

Capítulo VI

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

A. Introducción

55. En su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario» y nombró Relator Especial al Sr. Michael Wood⁷². En el mismo período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial⁷³. También en ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podían ser de particular interés para este tema⁷⁴.

56. En su 65.º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial, así como el memorando de la Secretaría sobre el tema⁷⁵. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió cambiar el título del tema a «Identificación del derecho internacional consuetudinario». En su 66.º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial⁷⁶.

57. Tras las deliberaciones sobre el segundo informe del Relator Especial, la Comisión, en su 3227.ª sesión, decidió remitir los proyectos de conclusión 1 a 11, contenidos en el segundo informe del Relator Especial, al Comité de Redacción. En la 3242.ª sesión de la Comisión, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional de este Comité sobre la «Identificación del derecho internacional consuetudinario», que contenía los ocho proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 66.º período de sesiones.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

58. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/682). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3250.ª a 3254.ª, celebradas del 13 al 21 de mayo de 2015.

⁷² En su 3132.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 157). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 63.º período de sesiones (2011), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo I del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese mismo período de sesiones (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367, y anexo I, págs. 201 a 207).

⁷³ *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/653. Véase también *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 157 a 202.

⁷⁴ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 159.

⁷⁵ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663 (primer informe); *ibíd.*, documento A/CN.4/659 (memorando de la Secretaría); véase también *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 64.

⁷⁶ *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672; véase también *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 135.

59. En su 3254.ª sesión, el 21 de mayo de 2015, la Comisión remitió los proyectos de conclusión contenidos en el tercer informe del Relator Especial al Comité de Redacción⁷⁷.

⁷⁷ El texto de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/682) rezaba:

«*Proyecto de conclusión 3 [4]. Valoración de la prueba respecto a los dos elementos*

...

2. Cada elemento se ha de determinar por separado. Por lo general, ello requiere una valoración de la prueba específica respecto de cada elemento.

Proyecto de conclusión 4 [5]. Requisito de la práctica

...

3. El comportamiento de otros actores no estatales no constituye una práctica a los efectos de la formación o la identificación del derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 11. Prueba de la aceptación como derecho

...

3. La inacción puede también servir de prueba de aceptación como derecho, siempre que las circunstancias requieran una reacción.

Quinta parte. Formas particulares de práctica y prueba

Proyecto de conclusión 12. Tratados

La disposición de un tratado puede reflejar o llegar a reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que tal disposición:

a) codifica, en el momento en que se concluye el tratado, una norma de derecho internacional consuetudinario existente;

b) ha llevado a la cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario; o

c) ha dado origen a una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, al dar lugar a una práctica general aceptada como derecho.

Proyecto de conclusión 13. Resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales

Las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, constituir prueba del derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo; no pueden, por sí mismas, constituir ese derecho.

Proyecto de conclusión 14. Jurisprudencia y doctrina

La jurisprudencia y la doctrina pueden servir de formas subsidiarias para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario.

Sexta parte. Excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario

Proyecto de conclusión 15. La costumbre particular

1. Una costumbre particular es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo puede ser invocada por ciertos Estados y contra ellos.

2. Para determinar la existencia de una costumbre particular y su contenido, es necesario comprobar si existe una práctica general entre los Estados interesados que sea aceptada como derecho por cada uno de ellos (*opinio juris*).

Proyecto de conclusión 16. Objeto persistente

Un Estado que ha objetado persistentemente a una nueva norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación no está obligado por ella siempre que mantenga su objeción.»

60. En la 3280.^a sesión de la Comisión, el 29 de julio de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe de este Comité sobre la «Identificación del derecho internacional consuetudinario», que contenía los proyectos de conclusión 1 a 16 [15], aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 66.^o y 67.^o (A/CN.4/L.869)⁷⁸. En su 3288.^a sesión, el 6 de agosto de 2015, la Comisión tomó nota de los proyectos de conclusión 1 a 16. Se prevé que la Comisión considere en su próximo período de sesiones la aprobación provisional de los proyectos de conclusión con sus comentarios correspondientes.

