 1 (1990), págs. 17 a 52.

MINTZ, J. A.: «Progress toward a healthy sky: an assessment of the London amendments to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer», *Yale Journal of International Law*, vol. 16, n.º 2 (1991), págs. 571 a 582.

TRIPP, J. T. B.: «The UNEP Montreal Protocol: industrialized and developing countries sharing the responsibility for protecting the stratospheric ozone layer», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 20, n.º 3 (1988), págs. 733 a 752.

4. CAMBIO CLIMÁTICO

a) *Libros*

BENEDICK, R. E., y otros (eds.): *Greenhouse Warming: Negotiating a Global Regime*, s. l., World Resources Institute, 1991.

CHURCHILL, R., y D. FREESTONE (eds.): *International Law and Global Climate Change*, Londres, Graham and Trotman, 1991.

GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (IPCC): *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2007.

IWAMA, T. (ed.): *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, Tokio, Environmental Research Center, 1991.

VERHEYEN, R.: *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.

b) *Artículos*

ASOCIACIÓN 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*, Londres, 2010, págs. 346 a 401, en particular págs. 396 y ss.; disponible en www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029, pags. 37 y ss.

BARRATT-BROWN, E. P., y otros: «A forum for action on global warming: the UN Framework Convention on Climate Change», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 4 (1993), págs. 103 a 118.

BODANSKY, D.: «Managing climate change», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), págs. 60 a 74.

— «The United Nations Framework Convention on Climate Change: a commentary», *Yale Journal of International Law*, vol. 18, n.º 2 (1993), págs. 451 a 558.

BOISSON DE CHAZOURNES, L.: «De Kyoto à La Haye, en passant par Buenos Aires et Bonn: La régulation de l'effet de serre aux forceps», *Annuaire français de relations internationales*, vol. 1 (2000), págs. 709 a 718.

CARON, D. D.: «When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level», *Ecology Law Quarterly*, vol. 17, n.º 4 (1990), págs. 621 a 653.

DAVIES, P. G. G.: «Global warming and the Kyoto Protocol», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), págs. 446 a 461.

FOX, S. T.: «Responding to climate change: the case for unilateral trade measures to protect the global atmosphere», *Georgetown Law Journal*, vol. 84, n.º 7 (1996), págs. 2499 a 2542.

FRENCH, D.: «1997 Kyoto Protocol to the 1992 UN Framework Convention on Climate Change», *Journal of Environmental Law*, vol. 10, n.º 2 (1998), págs. 227 a 239.

JAPAN BRANCH COMMITTEE ON CLIMATE CHANGE: «Legal principles relating to climate change: preliminary issues on the methodology and scope of the work», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52 (2009), págs. 500 a 537.

NANDA, V. P.: «Global warming and international environmental law: a preliminary inquiry», *Harvard International Law Journal*, vol. 30, n.º 2 (1989), págs. 375 a 392.

SANDS, Ph.: «The United Nations Framework Convention on Climate Change», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 1, n.º 3 (1992), págs. 270 a 277.

STONE, C. D.: «Beyond Rio: "Insuring" against global warming», *AJIL*, vol. 86, n.º 3 (1992), págs. 445 a 488.

VOIGT, C.: «State responsibility for climate change damages», *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), págs. 1 a 22.

ZAELKE, D., y J. CAMERON: «Global warming and climate change: an overview of international legal process», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5, n.º 2 (1990), págs. 249 a 290.

Anexo III

APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

(Giorgio Gaja)

I. Introducción

1. En los tratados hay gran diversidad de cláusulas relativas a su aplicación.

Con arreglo al artículo 24, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, «Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores»; en el párrafo 2 se establece una regla subsidiaria con arreglo a la cual: «A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado». Está claro que la aplicación provisional de un tratado, que se aborda en el artículo 25 de la Convención de Viena, se refiere a la aplicación del tratado antes de su entrada en vigor en el sentido del artículo 24. Está igualmente claro que la aplicación provisional no llega a ser la entrada en vigor.

El interés en adelantar la aplicación de un tratado puede depender de una serie de razones. Una de ellas es que se sienta la necesidad de ocuparse con urgencia de asuntos recogidos en el tratado. Por ejemplo, la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986, que fue aprobada tras el accidente de Chernobyl, preveía en su artículo 13 la aplicación provisional de la Convención. Otra razón para recurrir a la aplicación provisional es evitar el riesgo de que se demore injustificadamente la entrada en vigor de un tratado. Ejemplo de ello puede encontrarse en el artículo 7 del Protocolo n.º 14 *bis* del Convenio europeo de derechos humanos.

El artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 considera que la aplicación provisional de un tratado depende del acuerdo de los Estados interesados. El párrafo 1 de ese artículo estipula que «Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor: *a*) si el propio tratado así lo dispone; o *b*) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo». Este segundo caso es el de un acuerdo cuya finalidad específica es determinar la aplicación provisional, como en el caso del Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947. El primer caso hace referencia también a un acuerdo que, pese a figurar en un tratado que aún no está en vigor, se aplica independientemente de la entrada en vigor del tratado. Cabría remitirse a una cláusula convencional relativa a la aplicación provisional del artículo 24, párrafo 4, de la Convención de Viena, que dice lo siguiente: «Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y *otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto**».

2. Ni el artículo 2 de la Convención de Viena, que versa sobre los «términos empleados», ni el artículo 25 de la misma Convención contienen una definición de «aplicación provisional». Este término no se había utilizado en el proyecto de artículos preparado por la Comisión[1]. Es esencial definir en qué consiste la aplicación provisional a fin de determinar sus efectos jurídicos y de considerar ciertas cuestiones que la Convención de Viena aborda solo en parte: las condiciones previas de la aplicación provisional y su terminación. En los párrafos siguientes se abundará en estos aspectos.

3. Para simplificar el análisis, el presente documento considera únicamente los tratados entre Estados, incluidos aquellos por los que se establece una organización internacional. Así pues, solo se hará referencia a la Convención de Viena de 1969. No obstante, surgen problemas similares cuando una organización internacional concluye un tratado, ya sea con Estados o con otras organizaciones internacionales. Conviene señalar que el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986 es una mera adaptación del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

II. Significado de aplicación provisional

4. La determinación de los fundamentos de la aplicación provisional en un acuerdo entre Estados no supone necesariamente que el acuerdo tenga un contenido preciso. Los Estados pueden dar diversos efectos jurídicos a sus acuerdos. En ausencia de una especificación de esos efectos por las partes en el acuerdo, se han expresado diferentes puntos de vista sobre el significado de aplicación provisional.

Con arreglo a uno de ellos, los Estados en cuestión están obligados por el acuerdo a aplicar el tratado en la misma forma que si este hubiera entrado en vigor. Según esta opinión, el acuerdo sobre la aplicación provisional constituye un compromiso paralelo al tratado. La principal peculiaridad de este acuerdo es que su flexibilidad respecto de la terminación es mayor.

---

[1] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, párr. 38.

El punto de vista opuesto es que, al convenir en la aplicación provisional de un tratado, los Estados no quedan obligados a aplicar el tratado, sino que se limitan a manifestar la intención de aplicarlo en el entendimiento de que los otros Estados interesados hagan lo mismo. No obstante si uno de los Estados deja de aplicar el tratado provisionalmente, no incurriría en responsabilidad internacional alguna respecto de los otros Estados, los cuales probablemente pondrían fin, ante la falta de reciprocidad, a la aplicación provisional por su parte del tratado respecto del Estado que ha cambiado de parecer. Una de las razones que se han sugerido para sustentar esta solución es que el acuerdo sobre la aplicación provisional puede otorgarlo un órgano del Estado que no esté facultado para obligar al Estado en el tratado con arreglo al derecho internacional.

Una tercera opinión es una variante de la segunda. Si bien los Estados no están obligados a aplicar el tratado, el acuerdo sobre la aplicación provisional les permite hacer caso omiso, si lo hacen en cumplimiento del tratado, de las obligaciones que puedan tener en sus relaciones recíprocas con arreglo al derecho internacional.

Una cuarta opinión considera que el acuerdo sobre la aplicación provisional es una indicación de que la entrada en vigor del tratado, si se produce y cuando tenga lugar, será retroactiva. Hasta que el tratado entre en vigor, los Estados interesados no quedan obligados por el tratado pero, si no cumplen sus disposiciones se arriesgan a que, en última instancia, se considere que han incumplido el tratado.

5. Cuatro recientes laudos arbitrales relativos al Tratado sobre la Carta de la Energía se pronuncian sobre el significado de la aplicación provisional en el artículo 45, párrafo 1, de ese Tratado[2]. En el caso *Kardassopoulos* v. *Georgia*[3], el tribunal arbitral entendió que la aplicación provisional «*no es lo mismo* que la entrada en vigor. No obstante, la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía es un proceso en el que todos los signatarios "convienen" en el artículo 45, párrafo 1: por tanto, se trata (con sujeción a otras disposiciones del párrafo), de una cuestión de obligación jurídica» (párr. 209). Según el tribunal, «con arreglo a los términos empleados en el artículo 45, párrafo 1, debe interpretarse que todos los Estados signatarios están obligados, aún antes de que el Tratado sobre la Carta de la Energía haya entrado formalmente en vigor, a aplicar la totalidad del Tratado como si ya lo hubiese hecho» (párr. 211). A juicio del tribunal existía «una práctica de aplicación provisional de los tratados lo suficientemente bien establecida para dar lugar a un entendimiento aceptado de manera general de lo que esa noción quiere decir» (párr. 219).

Los tribunales de arbitraje expresaron una opinión similar sobre el significado de aplicación provisional en el Tratado sobre la Carta de la Energía en los casos *Yukos* v. *Russian Federation*, *Veteran Petroleum Ltd.* v. *Russian Federation* y *Hulley Enterprises Ltd.* v. *Russian Federation*. En estos laudos, emitidos por un tribunal integrado por los mismos miembros en la misma fecha (30 de noviembre de 2009)[4], se citaba ampliamente, coincidiendo con él, el laudo emitido en el caso *Kardassopoulos* v. *Georgia*. También se afirmaba en ellos «el principio de que la aplicación provisional de un tratado crea obligaciones vinculantes» (párrafo 314 de cada uno de los tres laudos).

Un análisis a fondo de las decisiones internacionales y la práctica de los Estados permitiría a la Comisión establecer una presunción sobre el significado de la aplicación provisional de un tratado.

III. Condiciones previas de la aplicación provisional

6. La definición del significado de la aplicación provisional de un tratado tiene algunas consecuencias importantes en lo que se refiere a sus condiciones previas, que sería preciso examinar a partir de las conclusiones alcanzadas acerca de la definición. De seguir la segunda o la cuarta opinión anteriormente mencionadas, el acuerdo sobre la aplicación provisional no tendría efecto jurídico alguno y no plantearía ninguna interrogante en relación con el derecho interno respecto de la competencia para celebrar un tratado.

Si, por el contrario, se entiende que el acuerdo sobre la aplicación provisional implica que los Estados interesados están obligados a aplicar el tratado, adquiere relevancia el derecho interno que regula la celebración de acuerdos por el ejecutivo. Las constituciones de algunos Estados prohíben incluso la celebración de acuerdos que estipulen la aplicación provisional de los tratados[5]. El mayor grado de flexibilidad que los acuerdos sobre la aplicación provisional tienen respecto de la terminación impide que estos se asimilen plenamente a los acuerdos del ejecutivo.

La tercera opinión puede también plantear algunas interrogantes en lo que se refiere al derecho interno que regula la competencia para celebrar tratados, en la medida en que el incumplimiento de las obligaciones existentes con arreglo al derecho internacional no entra dentro de la competencia de las autoridades del Estado que celebraron el acuerdo sobre la aplicación provisional.

IV. Terminación de la aplicación provisional

7. El artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena estipula que, «la aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este

[2] Artículo 45, párrafo 1, del Tratado sobre la Carta de la Energía: «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».

[3] *Ioannis Kardassopoulos* v. *Georgia*, laudo sobre jurisdicción de 6 de julio de 2007, caso CIADI n.º ARB/05/18, http://italaw.com/documents/Kardassopoulos-jurisdiction.pdf. También está disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

[4] Corte Permanente de Arbitraje, *Yukos Universal Limited (Isle of Man)* v. *Russian Federation*, caso n.º AA 227; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus)* v. *Russian Federation*, caso n.º AA 228; y *Hulley Enterprises Limited (Cyprus)* v. *Russian Federation*, caso n.º AA 226, laudos provisionales sobre jurisdicción y admisibilidad de 30 de noviembre de 2009. El texto de los laudos provisionales puede consultarse en www.encharter.org (*Dispute Settlement*).

[5] En las reservas formuladas por algunos Estados (Colombia, Costa Rica, Guatemala y Perú) al artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 se hace referencia a disposiciones constitucionales, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (disponible en línea: http://treaties.un.org), cap. XXIII.1. Una inquietud similar parece estar subyacente en la reserva formulada por el Brasil al mismo artículo, ibíd.

notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto». La práctica indica que, a veces, los Estados recurren a la terminación de la aplicación provisional sin especificar que tienen la intención de no entrar a ser parte en el tratado. Esto se debe probablemente al hecho de que este requisito tiene escasa importancia, ya que la notificación de un Estado de su intención de no entrar a ser parte en un tratado no le impide convertirse, más adelante, en parte de ese tratado.

8. Un aspecto que tal vez sea necesario abordar es si, antes de notificar la terminación, el Estado debería dar un preaviso. Aunque es infrecuente en la práctica, el preaviso tendría la ventaja de hacer posible que todas las partes en el acuerdo sobre la aplicación provisional de un tratado le pusieran término al mismo tiempo.

9. Si bien la Convención de Viena no lo especifica, está claro que la aplicación provisional también termina cuando el tratado entra en vigor. Las disposiciones de la Convención de Viena sobre la terminación de los tratados parecen en general ser pertinentes para el acuerdo sobre la aplicación provisional. De especial importancia es el motivo recogido en el artículo 54, ya que se refiere a la terminación «por consentimiento de las partes». De considerarse que el acuerdo sobre la aplicación provisional impone obligaciones a los Estados interesados, el artículo 60 también sería pertinente, en la medida en que prevé la posibilidad de alegar una violación grave para dar por terminado el tratado.

10. La Convención de Viena no especifica las consecuencias de la terminación de un acuerdo sobre la aplicación provisional de un tratado. Podría considerarse que el artículo 70 de la Convención de Viena, que se refiere a las consecuencias de la terminación de un tratado en general, sería aplicable a un acuerdo sobre la aplicación provisional. Con arreglo a dicho artículo, la terminación «*a*) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado; *b*) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación». Otra cuestión sería si el incumplimiento de obligaciones establecidas en normas de derecho internacional que tuvieron lugar en razón de la aplicación provisional de un tratado conllevan responsabilidad internacional una vez que dicha aplicación termine.

V. Conclusiones

11. La realización por la Comisión de un estudio basado en un análisis exhaustivo de la práctica aclararía las cuestiones planteadas en los párrafos precedentes. Dicho estudio podría dar lugar a la elaboración de algunos artículos, que complementarían las escasas normas recogidas en la Convención de Viena y en los que podría abordarse, a la vez, el significado de la aplicación provisional, las condiciones previas de esta y su terminación.

12. La Comisión podría elaborar también algunas cláusulas modelo que servirían de ayuda a los Estados que tengan la intención de dar un significado especial a la aplicación provisional de un tratado o de establecer normas particulares sobre sus condiciones previas o su terminación.

Bibliografía sumaria

ARSANJANI, M. H., y W. M. REISMAN: «Provisional application of treaties in international law: the Energy Charter Treaty awards», en E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, págs. 86 a 102.

BERNHARDT, R.: «Völkerrechtliche Bindungen in den Vorstadien des Vertragsschlusses», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 18 (1957-1958), págs. 652 a 690.

GESLIN, A.: *La mise en application provisoire des traités*, París, Pedone, 2005.

KRENZLER, H.-G.: *Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge* (dissertation Heidelberg, 1963).

LEFEBER, R.: «The provisional application of treaties», en J. KLABBERS y R. 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, D.: «Article 25 (1969)», en O. CORTEN y P. KLEIN (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: Commentaire article par article*, Bruselas, Bruylant, 2006, vol. I, págs. 1047 a 1070; versión inglesa: *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2011, págs. 639 a 654.

MONTAG, F.: *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986.

PICONE, P.: *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Nápoles, Jovene, 1973.

ROGOFF, M. A., y B. E. GAUDITZ: «The provisional application of international agreements», *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), págs. 29 a 81.

VIGNES, D.: «Une notion ambiguë: la mise en application provisoire des traités», *AFDI*, vol. 18 (1972), págs. 181 a 199.

VILLIGER, M. E.: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 349 a 358.

Anexo IV

LA NORMA DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES

(Stephen C. Vasciannie)

I. Contexto

1. Las cuestiones que afectan a las inversiones internacionales han venido desempeñando un papel cada vez más importante en las relaciones entre los Estados en el período transcurrido desde la segunda guerra mundial. Así, el derecho internacional público reconoce hoy en día diversos conceptos que aclaran las relaciones bilaterales y multilaterales entre los Estados en materia de inversiones; también incluye varios conceptos que definen las relaciones entre los Estados, por una parte, y los inversores extranjeros, por otra. Uno de esos conceptos, aplicable a los Estados en sus relaciones mutuas y a las relaciones entre los Estados y los inversores extranjeros, es el del trato justo y equitativo. Se ha propuesto que la Comisión de Derecho Internacional emprenda un examen del concepto del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones.

2. En los últimos años, el concepto del trato justo y equitativo ha adquirido un relieve considerable en la práctica de los Estados. Esta posición destacada se debe en buena parte a que los tratados bilaterales sobre inversiones se han convertido en las principales fuentes del derecho en el terreno de las inversiones. Existen en la actualidad más de 3.000 tratados bilaterales sobre inversiones en vigor entre Estados, que muy mayoritariamente establecen obligaciones contractuales entre países desarrollados, exportadores de capital, por una parte, y países en desarrollo, importadores de capital, por otra. Prácticamente todos esos tratados incluyen una referencia explícita a la norma del trato justo y equitativo en una forma que garantiza a los inversores extranjeros que obtendrán un trato justo y equitativo del país que recibe la inversión. Al mismo tiempo, la norma del trato justo y equitativo también ha tenido cabida en otros ámbitos de la práctica de los Estados. De este modo, por ejemplo, el Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, el Tratado constitutivo del Mercado Común del África Oriental y Meridional (COMESA), el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR, Tratado sobre la Carta de la Energía, el Acuerdo sobre Promoción y Protección de Inversiones de la ASEAN y el Tratado de Libre Comercio de América de Norte incluyen la norma del trato justo y equitativo como uno de los medios para proteger las inversiones extranjeras.

3. Además, la norma del trato justo y equitativo también ha recibido apoyo de los Estados en el marco de negociaciones que no han resultado en tratados. Una de las primeras referencias a la norma del trato justo y equitativo en las relaciones de inversión figura en la Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio (1948)[1]. Aunque ese instrumento no llegó a entrar en vigor, su fracaso no se ha atribuido a la aceptación de la norma del trato justo y equitativo. Otros proyectos de tratado que incluyen esa norma son el Convenio Económico de Bogotá (1948), el proyecto de convención sobre inversiones en el extranjero (1959)[2] y el proyecto de convenio sobre protección de la propiedad extranjera de la OCDE (1967)[3]. Análogamente, el proyecto de código de conducta de las Naciones Unidas para las empresas transnacionales[4], negociado inicialmente en el contexto de los intentos de instaurar un nuevo orden económico internacional en el decenio de 1970, incluía la norma del trato justo y equitativo. El proyecto de acuerdo multilateral sobre inversiones de la OCDE[5], negociado exclusivamente por los Estados miembros de la OCDE, también incluía la norma.

4. El concepto del trato justo y equitativo también ha recibido apoyo en la labor de algunas organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales. Así, en el caso de las primeras, el Banco Mundial, en sus Directrices sobre el trato de la inversión extranjera directa, de 1992[6], recomendó explícitamente la norma. Por lo que respecta a las segundas, en 1949 la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en su Código para el Trato Justo de las Inversiones Extranjeras[7], apoyó la idea del trato justo señalando algunos de los posibles elementos que configurarían dicha norma. Posteriormente, en 1972, la Cámara de Comercio

---

[1] *United Nations Conference on Trade and Employment held at Havana, Cuba, from November 21, 1947, to March 24, 1948 - Final Act and Related Documents* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1948.II.D.4).

[2] *Journal of Public Law*, vol. 9 (1960), págs. 116 y ss.

[3] OCDE, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention*, París, 1967.

[4] Informe de la Comisión de Empresas Transnacionales, *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1983, Suplemento n.º 7* (E/1983/17/Rev.1-E/C.10/1983/S/5/Rev.1), anexo II.

[5] OCDE, DAFFE/MAI(98)7/REV1, 22 de abril de 1998; disponible en www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm.

[6] Banco Mundial, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Volume II: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, págs. 33 y ss.

[7] UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium. Volume III: Regional Integration, Bilateral and Non-governmental Instruments* (UNCTAD/DTCI/30(Vol.III)), 1996, págs. 273 y ss.

Internacional, en sus Directrices para la inversión internacional, se refirió a la necesidad de asegurar un «trato justo y equitativo» de la propiedad de los inversores extranjeros[8]. La Carta de la Cuenca del Pacífico sobre las Inversiones Internacionales, aprobada por el Consejo Económico de la Cuenca del Pacífico en 1995, también apoyaba la idea de que había que conceder un trato «justo y razonable» a las inversiones extranjeras como cuestión de derecho[9].

5. Así pues, la práctica de los Estados y de otras entidades reconoce a distintos niveles la importancia de la norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional. No obstante, a pesar del relieve que tiene esta norma, el significado y el alcance de lo que constituye un trato justo y equitativo siguen siendo motivo de controversia. En primer lugar, si bien los Estados son parte en numerosos tratados que contemplan la norma, no está del todo claro qué es lo que los Estados pretenden incluir en el tratado al utilizar esta expresión. En segundo lugar, los Estados no siempre han incorporado la norma del trato justo y equitativo de la misma manera en sus tratados sobre inversiones: esto plantea interrogantes acerca de si se han utilizado formulaciones divergentes para aprehender distintos significados posibles de la expresión. Y, en tercer lugar, debido a que la frase «trato justo y equitativo» tiene un significado intrínsecamente amplio, han surgido incertidumbres acerca de la manera en que la norma deberá aplicarse en la práctica.

6. En este contexto, no es sorprendente que las cuestiones relativas al significado y al alcance de la norma del trato justo y equitativo hayan sido objeto de un número considerable de litigios en los últimos años. En su mayor parte estos casos han sido dirimidos por tribunales de arbitraje, que han procurado dar un sentido a la norma tal como se establece en determinados tratados bilaterales sobre inversiones o en el Tratado de Libre Comercio de América de Norte. Basándose en el criterio expresado en una decisión arbitral, la Comisión de Libre Comercio del Tratado aprovechó la oportunidad para emitir una aclaración del significado de la frase «trato justo y equitativo» tal como se utiliza en el Tratado. Sin embargo, incluso después de esta aclaración, sigue habiendo dudas acerca del significado de la frase. Teniendo en cuenta esta incertidumbre, existe una oportunidad para que la Comisión de Derecho Internacional ofrezca un análisis de la norma del trato justo y equitativo que ayude a aclarar el principio de derecho y a generar una mayor seguridad para la práctica de los Estados al respecto. No se tratará de intentar juzgar de nuevo los casos pertinentes, sino más bien de extraer de ellos una evaluación del estado del derecho relativo al significado y a los elementos de la norma del trato justo y equitativo en las relaciones de inversión. Algunos de los casos que habrá que considerar en este análisis figuran en la lista de casos contenida en el apéndice II del presente prospecto.

II. Algunas cuestiones que habrá que examinar

7. La cuestión central que habrá que examinar será el significado del concepto del trato justo y equitativo tal como se emplea en los instrumentos internacionales sobre inversiones. Para responder a esta cuestión, se propone tener en cuenta los aspectos siguientes:

a) *Forma*. ¿En qué formas diferentes se ha incorporado la norma del trato justo y equitativo en los instrumentos bilaterales y multilaterales? En algunos casos, la norma del trato justo y equitativo se establece como un concepto independiente, mientras que en otros se combina, a veces en la misma cláusula dispositiva, con otras normas relativas al trato de los inversores, como la «plena protección y seguridad», el «trato requerido por el derecho internacional», el «trato de la nación más favorecida» y el «trato nacional». En algunos casos, la norma del trato justo y equitativo se incorpora en una forma no vinculante, y ocasionalmente se incluye en los instrumentos como una disposición del preámbulo. Por tanto, el estudio deberá abordar esas formas diferentes y determinar la medida en que formas diferentes pueden dar lugar a consecuencias jurídicas diferentes.

b) *Relación con las normas contingentes*. En la vasta mayoría de tratados bilaterales sobre inversiones, los inversores extranjeros obtienen la garantía de recibir no solo un trato justo y equitativo sino también un trato de nación más favorecida y un trato nacional. Esas normas difieren entre sí: las dos últimas son normas contingentes, lo cual significa que en cada caso particular su contenido vendrá determinado por el trato ofrecido a una categoría de inversores definida. El trato justo y equitativo es una norma no contingente, pero en la práctica el trato otorgado a un inversor puede ser justo o injusto en función de la manera en que otros inversores sean tratados en el país que recibe las inversiones. Así pues, la cuestión será si es posible definir la relación entre la norma del trato justo y equitativo y cualesquiera otras normas contenidas en un tratado. Como parte de esta labor, también habría que prestar atención a determinar qué es, en particular, lo que una disposición sobre el trato justo y equitativo agrega realmente a un tratado que también incorpora las normas contingentes del trato de la nación más favorecida y del trato nacional.

c) *Relación con la norma de la «plena protección y seguridad»*. Como se ha señalado, la norma del trato justo y equitativo se incorpora a menudo junto con la norma de la «plena protección y seguridad». El análisis que aquí se propone examinará la relación entre estas dos normas no contingentes. Ello requerirá analizar el significado del concepto de la plena protección y seguridad y averiguar si este concepto incluye realmente elementos de protección para los inversores extranjeros que no sean ya inherentes a la norma del trato justo y equitativo.

d) *¿Es el trato justo y equitativo sinónimo de la norma internacional mínima?* Una opinión expresada en las publicaciones sobre la norma del trato justo y equitativo (y en cierta medida en la jurisprudencia sobre el concepto) es que en realidad la norma del trato justo y equitativo es equivalente a la norma internacional mínima que algunos Estados consideran un requisito del derecho internacional consuetudinario para el trato de los inversores extranjeros. Cabe señalar que la norma internacional mínima, establecida por ejemplo en el caso *Neer*[10], no ha sido aceptada por un número considerable de Estados.