61. En su 3288.^a sesión, el 6 de agosto de 2015, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario.

1. PRESENTACIÓN POR EL RELATOR ESPECIAL DE SU TERCER INFORME

62. Al presentar su tercer informe, el Relator Especial indicó que tenía por objeto abordar las cuestiones planteadas en 2014 con respecto a los dos elementos constitutivos («una práctica general» y «aceptada como derecho (*opinio juris*)»), así como nuevas cuestiones como la costumbre particular y el objetor persistente. En el informe se proponían nuevos párrafos para tres de los proyectos de conclusión presentados en el segundo informe⁷⁹, así como cinco nuevos proyectos de conclusión, que se incluirían en dos nuevas partes (quinta parte, titulada «Formas particulares de la práctica y la prueba», y sexta parte, titulada «Excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario»).

63. En la introducción del tercer informe se recordaba la historia del tema y, en particular, la labor realizada por la Comisión durante el anterior período de sesiones, así como las deliberaciones sobre el tema en la Sexta Comisión en 2014. En los párrafos 12 a 18 del informe se volvía a analizar la relación entre la práctica general y la *opinio juris* (proyecto de conclusión 3 [4], párrafo 2). En los párrafos 19 a 26 se abordaba la función de la inacción como forma de práctica y/o prueba de la aceptación como derecho (proyecto de conclusión 11, párrafo 3). A continuación se analizaban otras formas particulares de práctica y de prueba: en los párrafos 27 a 54 se examinaba el papel de los tratados y las resoluciones de las organizaciones y conferencias internacionales (proyectos de conclusión 12 y 13, respectivamente), y en los párrafos 55 a 67 se analizaban dos medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, a saber, la jurisprudencia y la doctrina (proyecto de conclusión 14). En los párrafos 68 a 79 se abordaba la pertinencia de las organizaciones internacionales y de la práctica de los actores no estatales (proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 3). Por último, los párrafos 80 a 95 del informe se ocupaban, de diferentes maneras, de

la aplicación *ratione personae* de las normas de derecho internacional consuetudinario, a la que estaba dedicada la sexta parte del proyecto de conclusiones. La sexta parte comprendía dos proyectos de conclusión, sobre la costumbre particular y sobre el objetor persistente, respectivamente (proyectos de conclusión 15 y 16).

64. En su introducción, el Relator Especial expresó su agradecimiento por las contribuciones y el apoyo que había recibido para la elaboración del tercer informe, así como por las comunicaciones escritas sobre el tema enviadas por varios gobiernos. Señaló que había procurado completar el conjunto de proyectos de conclusión que se incluirían en el resultado final de la labor sobre el tema, e invitó a los miembros a que indicaran cualquier cuestión que se hubiera pasado por alto. Destacó las interrelaciones entre el tema y otros temas que habían estado, y estaban, en el programa de la Comisión y afirmó que la labor de la Comisión debía considerarse en su conjunto.

65. El Relator Especial recordó que, atendiendo a la solicitud de la Comisión, en el tercer informe había vuelto a ocuparse de la relación entre la práctica general y la *opinio juris*. En el informe concluyó que, para determinar si había surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, era necesario en todos los casos examinar y verificar la existencia de cada elemento por separado y que, para ello, se requería por lo general una evaluación de diferentes pruebas para cada elemento. Otra cuestión era que, para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, lo que importaba era que ambos elementos estuvieran presentes, más que su orden temporal. Por último, en el informe se indicaba que podía haber una diferencia en la aplicación del enfoque basado en los dos elementos en diferentes ámbitos del derecho internacional y que, en algunos casos, una forma particular (o instancias particulares) de práctica, o pruebas particulares de aceptación como derecho, podían resultar más pertinentes que otras.

66. El Relator Especial también volvió a examinar la cuestión de la inacción, en particular su posible contribución a una práctica general y su posible función como prueba de aceptación como derecho. Hizo hincapié en que, pese a la importancia de la inacción para establecer una práctica general en algunos casos, las circunstancias en que la inacción podía ser pertinente no siempre eran evidentes. El Relator Especial añadió que la inacción podía servir de prueba de la *opinio juris* cuando las circunstancias requirieran una reacción. Ello suponía que el Estado de que se trataba tenía que haber tenido conocimiento efectivo de la práctica en cuestión, o que las circunstancias tenían que haber sido tales que consideraba que el Estado de que se trataba había tenido dicho conocimiento, y que era necesario que la inacción se prolongara durante un período de tiempo suficiente.