[8] Ibíd., págs. 279 y ss., en particular pág. 287.

[9] Ibíd., págs. 375 y ss., en particular pág. 378.

[10] *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos, 15 de octubre de 1926, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 60.

Tradicionalmente, los países de América Latina han sostenido que el derecho internacional consuetudinario exige que el Estado receptor otorgue al inversor extranjero un trato no menos favorable que el que otorga a los inversores nacionales. Por consiguiente, si la norma del trato justo y equitativo es sinónima de la norma internacional mínima, los países de América Latina serán ahora en gran medida parte en varios tratados que requieren que se aplique a los inversores la norma internacional mínima, independientemente de que esa norma sea o no obligatoria con arreglo al derecho internacional consuetudinario.

e) *¿Es la norma del trato justo y equitativo una norma independiente?* El estudio analizará también una interpretación del significado de la norma del trato justo y equitativo distinta de la mencionada en el apartado *d*. Esa interpretación alternativa entraña que la norma del trato justo y equitativo es una norma independiente que, atendiendo al significado estricto de las palabras, difiere de la norma mínima internacional. Según esta opinión, el significado manifiesto de las palabras exige que los Estados que garantizan a los inversores un trato justo y equitativo otorguen a dichos inversores un trato no falto de justicia o de equidad en todas las circunstancias que se examinen. Con arreglo a esta interpretación, la norma exigirá que los árbitros evalúen el trato otorgado al inversor extranjero teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Los elementos de lo que es justo y equitativo según este criterio se irán formulando caso por caso.

f) *¿Constituye ya la norma del trato justo y equitativo una norma del derecho internacional consuetudinario?* Dado que más de 3.000 tratados bilaterales sobre inversiones incorporan la norma del trato justo y equitativo, y teniendo en cuenta que diversos instrumentos multilaterales recurren a esta disposición, cabe preguntarse si esa norma ya forma parte del derecho internacional consuetudinario. Ello plantea el interrogante de si la norma es o no sinónima de la norma internacional mínima, partiendo en gran medida de la práctica de los Estados. Se espera que la Comisión emprenda un estudio sobre la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, de modo que algunos de los instrumentos de análisis utilizados en ese estudio tal vez sean pertinentes para esta cuestión particular, y viceversa. En la etapa actual tal vez baste con mencionar que la mera existencia de un volumen considerable de práctica no genera normalmente, por sí sola, una norma del derecho internacional consuetudinario. Así pues, al intentar determinar si la norma del trato justo y equitativo constituye una norma de derecho internacional consuetudinario, también habrá que hacer referencia a la necesaria *opinio juris* de los Estados, si la práctica en cuestión tiene un carácter extendido y uniforme, incluida la práctica de los Estados «especialmente afectados». Las decisiones de los tribunales de arbitraje en los casos citados en el apéndice II, y en otros lugares, deberán ser plenamente tenidas en cuenta en este análisis.

g) *¿Es la norma del trato justo y equitativo un principio de derecho internacional?* Existe una opinión minoritaria al efecto de que la norma del trato justo y equitativo refleja un principio de derecho, aplicable a todos los Estados. Este punto de vista se basa en la idea de que cabe esperar que todos los Estados traten con justicia tanto a los nacionales como a los extranjeros, porque la justicia debe ser intrínseca a las actividades de los Estados. Esa argumentación tiende a sugerir que el trato justo y equitativo es parte del estado de derecho. Será necesario evaluar la validez de esta afirmación.

8. Otro grupo de cuestiones que habrá que analizar es el referente al contenido y al alcance de la norma del trato justo y equitativo. En algunos aspectos, esas cuestiones coinciden con las relativas al significado de la norma. Las cuestiones que cabría examinar en este sentido son las siguientes:

a) *¿Cuáles son los elementos del trato justo y equitativo en la práctica?* Los tribunales de arbitraje han estudiado diversos elementos de la norma, y han aceptado o han rechazado diferentes sugerencias acerca de cuáles son los componentes del trato justo y equitativo. Así, por ejemplo, existe cierto apoyo a la opinión de que una medida particular adoptada por un Estado tal vez no cumpla los requisitos de la norma del trato justo y equitativo si: i) es discriminatoria, ii) supone una denegación de justicia, iii) se ha tomado de mala fe, iv) no respeta las debidas garantías procesales en el Estado de que se trate, v) altera las legítimas expectativas del inversor extranjero, o vi) no respeta las normas de transparencia. Se ha sugerido también que la conducta de un Estado tal vez incumpla la norma del trato justo y equitativo si menoscaba la estabilidad de las relaciones comerciales en el país receptor de la inversión, o si contraviene ciertas normas en que confiaba el inversor extranjero al entrar en el país.

b) *¿De qué maneras ha afectado la norma del trato justo y equitativo a otras disposiciones de los tratados bilaterales sobre inversiones?* En algunas decisiones arbitrales se ha aceptado que la norma del trato justo y equitativo puede aplicarse a un determinado conjunto de circunstancias aun cuando otra disposición de un tratado bilateral sobre inversiones sea más específica y directamente aplicable. Esto ha sucedido, por ejemplo, en el caso de los perjuicios causados a las inversiones como consecuencia de un conflicto armado, cuando existía una disposición directamente aplicable relativa a los conflictos armados; esa disposición no impidió que el tribunal aplicara la disposición más general de la norma del trato justo y equitativo. Por tanto, el estudio deberá examinar si existen límites para las circunstancias en que puede aplicarse la norma del trato justo y equitativo. Cabe la posibilidad de que la norma constituya una disposición de aplicación general que se utilizará cuando otras disposiciones no aporten una solución que coincida con los intereses de la justicia, tal como los interpreta el tribunal de arbitraje u otro órgano facultado para adoptar decisiones.

9. El concepto del trato justo y equitativo también plantea cuestiones referentes a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. En primer lugar, cuando un país receptor ofrece garantías de un trato justo y equitativo en sus relaciones contractuales, es posible que esto no tenga más que un efecto indirecto en el inversor extranjero considerado beneficiario de la norma. En sus actividades cotidianas, el inversor extranjero estará sujeto al derecho interno y, en primera instancia, tenderá a recurrir al derecho interno para la protección de sus intereses como inversor. Por lo tanto, la cuestión de si la norma del trato justo y equitativo ha pasado a ser parte de

los regímenes jurídicos nacionales, y en qué medida lo ha hecho, tendrá una importancia práctica considerable para los inversores. Esta cuestión también será importante para los Estados cuyos nacionales traten de obtener protección amparándose en la norma del trato justo y equitativo, puesto que si los países que aceptan la norma no la aplican simultáneamente en su legislación nacional el efecto de la norma quedará reducido en la práctica.

10. Sobre un aspecto conexo, el estudio propuesto sobre la norma del trato justo y equitativo también debería examinar si la norma ya es parte integrante de los regímenes jurídicos nacionales, y en qué medida lo es. Como punto de partida, puede ser razonable apuntar que todos los regímenes jurídicos aspiran a la justicia y el trato equitativo para las personas. Por consiguiente, una cuestión que se plantea es la referente a las formas precisas en que el respeto de la norma del trato justo y equitativo en las relaciones en materia de inversiones complementa, o aclara, los derechos y deberes contemplados en los regímenes jurídicos internos de los países receptores de las inversiones. En general, con la interpretación de la norma del trato justo y equitativo por un tribunal internacional se abre la oportunidad de que un órgano externo determine si la conducta de un Estado es acorde con la justicia y la equidad como cuestión de derecho internacional. No obstante, en la práctica, a raíz de la decisión del tribunal externo, los órganos administrativos de las jurisdicciones nacionales deberán aplicar el significado atribuido a la norma del trato justo y equitativo en el derecho interno. Por tanto, el estudio deberá examinar las formas en que los responsables de la adopción de políticas y los órganos encargados de su aplicación a nivel nacional responden a las decisiones de los tribunales internacionales acerca del significado del trato justo y equitativo. Este análisis también daría lugar a preguntarse si existe, y en qué medida, un acervo de derecho administrativo que ya sea generalmente aplicable al trato otorgado a los inversores extranjeros.

11. Si bien el concepto del trato justo y equitativo se ha desarrollado en gran medida en el contexto del derecho internacional en materia de inversiones, existen vínculos significativos entre este concepto y otros ámbitos del derecho. Así, por ejemplo, es razonable sugerir que cuando el inversor extranjero es considerado como persona, el trato que reciba esa persona deberá ser acorde con los derechos humanos reconocidos universalmente a las personas, incluido el derecho a la propiedad. Al mismo tiempo, el trato concedido por los inversores extranjeros a las personas en los países que reciben las inversiones también deberá ser acorde con las normas de derechos humanos. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el estudio del trato justo y equitativo no deberá concentrarse exclusivamente en el concepto estricto, sino que más bien debería considerar las consecuencias del concepto para diferentes interesados en el proceso de inversión, y habría que obtener orientación sobre el significado de la idea de justicia en diferentes ámbitos del derecho internacional y nacional.

III. Cuestiones relativas al producto final

12. Es difícil afirmar con certeza qué tipo de documento debería surgir del estudio que aquí se propone. Una posibilidad será presentar una declaración sobre el significado de la norma, en que se describan algunas de las consecuencias que probablemente se producirán para los Estados que ofrezcan una garantía de trato justo y equitativo en sus relaciones contractuales. También cabe la posibilidad de examinar los respectivos significados de las diferentes formas que la norma del trato justo y equitativo ha adoptado en diversos tratados. Aplicando ese criterio, el estudio contribuirá a aclarar el derecho que regula una de las cuestiones más polémicas de la práctica moderna.

13. También es razonable sugerir que la forma final del estudio sobre el trato justo y equitativo pueda verse influida por el enfoque que decida adoptar la Comisión respecto de la forma final que tendrán los resultados de su labor sobre el tema del trato de la nación más favorecida y sobre el estudio del derecho internacional consuetudinario.

14. Cabe la posibilidad de que del estudio surja un conjunto de directrices para los Estados. Las directrices podrían indicar si la norma del trato justo y equitativo refleja o no el derecho internacional consuetudinario, y exponer a continuación las probables consecuencias para los Estados si formulan la norma del trato justo y equitativo de una u otra de diversas formas diferentes.

15. Se sugiere que, independientemente de su forma final, el estudio será pertinente para los Estados. Dado el volumen de trabajo de las oficinas de derecho internacional, es posible que los abogados no tengan ni el tiempo ni la oportunidad de estudiar la jurisprudencia relativa al trato justo y equitativo. No obstante, teniendo en cuenta la proliferación de tratados sobre inversiones en que consta esa disposición, el significado que se otorgue a la norma tendrá importancia para muchos Estados. En este contexto, una clara afirmación del derecho sobre el tema, formulada por una fuente autorizada, será de utilidad. Tomado juntamente con la labor de la Comisión sobre la cláusula de la nación más favorecida, el estudio contribuirá a mejorar la labor de la Comisión en un aspecto de tanta actualidad como es el derecho internacional en materia de inversiones.

Apéndice I

Bibliografía preliminar

AAKEN, A. van: «International investment law between commitment and flexibility: a contract theory analysis», *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n.º 2 (2009), págs. 507 a 538.

ABS, H., y H. SHAWCROSS: «The proposed convention to protect private foreign investment: a roundtable», *Journal of Public Law*, vol. 9 (1960), págs. 115 a 124 (nota del editor, texto del proyecto de convención y comentario de sus autores).

AFILALO, A.: «Towards a common law of international investment: how NAFTA Chapter 11 panels should solve their legitimacy crisis», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 17-1 (2004), págs. 51 a 96.

AGUILAR ÁLVAREZ, G., y S. MONTT: «Investments, fair and equitable treatment, and the principle of "Respect for the integrity of the law of the host State": toward a jurisprudence of "modesty" in investment treaty arbitration», en M. H. ARSANJANI y otros (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, págs. 579 a 605.

ALI, A. H., y K. TALLENT: «The effect of BITs on the international body of investment law: the significance of fair and equitable treatment provisions», en C. A. ROGERS y R. A. ALFORD (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, págs. 199 a 221.

ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, A.: «Minimum standard of treatment of aliens, fair and equitable treatment of foreign investors, customary international law and the *Diallo* case before the International Court of Justice», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 9, n.º 1 (2008), págs. 51 a 70.

BALTAG, C.: «Reviews of books: C. McLachlan, L. Shore and M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*; R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*; I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law*», *BYBIL 2008*, vol. 79, págs. 378 a 388.

BAXTER, R. R.: «Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, vol. 129, págs. 25 a 105.