67. En el tercer informe se examinaron algunas formas particulares de práctica y prueba de la *opinio juris*, a saber, los tratados y las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, habida cuenta de la frecuencia con que se recurría a ellas para la identificación del derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial observó que también podían aplicarse consideraciones similares a otros textos escritos, como los elaborados

⁷⁸ La declaración del Presidente del Comité de Redacción, en cuyo anexo figuran los 16 proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, puede consultarse en el sitio web de la Comisión, en la dirección: <http://legal.un.org/ilc>.

⁷⁹ A/CN.4/672 (véase la nota 76 *supra*).

por la Comisión. En el informe se trataba de aconsejar prudencia al determinar si esos textos podían o no ser pertinentes para la identificación del derecho internacional consuetudinario, y de reiterar que debían tenerse en cuenta y sopesarse todas las circunstancias del caso. En cualquier caso, los textos escritos no podían constituir por sí mismos derecho internacional consuetudinario.

68. En cuanto a la pertinencia de los tratados y de la elaboración de los tratados, en el informe se recordaban tres maneras en que esos textos escritos podían guardar una relación con el derecho internacional consuetudinario: podían codificar el derecho vigente, cristalizar el derecho emergente o ser el origen de un nuevo derecho. En el informe también se abordaba la cuestión de la práctica de los Estados partes en convenciones multilaterales, así como la posible pertinencia de los tratados bilaterales.

69. En el informe se hacía referencia asimismo a la relevancia de las resoluciones aprobadas por los Estados en organizaciones o conferencias internacionales como práctica de los Estados o prueba de la *opinio juris*. El Relator Especial reconoció la importante función que, en algunas circunstancias, podían desempeñar esas resoluciones en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. No podían, por sí mismas, crear derecho internacional consuetudinario, pero podían servir de prueba del derecho vigente o emergente y, de hecho, dar lugar a una práctica que podía llevar a la formación de una nueva norma. En ese proceso de evaluación, la formulación concreta utilizada en una resolución determinada era de importancia fundamental, al igual que las circunstancias que hubieran rodeado la aprobación de la resolución en cuestión.

70. En el informe también se examinaron dos medios «subsidiarios», si bien importantes, para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario: la jurisprudencia y la doctrina. Al hablar de jurisprudencia el informe se refería a las decisiones de los tribunales y las cortes internacionales y a las decisiones de los tribunales nacionales. Se destacó la importancia de las primeras. Las decisiones de los tribunales nacionales también podían tener peso, pero habían de abordarse con cierta cautela. En el informe también se reconocía que la doctrina seguía constituyendo una fuente útil de información y análisis para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, aunque era importante distinguir entre las obras que tenían por objeto reflejar el derecho vigente (*lex lata*) y las que se presentaban como derecho emergente (*lex ferenda*).

71. En cuanto a la práctica de las organizaciones internacionales como tales, en el informe se recordaba la conclusión a la que se había llegado el año anterior de que, en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuía a la formación, o a la expresión, de normas de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial hizo hincapié en la importancia de distinguir entre la práctica de los Estados en el seno de organizaciones internacionales y la de las propias organizaciones internacionales. También insistió en la importancia de distinguir entre la práctica de la organización relacionada con su funcionamiento interno y la práctica de la organización en sus relaciones con Estados y otras

entidades. Además, se propuso abordar en los proyectos de conclusión el comportamiento de actores no estatales que no fueran organizaciones internacionales.

72. En el informe se examinó la categoría de la «costumbre particular», que pretendía abarcar, como explicó el Relator Especial, lo que a veces se denominaban normas consuetudinarias «especiales», «regionales», «locales» o «bilaterales». El Relator Especial subrayó que, dado que, por su naturaleza, la costumbre particular solo era vinculante para un número limitado de Estados, era esencial determinar claramente qué Estados habían participado en la práctica y la habían aceptado como derecho. Por consiguiente, para determinar la existencia de esa costumbre era necesario comprobar si existía una práctica general entre los Estados interesados que fuera aceptada como derecho por cada uno de ellos (*opinio juris*).

73. En el informe también se abordó la norma del objeto persistente, en virtud de la cual un Estado que hubiera objetado de forma persistente una norma emergente de derecho internacional consuetudinario, y mantuviera su objeción después de que dicha norma hubiera cristalizado, no estaba obligado por ella. El Relator Especial hizo hincapié en que la norma estaba bien establecida en la jurisprudencia, en la labor previa de la Comisión y en la doctrina. Insistió en la importancia de ocuparse de dicha norma, entre otras cosas para aclarar la rigurosidad de sus requisitos.