BONNITCHA, J.: «El problema del riesgo moral y sus implicancias para la protección de las "expectativas legítimas" bajo la norma del trato justo y equitativo», *Investment Treaty News*, n.º 3, t. 1 (2011), págs. 6 a 8.

BOSCARIOL, J. W., y O. E. SILVA: «Canada-Peru Bilateral Investment Treaty is first based on new model», *International Law News* (Primavera de 2007), págs. 17 a 19.

BRONFMAN, M. K.: «Fair and equitable treatment: an evolving standard», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10 (2006), págs. 609 a 680.

BROWER, C. H.: «Fair and equitable treatment under NAFTA's investment Chapter», *Proceedings of the 96th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C., March 13-16, 2002*, Washington D.C., American Society of International Law, 2002, págs. 9 a 14.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (comp.): *Investment Laws of the World*, Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana, 1972.

CHOUDHURY, B.: «Evolution or devolution? Defining fair and equitable treatment in international investment law», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, n.º 2 (2005), págs. 297 a 320.

COE, J. J.: «Fair and equitable treatment under NAFTA's investment Chapter», *Proceedings of the 96th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C., March 13-16, 2002*, Washington D.C., American Society of International Law, 2002, pág. 17.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD): *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (n.º de venta: E.06.II.D.16).

— *Admisión y Establecimiento*, publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión (n.º de venta: S.99.II.D.10).

— *Trato de la nación más favorecida*, publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión (n.º de venta: S.99.II.D.11).

— *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements (n.º de venta: E.99.II.D.15).

— *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements (n.º de venta: E.99.II.D.23).

— *Trato de la nación más favorecida*, colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II (n.º de venta: S.10.II.D.19).

COSTAMAGNA, F.: «Investor's rights and State regulatory autonomy: the role of the legitimate expectation principle in the CMS v. Argentina case», *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n.º 2 (2006).

DELANEY, J.: «"Expropriation" and "fair and equitable treatment" standards in recent ICSID jurisprudence: comment», en R. HOFFMANN y C. J. TAMS (eds.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years*, Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 73 a 77.

DIMASCIO, N., y J. PAUWELYN: «Nondiscrimination in trade and investment treaties: Worlds apart or two sides of the same coin?», *AJIL*, vol. 102, n.º 1 (2008), págs. 48 a 89.

DOLZER, R.: «Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties», *The International Lawyer*, vol. 39, n.º 1 (2005), págs. 87 a 106.

— «The impact of international investment treaties on domestic administrative law», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37 (2005), págs. 953 a 972.

— y C. SCHREUER: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

— y M. STEVENS: *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995.

— y A. von WALTER: «Fair and equitable treatment: lines of jurisprudence on customary law», en F. ORTINO y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, págs. 99 a 114.

DOUAIRE DE BONDY, C.: «Fair and equitable treatment, arbitral jurisprudence and the implications of State treaty practice», en I. A. LAIRD y otros (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, Huntington (Nueva York), JurisNet, 2009, págs. 233 a 251.

DUMBERRY, P.: «The quest to define "fair and equitable treatment" for investors under international law: the case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot awards», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 3, n.º 4 (2002), págs. 657 a 691.

FALSAFI, A.: «The international minimum standard of treatment of foreign investors' property: a contingent standard» *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 30, n.º 2 (2007), págs. 317 a 363.

FATOUROS, A. A.: *Government Guarantees to Foreign Investors*, Nueva York, Columbia University Press, 1962.

FERNÁNDEZ DE LA CUESTA GONZÁLEZ, I.: «Fair and equitable treatment: evolution or revolution?», en I. A. LAIRD y otros (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, Huntington (Nueva York), JurisNet, 2009, págs. 219 a 231.

FIETTA, S.: «Expropriation and the "fair and equitable" standard: the developing role of investors' "expectations" in international investment arbitration», *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n.º 5 (2006), págs. 375 a 399.

— «Expropriation and the "fair and equitable treatment" standard», en F. ORTINO y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, págs. 183 a 193.

FOY, P. G., y R. J. C. DEANE: «Foreign investment protection under investment treaties: recent developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, n.º 2 (2001), págs. 299 a 331.

FRANCK, S. D.: «The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions», *Fordham Law Review*, vol. 73, n.º 4 (2005), págs. 1521 a 1625.

GAGNÉ, G., y J. -F. MORIN: «The evolving american policy on investment protection: evidence from recent FTAs and the 2004 model BIT», *Journal of International Economic Law*, vol. 9, n.º 2 (2006), págs. 357 a 382.

GALLUS, N.: «*National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*. Arbitral award on fair and equitable treatment of investments under a bilateral investment treaty», *AJIL*, vol. 103, n.º 4 (2009), págs. 722 a 727.

GAZZINI, T.: «General principles of law in the field of foreign investment», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, n.º 1 (2009), págs. 103 a 119.

GRUPO DEL BANCO MUNDIAL, «Progress report on the "legal framework" for the treatment of foreign investment» *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, n.º 2 (1992), págs. 307 a 314.

HAERI, H.: «A tale of two standards: "fair and equitable treatment" and the minimum standard in international law», *Arbitration International*, vol. 27, n.º 1 (2011), págs. 27 a 46.

HAMROCK, K. J.: «The *ELSI* case: toward an international definition of "Arbitrary" conduct», *Texas International Law Journal*, vol. 27, n.º 3 (1992), págs. 837 a 864.

HINDELANG, S.: «Bilateral investment treaties, custom and a healthy investment climate − The question of whether BITs influence customary international law revisited», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n.º 5 (2004), págs. 789 a 809.

HOBÉR, K.: «"Fair and equitable treatment": determining compensation: comment», en R. HOFFMANN y C. J. TAMS (eds.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years*, Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 79 a 102.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: «International responsibility», en M. SØRENSEN (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, MacMillan, 1968, págs. 531 a 603.

KALICKI, J., y S. MEDEIROS: «Fair, equitable and ambiguous: what is fair and equitable treatment in international investment law?», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, n.º 1 (2007), págs. 24 a 54.

KANTOR, M.: «Fair and equitable treatment: echoes of FDR's court-packing plan in the international law approach towards regulatory expropriation», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals. A Practitioners' Journal*, vol. 5, n.º 2 (2006), págs. 231 a 256.

KHALIL, M. I.: «Treatment of foreign investment in bilateral investment treaties», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, n.º 2 (1992), págs. 339 a 383.

KILL, T.: «Don't cross the streams: past and present overstatement of customary international law in connection with conventional fair and equitable treatment obligations», *Michigan Law Review*, vol. 106, n.º 5 (2008), págs. 853 a 880.

KINGSBURY, B., y S. SCHILL: «Investor-State arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law», en A. J. VAN DEN BERG (ed.), *50 Years of the New York Convention*, La Haya, Kluwer Law International, 2009, págs. 5 a 68.

KINNEAR, M.: «The continuing development of the fair and equitable treatment standard», en A. K. BJORKLUND y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, págs. 209 a 240.

KIRKMAN, C. C.: «Fair and equitable treatment: *Methanex v. United States* and the narrowing scope of NAFTA Article 1105», *Law and Policy in International Business*, vol. 34, n.º 1 (2002), págs. 343 a 392.

KLÄGER, R.: «Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 11, n.º 3 (2010), págs. 435 a 455.

— *"Fair and Equitable Treatment" in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011.

— «"Fair and equitable treatment" and sustainable development», en M. -C. CORDONIER SEGGER y otros (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), Kluwer Law International, 2011, págs. 241 a 259.

KREINDLER, R. H.: «Fair and equitable treatment − A comparative international law approach», *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n.º 3 (2006).

LAING, E. A.: «Equal access/non-discrimination and legitimate discrimination in international economic law», *Wisconsin International Law Journal*, vol. 14, n.º 2 (1996), págs. 246 a 348.

LEHAVI, A., y A. N. LICHT: «BITs and pieces of property», *Yale Journal of International Law*, vol. 36, n.º 1 (2011), págs. 115 a 166.

LOWENFELD, A. F.: *International Economic Law*, Oxford University Press, 2003.

MACDONALD, E.: «BITs, fair and equitable treatment and the cross-pollination of GAL», en Blog *Global Administrative Law, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law*, documento en línea: http://globaladminlaw.blogspot.com/2010/03/bits-fair-and-equitable-treatment-and.html (2010).

MANN, F. A.: «British treaties for the promotion and protection of investments», *BYBIL 1981*, vol. 52, págs. 241 a 254.

MARSHALL, F.: «Fair and equitable treatment in international investment agreements», *Issues in International Investment Law. Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum, Singapore, October 1-2, 2007*, International Institute for Sustainable Development, 2007.

MAYEDA, G.: «Playing fair: the meaning of fair and equitable treatment in bilateral investment treaties», *Journal of World Trade*, vol. 41, n.º 2 (2007), pág. 273.

MUCHLINSKI, P.: «"Caveat investor"?: the relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard», en F. ORTINO y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, págs. 205 a 235.

NEWCOMBE, A., y L. PARADELL: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), Kluwer Law International, 2009.

NWOGUGU, E. I.: *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, Manchester University Press, 1965.

ORAKHELASHVILI, A.: «The normative basis of "fair and equitable treatment": general international law on foreign investment?», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 46, n.º 1 (2008), págs. 74 a 105.

ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS, «Fair and equitable treatment and its relation to the minimum standard of international customary law», en A. H. QURESHI y X. GAO (eds.), *International Economic Law. Critical Concepts in Law*, vol. IV: *International Investment Law*, Londres/Nueva York, Routledge, 2010, págs. 10 a 17.

ORREGO VICUÑA, F.: «Regulatory authority and legitimate expectations: balancing the rights of the State and the individual under international law in a global society», *International Law FORUM du droit international*, vol. 5, n.º 3 (2003), págs. 188 a 197, en particular pág. 194.

— «Preface: R. Kläger: "'Fair and equitable treatment' and sustainable development"», en M.-C. CORDONIER SEGGER y otros (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), Kluwer Law International, 2011, págs. 237 a 240.

PAPARINSKIS, M.: *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013.

PARADELL, L.: «The BIT experience of the fair and equitable treatment standard», en F. ORTINO y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, pág. 117.

PARRA, A. R.: «Principles governing foreign investment, as reflected in national investment codes», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, n.º 2 (1992), págs. 428 a 445.

PAULSSON, J.: *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005.

PETERSON, L. E.: «Co-arbitrators in Total v. Argentina case take widely divergent views of Argentina's fair and equitable treatment obligation under investment treaty», *Investment Arbitration Reporter*, vol. 4 (abril de 2011), (disponible en www.iareporter.com).

PICASSO ACHAVAL, C.: «Tipping the balance towards investors?», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 9, n.º 2 (2008), págs. 147 a 162.

PICHERACK, J. R.: «The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far?», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 9, n.º 4 (2008), págs. 255 a 291.

PINTO-LEÓN, I.: «Fair and equitable treatment under international law: analyzing the interpretation of the NAFTA Article 1105.1 by NAFTA Chapter 11 Tribunals», *Currents: International Trade Law Journal*, vol. 15, n.º 2 (2006), págs. 3 a 27.

PORTERFIELD, M. C.: «An international common law of investor rights?», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, n.º 1 (2006), págs. 79 a 113.

REED, L., y D. BRAY: «Fair and equitable treatment: fairly and equitably applied in lieu of unlawful indirect expropriation?», en A. W. ROVINE (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, págs. 13 a 28.

ROBERTS, A.: «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *AJIL*, vol. 104, n.º 2 (2010), págs. 179 a 225.

RYAN, C. M.: «Meeting expectations: assessing the long-term legitimacy and stability of international investment law», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 29, n.º 3 (2008), págs. 725 a 761.

SACERDOTI, G.: «Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1997*. vol. 269, págs. 251 a 460.

SALACUSE, J. W.: *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010.

— «The emerging global regime for investment», *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n.º 2 (2010), págs. 427 a 473.

— y N. P. SULLIVAN: «Do BITs really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain», *Harvard International Law Journal*, vol. 46, n.º 1 (2005), págs. 67 a 130.

SCHILL, S. W.: «Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the Rule of Law», Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, *International Law and Justice Working Paper 2006/6*.

— «Revisiting a landmark: indirect expropriation and fair and equitable treatment in the ICSID case Tecmed», *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n.º 2 (2006).

— «"Fair and equitable treatment" as an embodiment of the Rule of Law», en R. HOFFMANN y C. J. TAMS (eds.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years*, Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 31 a 72.

— «Book Review: Ioana Tudor. *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*», *EJIL*, vol. 20, n.º 1 (2009), págs. 236 a 239.

SCHNEIDERMAN, D.: «Investment rules and the Rule of Law», *Constellations*, vol. 8, n.º 4 (2001), págs. 521 a 537.

— «Judicial politics and international investment arbitration: seeking an explanation for conflicting outcomes», *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 30, n.º 2 (2010), págs. 383 a 416.

SCHØNBERG, S. J.: *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000.

SCHREUER, C.: «Fair and equitable treatment», *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n.º 5 (2005).

— «Fair and equitable treatment in arbitral practice», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, n.º 3 (2005), págs. 357 a 386.

— «Fair and equitable treatment (FET): interactions with other standards», *Transnational Dispute Management*, vol. 4, n.º 5 (2007).

— «Selected standards of treatment available under the Energy Charter Treaty. Fair and equitable treatment (FET): interactions with other standards», en G. COOP y C. RIBEIRO (eds.), *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, Huntington (Nueva York), JurisNet, 2008, págs. 63 a 100.

SONG, N.: «Between Scylla and Charybdis: can a plea of necessity offer safe passage to States in responding to an economic crisis without incurring liability to foreign investors?», *American Review of International Arbitration*, vol. 19 (2008), págs. 235 a 267.

SORNARAJAH, M.: «The fair and equitable standard of treatment: whose fairness? Whose equity?», en F. ORTINO y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, pág. 167.

— *The International Law on Foreign Investment*, 3.ª ed., Cambridge University Press, 2010.

THOMAS, J. C.: «Fair and equitable treatment under NAFTA's investment Chapter», *Proceedings of the 96th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C., March 13-16, 2002*, Washington D.C., American Society of International Law, 2002, pág. 14.

— «Reflections on Article 1105 of NAFTA: history, State practice and the influence of commentators», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, n.º 1 (2002), págs. 21 a 51.

TUCK, A. P.: «The "fair and equitable treatment" standard pursuant to the investment provisions of the U.S. Free Trade Agreements with Peru, Colombia and Panama», *Law and Business Review of the Americas*, vol. 16, n.º 3 (2010), págs. 385 a 408.

TUDOR, I.: *The* Fair and Equitable Treatment Standard *in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008.

— [KNOLL-TUDOR, I.]: «The fair and equitable treatment standard and human rights norms», en P. -M. DUPUY, F. FRANCIONI y E. U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, págs. 310 a 343.

VANDEVELDE, K. J.: «The bilateral investment treaty program of the United States», *Cornell International Law Journal*, vol. 21 (1988), pág. 201.

— *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.

— «A unified theory of fair and equitable treatment», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 43, n.º 1 (2010), págs. 43 a 106.

VASCIANNIE, S.: «The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice», *BYBIL 1999*, vol. 70, págs. 99 a 164.

WALKER, H.: «Modern treaties of friendship, commerce and navigation», *Minnesota Law Review*, vol. 42 (1957-1958), págs. 805 a 824.

WALLACE, D.: «Fair and equitable treatment and denial of justice: *Loewen* v. *US* and *Chattin* v. *Mexico*», en T. WEILER (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, págs. 669 a 700.

WEILER, T.: «NAFTA Article 1105 and the principles of international economic law», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, n.º 1 (2003), págs. 35 a 85.

WEINIGER, M.: «The standard of compensation for violation of the fair and equitable treatment standard», en F. ORTINO y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, pág. 197.

WESTCOTT, T. J.: «Recent practice on fair and equitable treatment», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, n.º 3 (2007), págs. 409 a 430.

WHITSITT, E., y D. VIS-DUNBAR: «Glamis Gold Ltd. v. United States of America: Tribunal sets a high bar for establishing breach of "fair and equitable treatment" under NAFTA», *Investment Treaty News* (julio de 2009), pág. 1.

WYLLIE, C. A.: «A comparative analysis of nondiscrimination in multilateral agreements; North American Free Trade Agreement (NAFTA), Energy Charter Treaty (ECT), and General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)», *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, vol. 18, n.º 1 (2010), págs. 64 a 108.

WYTHES, A.: «Investor-State arbitrations: can the "fair and equitable treatment" clause consider international human rights obligations?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n.º 1 (2010), págs. 241 a 256.

YACKEE, J. W.: «*Pacta sunt servanda* and State promises to foreign investors before bilateral investment treaties: myth and reality», *Fordham International Law Journal*, vol. 32, n.º 5 (2009), págs. 1550 a 1613.

YANNACA-SMALL, C. [K.]: «Fair and equitable treatment standard in international investment law», OECD Working Papers on International Investment, 2004/3, disponible en http://dx.doi.org/10.1787/675702255435.

— «Fair and equitable treatment standard: recent developments», en A. REINISCH (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, págs. 111 a 130.

— «Fair and equitable treatment standard», en K. YANNACA-SMALL (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, págs. 385 a 410.

ZOELLNER, C. S.: «Transparency: an analysis of an evolving fundamental principle in international economic law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, n.º 2 (2006), págs. 579 a 628.

Apéndice II

Asuntos

ADF Group Inc. v. *United States of America* (caso CIADI n.º ARB(AF)/00/1), laudo de 9 de enero de 2003, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 18 (2003), págs. 195 y ss.; *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 470 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil v. *Republic of Estonia* (caso CIADI n.º ARB/99/2), laudo de 25 de junio de 2001, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, n.º 2 (2002), págs. 395 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

American Manufacturing and Trading v. *Republic of Zaire* (caso CIADI n.º ARB 93/1), laudo de 21 de febrero de 1997, *ILM*, vol. 36 (1997), págs. 1534 y ss.; *ICSID Reports*, vol. 5 (2002), págs. 14 y ss.

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. *Republic of Sri Lanka* (caso CIADI n.º ARB/87/3), laudo de 27 de junio de 1990, *ILM*, vol. 30 (1991), págs. 580 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Azurix Corp. v. *La República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/01/12), laudo de 14 de julio de 2006, *ICSID Reports*, vol. 14 (2009), págs. 374 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. *Czech Republic*, laudo parcial de 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI), *ICSID Reports*, vol. 9 (2006), págs. 121 y ss.

CMS Gas Transmission Company v. *La República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/01/8), laudo de 12 de mayo de 2005, *ILM*, vol. 44 (2005), págs. 1205 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Compagnie Générale des Eaux v. *Argentine Republic* (caso CIADI n.º ARB/97/3), laudo de 21 de noviembre de 2000, *ILM*, vol. 40 (2001), págs. 426 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Consortium RFCC v. *Royaume du Maroc* (caso CIADI n.º ARB/00/6), laudo arbitral de 22 de diciembre de 2003, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n.º 2 (2005), págs. 391 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), fallo de 20 de julio de 1989, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15; disponible en línea en: www.icj-cij.org.

Eureko BV v. *Republic of Poland*, laudo parcial de 19 de agosto de 2005, *ICSID Reports*, vol. 12 (2007), págs. 335 y ss.

GAMI Investments Inc. v. *Government of the United Mexican States*, laudo de 15 de noviembre de 2004 (CNUDMI), *ICSID Reports*, vol. 13 (2008), págs. 147 y ss.

International Thunderbird Gaming Corporation v. *The United Mexican States*, laudo arbitral de 26 de enero de 2006, disponible en línea: www.naftaclaims.com.

Lauder v. *Czech Republic*, laudo de 3 de septiembre de 2001(CNUDMI), *ICSID Reports*, vol. 9 (2006), págs. 66 y ss.

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. *United States of America* (caso CIADI n.º ARB(AF)/98/3), laudo de 26 de junio de 2003, *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), págs. 442 y ss.; *ILM*, vol. 42 (2003), págs. 811 y ss.

Metalclad Corporation v. *Estados Unidos Mexicanos* (caso CIADI n.º ARB(AF)/97/1), laudo de 30 de agosto de 2000, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, n.º 1 (2001), págs. 168 y ss.; *ILM*, vol. 40 (2001), págs. 36 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. *Arab Republic of Egypt* (caso CIADI n.º ARB/99/6), laudo de 12 de abril de 2002, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, n.º 2 (2003), págs. 602 y ss.; *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), págs. 178 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Mondev International Ltd. v. *United States of America* (caso CIADI n.º ARB(AF)/99/2), laudo de 11 de octubre de 2002, *ILM*, vol. 42 (2003), págs. 85 y ss.; *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 192 y ss.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. *Republic of Chile* (caso CIADI n.º ARB/01/7), laudo de 25 de mayo de 2004, *ICSID Reports*, vol. 12 (2007), págs. 6 y ss.

Noble Ventures, Inc. v. *Romania* (caso CIADI n.º ARB/01/11), laudo de 12 de octubre de 2005, disponible en línea en: www.italaw.com/cases.

Occidental Exploration and Production Company v. *Republic of Ecuador* (London Court of International Arbitration (LCIA), asunto n.º UN 3467), laudo de 1.º de julio de 2004, *ICSID Reports*, vol. 12 (2007), págs. 59 y ss.

Pope and Talbot Inc. v. *Government of Canada*, Award on Damages, 31 de mayo de 2002, *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), págs. 148 y ss.

Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. *Los Estados Unidos Mexicanos* (caso CIADI n.º ARB(AF)/97/2), laudo de 1.º de noviembre de

1999, *ILM*, vol. 39 (2000), págs. 537 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Saluka Investments BV (The Netherlands) v. *The Czech Republic*, laudo parcial de 17 de marzo de 2006 (CNUDMI), disponible en línea en: www.italaw.com/cases.

S.D. Myers Inc. v. *Canada*, laudo parcial de 13 de noviembre de 2000 (CNUDMI), *ILR*, vol. 121 (2002), págs. 76 y ss. (Disponible en www.italaw.com.)

Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. *Estados Unidos Mexicanos* (caso CIADI n.º ARB(AF)/00/2), laudo de 29 de mayo de 2003, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, n.º 1 (2004), págs. 158 y ss.; *ICSID Reports*, vol. 10 (2006), págs. 134 y ss.; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

Waste Management Inc. v. *United Mexican States* (caso CIADI n.º ARB(AF)/00/3), laudo de 30 de abril de 2004, *ICSID Reports*, vol. 11 (2007), págs. 362 y ss.; *ILM*, vol. 43 (2004), págs. 967 y ss.

Wena Hotels Ltd. v. *Arab Republic of Egypt* (caso CIADI n.º ARB/98/4), laudo de 8 de diciembre de 2000, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 89 y ss.; *ILM*, vol. 41 (2002), págs. 896 y ss.

Anexo V

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS ARMADOS

(Marie G. Jacobsson)

I. Introducción

1. Desde hace mucho tiempo se reconoce que los efectos ambientales durante y después de un conflicto pueden representar una grave amenaza para los medios de subsistencia e incluso para la propia existencia del ser humano y la comunidad. Los efectos sobre el medio ambiente se diferencian de otras consecuencias de los conflictos armados porque pueden ser de larga duración e irreparables. Pueden persistir después de terminado el conflicto y dificultar una reconstrucción efectiva de la sociedad, destruir zonas vírgenes o desarticular importantes ecosistemas.

2. La protección del medio ambiente durante los conflictos armados se ha enfocado principalmente desde el punto de vista del derecho de la guerra, incluido el derecho internacional humanitario. Sin embargo, esta perspectiva es demasiado limitada, ya que en el derecho internacional moderno se reconoce que el derecho internacional aplicable durante un conflicto armado puede ser más amplio que el derecho de la guerra. También lo reconoce la Comisión de Derecho Internacional en sus recientes trabajos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. En ellos se toma como punto de partida (art. 3) el presupuesto de que la existencia de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación. Del artículo 7, en relación con el anexo, se desprende que, como resultado de su materia, varias categorías de tratados relativos a la protección del medio ambiente pueden continuar aplicándose durante un conflicto armado[1].

II. Antecedentes[2]

3. La necesidad de proteger el medio ambiente en tiempo de conflicto armado no es una idea del siglo XXI, ni siquiera del siglo XX. Ya en la antigüedad pueden rastrearse disposiciones jurídicas relativas al medio ambiente natural y sus recursos. Dichas normas estaban estrechamente relacionadas con la necesidad del individuo de tener acceso a recursos naturales esenciales para su supervivencia, por ejemplo agua potable. Teniendo en cuenta las condiciones en que se desarrollaba entonces la guerra y los medios y métodos empleados, el riesgo de que se produjera una destrucción de grandes proporciones en el medio ambiente era limitado.

4. Esta situación cambió en el siglo XX, cuando el desarrollo tecnológico aumentó el riesgo de que el medio ambiente resultara destruido permanentemente por las armas nucleares u otras armas de destrucción en masa, aunque también por los efectos de los medios y métodos convencionales de hacer la guerra. El desarrollo tecnológico también estuvo acompañado de una mayor toma de conciencia acerca de la necesidad de proteger el medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

5. Desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, es posible identificar tres etapas en las que se abordó la cuestión de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados a los efectos de aumentar la protección jurídica. La primera etapa comenzó a principios de los años sesenta, la segunda a principios de los años noventa y la tercera en el decenio de 2010.

6. La *primera etapa*, que comenzó en los años sesenta, fue motivada, por una parte, por los medios y métodos de hacer la guerra empleados durante la guerra de Viet Nam y, por otra parte, por la toma de conciencia acerca de la necesidad de proteger el medio ambiente más en general (el nacimiento del derecho ambiental internacional). La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[3] (una declaración política formulada en 1972) supone un intento de ampliar el principio establecido en el asunto de la *Fundición de Trail*[4] a un contexto no solo bilateral (principio 21). La delicada cuestión del empleo de armas nucleares se abordó, en términos generales, en el principio 26. Aunque no cabe extraer de ella ninguna conclusión jurídica definitiva, esa declaración sirvió de indicación de lo que preocupaba y de lo que acabaría incluyéndose en la

[1] En el presente período de sesiones, la Comisión aprobó, en segunda lectura, un conjunto de 18 proyectos de artículo y un anexo (con una lista indicativa de los tratados cuya materia implica que siguen en vigor, en su totalidad o en parte, durante los conflictos armados), junto con los comentarios correspondientes. El proyecto de artículo 3 lleva por título «Principio general» y el proyecto de artículo 7 «Continuación de la aplicación de los tratados en razón de su materia». Figuran en la lista indicativa de tratados aneja tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente, tratados relativos a cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas, tratados relativos a acuíferos e instalaciones y construcciones conexas, tratados relativos a los derechos humanos y tratados en materia de justicia penal internacional, así como, por razones obvias, tratados sobre el derecho de los conflictos armados, incluidos los tratados de derecho internacional humanitario (véase *supra* cap. VI, secc. E, párrs. 100 y 101).

[2] Esta sección es inevitablemente breve e incompleta. Sirve únicamente como marco de referencia histórica.

[3] *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, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

[4] *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)[5] (1992) (véase *infra*).

7. Unos años después, en los tratados de derecho internacional humanitario se incluyeron disposiciones relativas a la protección del medio ambiente. Cabe citar al respecto los artículos 35 y 55 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (1977), entre otras cosas porque parecen contradecirse parcialmente.

El artículo 35, párrafo 3, dice lo siguiente:

> 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[6].

El artículo 55 dice lo siguiente:

> 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.

8. Además, se aprobó un tratado cuyo único objetivo era proteger el medio ambiente[7]. El artículo 1, párrafo 1, de carácter normativo, dice 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.

9. En los años ochenta, la guerra entre el Irán y el Iraq hizo que los Estados y organizaciones empezaran a considerar la necesidad de aumentar la protección del medio ambiente durante los conflictos armados. Así lo demuestra la petición de un informe sobre la cuestión realizada por la Comisión de las Comunidades Europeas[8].

10. La *segunda etapa* comenzó con la guerra entre el Iraq y Kuwait en 1990. El incendio de pozos de petróleo y otros efectos ambientales desastrosos de la guerra pusieron de manifiesto ante la comunidad internacional las repercusiones de la guerra moderna en el medio ambiente. Además, se estableció la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, a la que se encomendaron los asuntos relacionados con la destrucción o los daños causados en el medio ambiente y el agotamiento de los recursos naturales[9]. En sus informes, la Comisión de Indemnización examina cada reclamación de indemnización por separado y fundamenta su aceptación, denegación o modificación. Sus decisiones constituyen una considerable jurisprudencia, si bien la Comisión de Indemnización se basa en los criterios formulados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el Consejo de Administración, y no en el derecho internacional *per se*. Cabe señalar que la Comisión de Indemnización concedió algún tipo de indemnización en todas estas reclamaciones, incluso por los daños indirectos causados en humedales debido al consumo de agua por los refugiados.

11. Al mismo tiempo, se incluyó el tema de la protección del medio ambiente en el programa de las Naciones Unidas, primero bajo el título «Explotación del medio ambiente como arma en tiempo de conflicto armado y adopción de medidas prácticas para impedir esa explotación», y posteriormente «Protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado»[10]. El Secretario General presentó su primer informe sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado en 1992[11] y un segundo informe en 1993[12]. En esos informes básicamente se reproducía la información recibida del CICR. En el informe de 1993 se indicaban los temas que podrían ser estudiados por la Sexta Comisión. Cabe mencionar, entre otros, la cuestión de la «[a]plicabilidad del derecho internacional del medio ambiente en caso de conflicto armado: aclaración general y medidas en caso de revisión de los tratados»[13]. En aquella época, esta cuestión había dejado de ser un tema independiente del programa, y se examinaba en el marco del tema titulado «Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional»[14].

12. La Asamblea General encomendó al CICR la tarea de ocuparse de esa cuestión. En consecuencia, se celebraron reuniones de expertos, y también se incluyó ese tema en el programa de las conferencias internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Un resultado de esas reuniones fueron las Directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado para manuales y programas de instrucción militares, que figuraban en el anexo del informe presentado por el CICR a la Asamblea General de las Naciones Unidas en su cuadragésimo octavo período de sesiones[15]. Debido a la falta de apoyo político a cualquier modificación del derecho

---

[5] Véase la nota 485 *supra*.

[6] Este enunciado se repite en el preámbulo de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980).

[7] Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, de 10 de diciembre de 1976. Se prevé en ella la celebración de conferencias, por lo menos cada cinco años, con el objetivo de revisar su aplicación, pero solo se han celebrado hasta la fecha dos de esas conferencias, en 1984 y 1992.

[8] M. Bothe, A. Cassese, F. Kalshoven, A. Kiss, J. Salmon y K. R. Simmonds, «Protection of the Environment in Times of Armed Conflict» (SJ/110/85) (1985).

[9] La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas se estableció en virtud de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991. El mandato de la Comisión está más estrechamente relacionado con las denominadas normas de La Haya (1907) (Convenciones de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre), relativas a la indemnización por violaciones del derecho de la guerra, más que con los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su Protocolo adicional I.

[10] Jordania originalmente propuso en 1991 la inclusión del tema en el programa (véase A/46/141), y la propuesta fue aceptada. En 1992, la Asamblea General incluyó el tema «Protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado» en su programa y lo asignó a la Sexta Comisión (véase la decisión 46/417 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991).

[11] A/47/328.

[12] A/48/269.

[13] Ibíd., párr. 110.

[14] Véase la resolución 47/37 de la Asamblea General, de 25 de noviembre de 1992, en particular párr. 4.

[15] A/48/269, párrs. 4 y ss.

relativo a los conflictos armados formalizado en las disposiciones de los tratados vigentes, el hecho de adjuntar las directrices a una resolución e invitar a los Estados a difundirlas era lo más que podía hacerse en las circunstancias del momento[16].

13. Debe recordarse que en 1992 se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En esa conferencia se aprobó la Declaración de Río, que, en los principios 24 y 23 respectivamente, estipula claramente 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.

y

> Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación.

14. El Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar[17] aborda repetidamente la cuestión de la protección del medio ambiente, por ejemplo incluyendo los daños causados al medio ambiente natural o a bienes que no son objetivos militares en sí mismos, o su destrucción, como víctimas o daños incidentales. La dimensión jurídica de la protección del medio ambiente es especialmente pertinente en la guerra naval, ya que los beligerantes y terceras partes pueden tener derechos legítimos y concurrentes a usar una zona que quede fuera de la soberanía de un Estado[18].

15. Los conflictos armados en la ex-Yugoslavia también pusieron de manifiesto los efectos desastrosos en el medio ambiente del empleo de medios y métodos de hacer la guerra tanto lícitos como ilícitos. Al mismo tiempo, la apremiante inquietud de la comunidad civil internacional obligó a los Estados a abordar un aspecto concreto del derecho internacional humanitario que atañe directamente a la protección del medio ambiente: el uso de minas terrestres antipersonal. No hay duda de que la falta de aplicación de las disposiciones contenidas en la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados causó devastación no solo entre los civiles que resultaron mutilados por las minas terrestres, sino también porque imposibilitó el uso efectivo y seguro de la tierra una vez terminada la guerra. Los ejemplos de los Balcanes, Camboya y Mozambique son patentes. Además de la falta de aplicación, un motivo de grave preocupación era el simple hecho de que la Convención vigente no fuera aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional. Debido a ello, se revisaron la Convención y su Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II). Ahora bien, esto no fue suficiente para los Estados y los grupos que deseaban una prohibición más general. Al mismo tiempo, se negoció y aprobó la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.

16. El aspecto más interesante de esta evolución desde el punto de vista jurídico es que la renuencia inicial de importantes Estados militarmente poderosos a modificar la legislación sobre los conflictos armados no impidió el desarrollo paralelo de un régimen de protección de la población civil y de su base de subsistencia.

17. La *tercera etapa* comenzó a partir de 2010. Es difícil poner en relación el comienzo de esta etapa con una guerra concreta, ya que es más bien el resultado de una creciente toma de conciencia acerca de la necesidad de proteger el medio ambiente en cuanto tal. En efecto, varias guerras, como las de Kosovo, el Iraq y el Líbano, han puesto de manifiesto que las sociedades asoladas por la guerra pagan un alto precio ambiental. Al mismo tiempo, las cortes y los tribunales internacionales han abordado la cuestión de la protección del medio ambiente en la práctica judicial. Algunas misiones de investigación también han destacado los efectos negativos en el medio ambiente. A partir de las demandas presentadas en el decenio de 1990, dejó de ser suficiente tratar de hallar respuestas jurídicas en el ámbito del derecho de la guerra. El desarrollo del derecho ambiental y del derecho penal internacional no podía pasarse por alto, y debe observarse que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción sobre los delitos que causen determinados daños en el medio ambiente[19].

III. Labor realizada por otros órganos

18. Como se mencionó más arriba, el CICR convocó reuniones de expertos y presentó importantes informes en el decenio de 1990. Cabe mencionar al respecto las Directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado para manuales y programas de instrucción militares (1994). La perspectiva del CICR es, por razones obvias, la del derecho internacional humanitario, lo cual plantea básicamente la cuestión de en qué medida el derecho internacional humanitario vigente contiene principios, normas o disposiciones cuyo objetivo sea la protección del medio ambiente durante un conflicto armado. Se observa a menudo que es preciso proteger el medio ambiente para alcanzar el objetivo de proteger a la población civil y sus medios de subsistencia. Ahora bien, también se señala que el medio ambiente en cuanto tal necesita protección. El presupuesto básico es que el medio ambiente es civil por naturaleza. El CICR así lo pone de relieve en su estudio, en dos volúmenes, *El derecho internacional*

[16] Resolución 49/50 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, párrafo 11 de la parte dispositiva. La falta de un apoyo amplio a un mayor desarrollo de la cuestión se puso aún más de manifiesto por la falta de avances en relación con la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles.

[17] International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, 1995.

[18] El Manual de derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles del Programa de política humanitaria e investigación de conflictos de la Universidad de Harvard (HPCR) (*Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (2009); disponible en línea: www.ihlresearch.org/amw/manual) también contiene normas específicas relativas a la protección del medio ambiente natural (véanse las reglas 88 y 89).

[19] Artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

humanitario consuetudinario, publicado en 2005[20]. Tres de las normas que el CICR considera que forman parte del derecho consuetudinario, a saber, las normas 43 a 45, se refieren en particular a la protección de los recursos naturales y el medio ambiente durante los conflictos armados. La norma 44 dice 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 precauciones[21].

19. En 2010, el CICR planteó la cuestión del estado actual del derecho internacional humanitario. En su presentación del tema «Fortalecer la protección jurídica de las víctimas de conflictos armados», el CICR llega a la conclusión de que es preciso fortalecer el derecho humanitario a fin de proteger el medio ambiente natural[22]. Aparentemente, concluye que al amplio desarrollo registrado en los últimos decenios del derecho internacional relativo al medio ambiente no corresponde un desarrollo análogo del derecho internacional humanitario. La clarificación y el desarrollo del derecho internacional humanitario para la protección del medio ambiente han quedado a la zaga. Es una conclusión digna de destacar, ya que el CICR expresa preocupación especialmente por la falta de aplicación de las disposiciones del derecho internacional humanitario.

20. La *Asociación de Derecho Internacional* ha publicado varios informes relacionados con el tema. Por ejemplo, el informe del Comité sobre el Derecho de los Recursos Hídricos de 2004 es directamente pertinente. El capítulo X, artículos 50 a 55, está dedicado enteramente a la protección del agua y las instalaciones hídricas en tiempo de guerra o de conflicto armado[23]. Otro informe es el publicado en 2010 sobre el pago de reparaciones a las víctimas de los conflictos armados[24]. También cabe mencionar el informe del Comité sobre la Aplicación Transnacional del Derecho Ambiental publicado en 2006. Aunque no se examina en él concretamente la protección del medio ambiente en el contexto de los conflictos armados, se proponen normas relativas a la capacidad del individuo para presentar reclamaciones por la destrucción del medio ambiente y se abordan otras cuestiones relativas al acceso a la justicia[25].

21. La *Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN)* ha constituido un grupo de especialistas sobre los conflictos armados y el medio ambiente que está realizando dos actividades conexas: estudiar las cuestiones actuales del derecho de los conflictos armados en su relación con la protección del medio ambiente y evaluar las experiencias de ordenación de los recursos naturales y el medio ambiente después de los conflictos. Aparentemente se está realizando una encuesta sobre el estado actual del derecho internacional que protege el medio ambiente durante los conflictos armados, incluidas las oportunidades de reforzar el derecho y su aplicación.

22. El *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Environmental Law Institute (ELI)*, junto con destacados especialistas en derecho internacional y el *CICR*, han realizado una evaluación jurídica de la protección del medio ambiente durante los conflictos armados que se plasmó en el informe de 2009 titulado *Protecting the Environment During Armed Conflict – An Inventory and Analysis of International Law* (Protección del medio ambiente durante los conflictos armados: inventario y análisis del derecho internacional). En el informe se examinan cuatro regímenes principales de derecho internacional que protegen el medio ambiente en tiempo de conflicto armado: el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho ambiental internacional y las normas de derechos humanos. El informe extrae varias conclusiones importantes que explican las razones por las que no existe todavía una protección eficaz del medio ambiente en tiempo de conflicto armado. También se formulan recomendaciones sobre la forma de abordar estos retos y de reforzar el marco jurídico.

IV. Propuesta del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente a la Comisión de Derecho Internacional

23. Debido a la preocupación existente por el hecho de «que el medio ambiente sigue siendo la víctima silenciosa de la guerra moderna», el PNUMA y el Instituto de Derecho Ambiental «emprendieron una evaluación conjunta del estado actual del marco jurídico existente para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente durante un conflicto armado»[26], en 2009. Esa evaluación es el resultado de una reunión de expertos internacionales celebrada por el PNUMA y el CICR en marzo de 2009. Sobre la base de 10 conclusiones fundamentales, se formulan en el informe 12 recomendaciones, entre ellas que la Comisión, en su condición de «principal órgano de las Naciones Unidas especializado en derecho internacional», debería «examinar el derecho internacional actualmente existente para proteger el medio ambiente durante un conflicto armado y recomendar cómo puede clarificarse, codificarse y ampliarse»[27].

En el informe se sugiere que se aborden las cuestiones siguientes:

«– la elaboración de un inventario de las disposiciones legales vigentes, junto con la identificación de las lagunas y los obstáculos a su aplicación existentes;

---

[20] CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas*, y vol. II (únicamente en inglés): *Practice-Part 1* y *Practice-Part 2*, 2007 (primera edición en inglés: Cambridge University Press, 2005; reimpresión revisada: 2009).

[21] Ibíd., vol. I: *Normas*, pág. 163.

[22] Declaración del Sr. Jakob Kellenberger, Presidente del CICR, 21 de septiembre de 2010; disponible en línea: http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/ihl-development-statement-210910.htm.

[23] Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, págs. 334 y ss., en particular págs. 394 y 395 y 398.

[24] Ibíd., *Report of the Seventy-Fourth Conference, The Hague, 15-19 August 2010*, Londres, 2010, págs. 291 y ss.

[25] Ibíd., *Report of the Seventy-Second Conference, Toronto, 4-8 June 2006*, Londres, 2006, págs. 655 y ss. Su principal prioridad parecen ser los recursos internos disponibles para presentar reclamaciones relacionadas con el medio ambiente, pero también se examina en el informe el proyecto de artículo 7 rechazado, que habría permitido emprender una acción judicial contra un gobierno por violación del derecho ambiental internacional.

[26] PNUMA, *Protecting the Environment During Armed Conflict – An Inventory and Analysis of International Law*, 2009, pág. 9.

[27] Ibíd., recomendación 3, pág. 53.

– la realización de un examen de las opciones de clarificación y codificación de esa normativa;

– la definición de términos clave como "extensos", "duraderos" y "graves";

– la consideración de la aplicabilidad de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente en tiempo de conflicto armado como parte de su análisis en curso de los "efectos de los conflictos armados en los tratados";

– la ampliación de la protección del medio ambiente y los recursos naturales en el contexto de los conflictos armados sin carácter internacional; y

– la consideración de cómo utilizar las normas, la práctica y la jurisprudencia del derecho ambiental internacional para eliminar las lagunas existentes y aclarar las ambigüedades en el derecho internacional humanitario»[28].

V. Principales cuestiones planteadas por el tema

24. La propuesta que se formula en el informe del PNUMA plantea el interrogante de si el tema sugerido sería apropiado para la Comisión.

25. La Comisión debe seguir dispuesta a examinar las propuestas que se le presenten. Las formuladas por la Asamblea General, otros órganos del sistema de las Naciones Unidas y los Estados se estudian con especial atención. Debe observarse que la Comisión trata, por lo menos desde 1996, de animar a otros órganos de las Naciones Unidas a que le formulen propuestas[29]. Por ello, la propuesta del PNUMA debe estudiarse concienzudamente, en especial porque *prima facie* parece fundada.

26. Así pues, ¿cuáles son las principales cuestiones planteadas por el tema?

27. La legislación aplicable en relación con los conflictos armados excede claramente el ámbito del derecho de la guerra. No basta hacer referencia al derecho internacional humanitario como *lex specialis* con la esperanza de hallar una solución a un problema jurídico concreto. También podrían ser aplicables otras ramas del derecho internacional, por ejemplo los derechos humanos. La Corte Internacional de Justicia así lo reconoce claramente.

> Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en el 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 las normas de derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: que algunos derechos estén contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, que otros estén contemplados exclusivamente en las normas de derechos humanos, y que otros estén 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, las normas de derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario[30].

28. El presupuesto básico del razonamiento de la Corte también es reconocido por la Comisión, por ejemplo en sus trabajos sobre la fragmentación[31] y sus recientes trabajos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. En ellos se toma como punto de partida (art. 3) el presupuesto de que la existencia de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación[32].

29. Aunque se presupusiera que durante un conflicto armado solo es aplicable el derecho de los conflictos armados, este también es aplicable antes y después de un conflicto armado, ya que contiene normas relativas a las medidas adoptadas antes y después del conflicto. Por tanto, es evidente que las normas aplicables de la *lex specialis* (el derecho de los conflictos armados) coexisten con otras normas de derecho internacional.

30. Parece que ningún Estado u órgano judicial pone en tela de juicio la aplicación paralela de distintas ramas del derecho internacional, como las normas de derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho ambiental. También parece que los Estados y los órganos judiciales no están seguros del alcance exacto de esas ramas del derecho y del equilibrio entre ellas. Al mismo tiempo, existe una necesidad manifiesta de analizar y llegar a conclusiones con respecto a este problema. Es una situación nueva en la aplicación del derecho internacional, y los Estados se enfrentan con problemas concretos de necesidad urgente. El caso de los efectos ambientales de la guerra en la República Democrática del Congo es un ejemplo importante de la manera en que las guerras internas obligan a la población a huir y a reasentarse, a menudo en ecosistemas forestales frágiles o en sus proximidades. En tales situaciones, ¿sigue siendo aplicable la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972?

VI. Propuesta

31. Desde hace casi dos decenios, varios órganos jurídicos y semijurídicos han abordado la cuestión de la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, lo cual indica claramente tanto la existencia de un problema jurídico como la necesidad de abordar la cuestión.

Por tanto, se propone que la Comisión examine el tema en el marco de su programa de trabajo a largo plazo. El objetivo ha de ser el siguiente:

– determinar el alcance del problema jurídico;

– identificar las novedades en la jurisprudencia o el derecho consuetudinario;

– aclarar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho ambiental internacional y las normas de derechos humanos, así como la relación entre ellos;

---

[28] Ibíd.

[29] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), párrs. 148 y 165.

[30] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva de 9 de julio de 2004 (véase la nota 284 *supra*), pág. 178, párr. 106.

[31] Estudio analítico del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 421 *supra*).

[32] Véase *supra* la nota 1 del presente anexo.

– seguir desarrollando las conclusiones de los trabajos de la Comisión sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, especialmente en cuanto a la continuación de la aplicación de los tratados de protección del medio ambiente y los derechos humanos;

– aclarar la relación existente entre el derecho de los tratados vigente y la evolución jurídica reciente (incluido el razonamiento jurídico);

– sugerir lo que debe hacerse para lograr un sistema uniforme y coherente (a fin de evitar el riesgo de fragmentación);

– considerar la formulación de normas aplicables y formular principios de derecho internacional general pertinentes para el tema.

32. El tema también respondería a las ambiciones expresadas por la Comisión en 1997, a saber, que la Comisión no debe limitarse a los temas tradicionales, sino que debe examinar también los nuevos temas que se deriven de la evolución del derecho internacional y de las preocupaciones urgentes de la comunidad internacional en su conjunto[33].

33. El resultado final podría ser un proyecto de convención marco o una declaración de principios y normas sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado.

34. El plazo previsto debería ser cinco años. Los primeros tres se dedicarían a determinar las normas existentes y los conflictos entre ellas. Los años cuarto y quinto se dedicarían a las conclusiones operativas y a ultimar el documento final en la forma que la Comisión estime más adecuada.

---

[33] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 238; y *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 553.

Apéndice I

Ejemplos de práctica convencional y no convencional pertinente

1. Derecho de la guerra y derecho penal internacional

a) *Tratados que se ocupan de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*

i) Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976).

ii) Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (1977), en particular artículo 35, párrafo 3, y artículo 55, párrafo 1.

iii) Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y su Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) (1980).

iv) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), en particular artículos 6, 7 y 8.

b) *Derecho internacional humanitario y tratados de desarme que protegen de manera indirecta el medio ambiente en relación con los conflictos armados*

i) Convención IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convención IV de La Haya) (1907).

ii) Convención V concerniente a los derechos y deberes de las Potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre (Convención V de La Haya) (1907).

iii) Convención XIII concerniente a los derechos y deberes de las Potencias neutrales en caso de guerra marítima (Convención XIII de La Haya) (1907).

iv) Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (1925).

v) Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) (1949).

vi) Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1954) y sus Protocolos primero (1954) y segundo (1999).

vii) Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua (1963).

viii) Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (1968).

ix) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción (1972).

x) Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (1977).

xi) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993).

xii) Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares (1996).

xiii) Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997).

xiv) Convención sobre Municiones en Racimo (2008).

xv) Ejemplos de regímenes especiales

(1) Tratado de Spitzberg (1920).

(2) Convenio relativo a la no fortificación y la neutralización de las islas Aaland (1921).

(3) Tratado Antártico (1959).

(4) Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco) (1967).

(5) Tratado sobre la zona libre de armas nucleares del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga) (1985).

(6) Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en el Sudeste Asiático (1995).

(7) Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba) (1996).

(8) Tratado sobre una zona libre de armas nucleares en el Asia central (2006).

c) *Principios generales y normas de derecho internacional humanitario relacionados con la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*

i) El principio de distinción.

ii) El principio de necesidad militar.

iii) El principio de proporcionalidad.

iv) El principio de humanidad.

d) *Otros instumentos relacionados con el corpus del derecho de la guerra*

i) Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar (1994).

ii) Normas de derecho internacional humanitario consuetudinario (CICR) (2005).

iii) Manual de derecho internacional aplicable a la guerra aérea y la guerra de misiles del Programa de política humanitaria e investigación de conflictos de la Universidad de Harvard (HPCR) (2009).

iv) Numerosas resoluciones de la Asamblea General sobre la cuestión de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. No se citan aquí.

e) *Asuntos en cortes y tribunales en los que se ha abordado la cuestión de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*

i) Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia:

(1) *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226.

(2) *Licitud del uso de la fuerza*, providencias de 2 de junio de 1999[34].

(3) *Actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo *c*. Uganda), fallo de 19 de diciembre de 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, pág. 168.

ii) Decisiones de tribunales internacionales tales como la decisión de la Corte Penal Internacional en el caso del *Fiscal* c. *Omar Hassan Ahmad Al Bashir («Omar Al Bashir»)* sobre la solicitud de la Fiscalía de emitir una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, de 4 de marzo de 2009 (ICC-02/05-01/09), la decisión de la Corte Penal Internacional sobre la solicitud de la Fiscalía de emitir una segunda orden de detención, de 12 de julio de 2010, y decisiones de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas.

2. Derecho internacional del medio ambiente

a) *Acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente*

i) Acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente que de manera directa o indirecta contienen provisiones sobre su aplicación en relación con los conflictos armados:

(1) Convenciones de carácter universal:

(*a*) Convenio internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos (1954).

(*b*) Convenio relativo a humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (1971).

(*c*) Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972).

(*d*) Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (1972).

(*e*) Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL) (1973), modificado por el Protocolo de 1978.

(*f*) Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia (1979).

(*g*) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982).

(*h*) Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (1997).

(2) Convenciones de carácter regional, inclusive:

(*a*) Convenio para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación (1976), que se enmendó y cuyo nombre se modificó a Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo (1995).

(*b*) Convenio para la protección y el desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe (1983).

(*c*) Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (revisado) (2003).

ii) Acuerdos multilaterales sobre medio ambiente que contienen provisiones específicas sobre su suspensión, derogación o terminación en relación con los conflictos armados:

(1) Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (1960).

(2) Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (1963).

(3) Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (1969).

(4) Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (1993).

iii) Acuerdos multilaterales sobre medio ambiente que pueden ser pertinentes para la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados:

(1) Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares (1986).

[34] El 2 de junio de 1999, la Corte dictó providencias en los siguientes asuntos entre Serbia y Montenegro y miembros de la OTAN: *Licéité de l'emploi de la force* (Yugoslavia *c*. Bélgica), *C.I.J. Recueil 1999*, pág 124; (Yugoslavia *c*. Canadá), ibíd., pág. 259; (Yugoslavia *c*. Francia), ibíd., pág. 363; (Yugoslavia *c*. Alemania), ibíd., pág. 427; (Yugoslavia *c*. Italia), ibíd., pág. 481; (Yugoslavia *c*. Países Bajos), ibíd., pág. 542; (Yugoslavia *c*. Portugal), ibíd., pág. 656; (Yugoslavia *c*. España), ibíd., pág. 761; (Yugoslavia c. Reino Unido), ibíd., pág. 826; y (Yugoslavia *c*. Estados Unidos), ibíd., pág. 916.

(2) Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (1989).

(3) Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).

(4) Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1994).

b) *Derecho internacional consuetudinario sobre el medio ambiente que figura en:*

i) Principio establecido en el asunto de la *Fundición de Trail*[35].

ii) Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[36] (1972).

iii) Carta Mundial de la Naturaleza[37] (1982).

iv) Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)[38] (1992).

v) Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible (Programa 21)[39] (1992).

vi) Resoluciones de la Asamblea General 47/37, de 25 de noviembre de 1992, sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, y 49/50, de 9 de diciembre de 1994, sobre el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional.

vii) Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible[40] (2002).

viii) Decisión 23/1/IV del Consejo de Administración del PNUMA[41] (2005).

[35] Véase *supra* la nota 4 del presente anexo.

[36] Véase *supra* la nota 3 del presente anexo.

[37] Resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo.

[38] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (véase la nota 485 *supra*), resolución 1, anexo I.

[39] Ibíd., anexo II.

[40] Véase *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002* (A/CONF.199/20, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.II.A.1).

[41] Informe del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, vigésimo tercer período de sesiones (21 a 25 de febrero de 2005), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 25* (A/60/25), anexo, pág. 17.

3. Derecho relativo a los derechos humanos

a) *Convenios marco*

i) Declaración Universal de Derechos Humanos[42] (1948).

ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

iii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

iv) Otros instrumentos del derecho internacional relativo a los derechos humanos:

(1) Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, en particular artículos 9 y 25[43] (1969).

(2) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

(3) Declaración sobre el Derecho al Desarrollo[44] (1986).

(4) Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

(5) Convenio de la OIT (n.º 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

(6) Declaración del Milenio[45] (2000).

(7) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas[46] (2007).

v) Convenciones de carácter regional:

(1) Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (1950).

(2) Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (1969).

(3) Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

[42] Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

[43] Resolución 2542 (XXIV) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1969.

[44] Resolución 41/128 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de1986.

[45] Resolución 55/2 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2000.

[46] Resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007, anexo.

Apéndice II

Referencias académicas citadas en el informe del pnuma con información actualizada[47]

Anderson, T. L., y J. B. Grewell: «The greening of foreign policy», *PERC Policy Series*, n.º 20, Bozeman, Property and Environment Research Center, 2000, pág. 11.

Antoine, Ph.: «Droit international humanitaire et protection de l'environnement en cas de conflit armé», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 74, n.º 798 (1992), págs. 537 a 558.

Arraiza Navas, F. L., y P. J. Varela Fernández: «Vieques: prácticas de guerra, derechos humanos y ambiente», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 70, n.º 1 (2001), págs. 209 a 233.

Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales: *Problemas internacionales del medio ambiente: VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985.

Austin, J. E., y C. E. Bruch (eds.): *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000.

Bassiouni, M. Cherif: «International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.º 4 (1996), págs. 63 a 74.

Blom, E., y otros (eds.): *Nature in war: biodiversity conservation during conflicts*, Leiden, Nederlandse Commissie voor Internationale Natuurbescherming, 2000.

Bodansky, D.: *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2003.

Boelaert-Suominen, S. A. J.: *International Environmental Law and Naval War: the Effect of Marine Safety and Pollution Conventions during International Armed Conflict*, Newport, Naval War College, 2000.

Bothe, M.: «The protection of the environment in times of armed conflict. Legal rules, uncertainty, deficiencies and possible developments», *GYIL*, vol. 34 (1991), págs. 54 a 62.

— y otros: «Protection of the environment in times of armed conflict», Report to the Commission of the European Communities, SJ/110/85 (1985).

— y otros: «International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, n.º 879 (2010), págs. 569 a 592.

— y otros: *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982.

Bouvier, A.: «La protection de l'environnement naturel en période de conflit armé», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 73, n.º 792 (1991), págs. 599 a 611.

Bruch, C., y otros: *Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa*. 2.ª ed., Washington D.C., Environmental Law Institute, 2007.

Bunker, A. L.: «Protection of the environment during armed conflict: One Gulf, two wars», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, n.º 2 (2004), págs. 201 a 213.

Crawford, A., y J. Bernstein: *MEAs, conservation and conflict − A case study of Virunga National Park, DRC*, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2008.

Debonnet, G., y K. Hillman-Smith: «Supporting protected areas in a time of political turmoil: the case of World Heritage sites in the Democratic Republic of Congo», *Parks*, vol. 14, n.º 1 (2004), págs. 9 a 16.

Delbrück, J.: «War, effect on treaties», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (1982), págs. 310 a 315.

Desgagné, R.: «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.

Dinstein, Y.: «Protection of the environment in international armed conflict», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), págs. 523 a 549.

Domínguez Matés, R.: «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, n.º 1 (2004), págs. 43 a 69.

Eniang, E. A., y otros: «Impacts of landmines on the environment and biodiversity», *Environmental Policy and Law*, vol. 37, n.º 6 (2007), págs. 501 a 504.

Falk, R.: «The inadequacy of the existing legal approach to environmental protection in wartime», en J. E. Austin y C. E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000.

[47] Extracto con información actualizada del informe del PNUMA *Protecting the Environment During Armed Conflict – An Inventory and Analysis of International Law*, 2009, pág. 69.

FELICIANO, F. 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, n.º 3 (1992), págs. 483 a 519.

FENRICK, W. J.: «The law applicable to targeting and proportionality after Operation Allied Force: a view from the outside», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), págs. 53 a 80.

FLECK, D.: «Current legal and policy issues», en J. DAHLITZ (ed.), *Future Legal Restraints on Arms Proliferation* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: GV.E.96.0.2*4), págs. 21 a 46.*

GASSER, H. P.: «For better protection of the natural environment in armed conflict: a proposal for action», *AJIL*, vol. 89 (1995), págs. 637 a 644.

GREEN, L. C.: «The environment and the law of conventional warfare», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 29 (1991), págs. 222 a 237.

GREENWOOD, C.: «State responsibility and civil liability for environmental damage caused by military operations», en R. J. GRUNAWALT y otros (eds.), *International Law Studies 1996: Protection of the Environment during Armed Conflict*, vol. 69, Newport, Naval War College, 1996, págs. 397 a 415.

GUILLARD, D.: *Les armes de guerre et l'environnement naturel: essai d'étude juridique*, París, L'Harmattan, 2006.

HEINTSCHEL VON HEINEGG, W., y M. DONNER: «New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts», *GYIL*, vol. 37 (1994), págs. 281 a 314.

HERCZEGH, G.: «La protection de l'environnement naturel et le droit humanitaire», en C. SWINARSKI (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 725 a 733.

HENCKAERTS, J. -M.: «International legal mechanisms for determining liability for environmental damage under international humanitarian law», en J. E. AUSTIN y C. E. BRUCH (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, págs. 602 a 619.

HUANG, L.-Y.: «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, n.º 1 (2008), págs. 103 a 113.

HOURCLE, L. R.: «Environmental law of war», *Vermont Law Review*, vol. 25, n.º 3 (2001), págs. 653 a 693.

HULME, K.: *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

INTER PRESS SERVICE: «Conflict-environment: Questions over accountability in Kosovo», Washington D.C., 11 de noviembre de 1999.

JENSEN, E. T.: «The international law of environmental warfare: active and passive damage during armed conflict», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, n.º 1 (2005), págs. 145 a 185.

— y J. TEIXEIRA: «Prosecuting members of the U.S. Military for wartime environmental crimes», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 17, n.º 4 (2005), págs. 651 a 671.

JUSTE RUIZ, J.: «Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente», en J. SOROETA LICERAS (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2002, págs. 83 a 110.

KELLMAN, B.: «The chemical weapons convention: a verification and enforcement model for determining legal responsibility for environmental harm caused by war», en J. E. AUSTIN y C. E. BRUCH (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, págs. 579 a 601.

LANDEL, M.: «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 (2010), págs. 419 a 513.

LAVIEILLE, J. -M.: «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, L. y G. J. TANJA: «Protection of the environment in times of armed conflict: the Iraq-Kuwait War», *Netherlands International Law Review*, vol. 40, n.º 2 (1993), págs. 169 a 199.

LOW, L. y D. HODGKINSON: «Compensation for wartime environmental damage: challenges to international law after the Gulf War», *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, n.º 2 (1995), págs. 405 a 483.

LUBELL, N.: «Challenges in applying human rights law to armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 860 (2005), págs. 737 a 754.

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. 1 (2001).

MARSH, J. J.: «*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.

MOLLARD-BANNELIER, K.: *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, París, Pedone, 2001.

Momtaz, D.: «Les règles relatives à la protection de l'environnement au cours des conflits armés à l'épreuve du conflit entre l'Irak et le Koweit», *AFDI*, 37 (1991), págs. 203 a 219.

Okorodudu-Fubara, M. T.: «Oil in the Persian Gulf War: legal appraisal of an environmental warfare», *St. Mary's Law Journal*, vol. 23, n.º 1 (1991), págs. 123 a 219, en particular págs. 204 a 206.

Okowa, P. N.: «The legal framework for the protection of natural resources in situations of armed conflict», en W. J. M. van Genugten y otros (eds.), *Criminal Jurisdiction 100 Years after the 1907 Hague Peace Conference. Proceedings of the Eighth Hague Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, 28-30 June 2007*, La Haya, T.M.C. Asser, 2009, págs. 243 a 260.

— «Environmental justice in situations of armed conflict», en J. Ebbesson y P. Okowa (eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge University Press, 2009, págs. 231 a 252.

Parsons, R. J.: «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, n.º 2 (1998), págs. 441 a 500.

Peterson, I.: «The natural environment in times of armed conflict: a concern for international war crimes law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, n.º 2 (2009), págs. 325 a 343.

Prescott, M. K.: «How war affects treaties between belligerents: a case study of the Gulf War», *Emory International Law Review*, vol 7, n.º 1 (1993), págs. 197 a 201.

Quénivet, N., y S. Shah-Davis (eds.): *International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*, La Haya, T.M.C. Asser, 2010.

Quinn, J. P., y otros: «United States Navy development of operational-environmental doctrine», en J. E. Austin y C. E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, págs. 156 a 170.

Rich, A.: «The environment: adequacy of protection in times of war», *Penn State Environmental Law Review*, vol. 12, n.º 3 (2004), págs. 445 a 457.

Roberts, A.: «The law of war and environmental damage», en J. E. Austin y C. E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, págs. 47 a 86.

Robinson, N. A.: «International law and the destruction of nature in the Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 21, n.ºs 5-6 (1991), págs. 216 a 220.

Roscini, M.: «Protection of the natural environment in the time of armed conflict», en L. Doswald-Beck y otros (eds.), *International Humanitarian Law - An Anthology*, Nagpur, LexisNexis Butterworths, 2009, págs. 155 a 179.

Ross, M. A.: «Environmental warfare and the Persian Gulf War: possible remedies to combat intentional destruction of the environment», *Dickinson Journal of International Law*, vol. 10, n.º 3 (1992), págs. 515 a 539.

Sands, Ph.: «Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts: An introductory note», Londres, FIELD, 1999.

Schiavo Guarnacci, E.: «Conflictos armados y medio ambiente», Buenos Aires, Universidad del Salvador, 2006.

Schmitt, M. N.: «Green war: an assessment of the environmental law of international armed conflict», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, n.º 1 (1997), págs. 1 a 109.

— «War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape», en J. E. Austin y C. E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, págs. 87 a 136.

Sharp, W. G.: «The effective deterrence of international environmental damage during armed conflict: a case analysis of the Persian Gulf War», *Military Law Review*, vol. 137 (1992), págs. 1 a 66.

Stockins Abascal, C.: «Protección del medio ambiente en los conflictos armados» (tesis), Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.

Tarasofsky, R. G.: «Legal protection of the environment during international armed conflict», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), págs. 17 a 79.

— «Protecting specially important areas during international armed conflict: a critique of the IUCN Draft Convention on the Prohibition of Hostile Military Activities in Protected Areas», en J. E. Austin y C. E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, págs. 567 a 578.

Tolentino, A. S.: «The law of armed conflict vis-à-vis the environment», en B. Vukas y T. M. Šošić (eds.), *International Law: New Actors, New Concepts, Continuing Dilemmas, Liber Amicorum Božidar Bakotić*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, págs. 595 a 606.

Tucker, M. 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.

Verwey, W. D.: «Observations on the legal protection of the environment in times of international armed

conflict», *Hague Yearbook of International Law 1994*, vol. 7 (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, n.º 1 (1995), págs. 7 a 40.

VÖNEKY, S.: «A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage», *RECIEL. Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 9, n.º 1 (2000), págs. 20 a 32.

— «Peacetime environmental law as a basis of State responsibility for environmental damage caused by war», en J. E. AUSTIN y C. E. BRUCH (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, págs. 190 a 224.

VYVER, J. D. van der: «The environment: State sovereignty, human rights, and armed conflict», *Emory International Law Review*, vol. 23, n.º 1 (2009), págs. 85 a 112.

WESTING, A. H.: *Warfare in a Fragile World: Military Impact on the Human Environment*, Londres, Taylor and Francis, 1980.

— «In furtherance of environmental guidelines for armed forces during peace and war», en J. E. AUSTIN y C. E. BRUCH (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, págs. 171 a 181.

WYATT, J.: «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, n.º 879 (2010), págs. 593 a 646.

ZEMMALI, A.: «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 N. AL-NAUIMI y R. MEESE (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995, págs. 105 a 131.