2. RESUMEN DEL DEBATE

a) *Observaciones generales*

74. Los miembros de la Comisión reiteraron su apoyo al enfoque basado en dos elementos seguido por el Relator Especial. Había consenso en que el resultado de la labor sobre el tema debía ser un conjunto de conclusiones prácticas y sencillas, con un comentario, al objeto de ayudar a los profesionales en la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Se aconsejó precaución para no simplificar en exceso y se señaló la conveniencia de añadir concreción a los proyectos de conclusión.

75. Hubo un intercambio de opiniones sobre el alcance del tema. Algunos miembros de la Comisión indicaron que el tema debía abordar en mayor profundidad la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Según esta opinión, el cambio en el nombre del tema no debía afectar a su enfoque. Con arreglo a otra opinión, los proyectos de conclusión debían limitarse a la cuestión de la identificación de esas normas y no entrar en la cuestión de su formación como tales. A ese respecto, se señaló que el objeto del tema era la identificación de una norma consuetudinaria en un momento preciso, sin perjuicio de la evolución futura de dicha norma. Según otro punto de vista, si bien el aspecto central del tema era la identificación, ello no impedía que se examinasen cuestiones relacionadas con la formación en la medida en que fuesen relevantes para la identificación.

b) *Relación entre los dos elementos constitutivos*

76. Algunos miembros de la Comisión apoyaron la conclusión de que, si bien ambos elementos tenían que estar

siempre presentes, la aplicación del enfoque basado en dos elementos podía variar según los ámbitos o el tipo de norma. No obstante, se afirmó que había que mantener un criterio uniforme respecto de todos los ámbitos. Algunos miembros de la Comisión indicaron que los dos elementos no se habían aplicado de manera coherente y que convendría examinar en mayor profundidad el peso respectivo de los dos elementos en diferentes ámbitos.

77. Se apoyó la conclusión de que cada elemento debía verificarse por separado, y que, por lo general, ello requería una evaluación de pruebas específicas relativas a cada elemento. Varios miembros de la Comisión insistieron en que una evaluación por separado de los dos requisitos no significaba que el mismo material no pudiera ser prueba de ambos elementos.

78. En lo que respecta a la relación temporal entre los dos elementos de las normas consuetudinarias, se expresó la opinión de que la práctica debía preceder a la *opinio juris*, mientras que, según otro punto de vista, no había necesariamente una relación de causalidad entre ambos elementos.

c) *La inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho* (opinio juris)

79. Si bien, en general, se acogió favorablemente el análisis contenido en el tercer informe sobre la pertinencia de la inacción para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, varios miembros de la Comisión señalaron la dificultad práctica de calificar la inacción a tal efecto. Algunos miembros señalaron la necesidad de aclarar las circunstancias específicas en que la inacción era pertinente, en especial en el contexto de la evaluación de la aceptación como derecho (*opinio juris*). Se sugirió que se indicaran en el texto del propio proyecto de conclusión los criterios específicos que debían tenerse en cuenta para calificar la inacción.

80. Los miembros de la Comisión respaldaron ampliamente los criterios enunciados en el informe para que la inacción sirviera de prueba de la aceptación como derecho. Varios miembros indicaron que la situación debía requerir una reacción de los Estados interesados, que los Estados debían tener un conocimiento efectivo de la práctica en cuestión y que la inacción debía prolongarse durante un período de tiempo suficiente. No obstante, hubo diversidad de opiniones en cuanto a si, en ese contexto, la inacción equivalía o no a una aquiescencia. Se añadió que era importante determinar si la inacción, en un caso particular, podía equipararse a la *opinio juris*.

d) *Función de los tratados y las resoluciones*

81. Varios miembros de la Comisión apoyaron la conclusión a la que se llegaba en el informe sobre la función de los tratados como prueba del derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros sugirieron que se dejaran a un lado las referencias a los efectos de los tratados en la formación de normas consuetudinarias y se centrara la atención exclusivamente en su valor probatorio. Se expresó la opinión de que, a los efectos del tema, no había ninguna diferencia entre la cristalización de una norma consuetudinaria y la creación de una nueva

norma mediante la aprobación de un tratado. Asimismo, se sugirió que se abordara el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969. Algunos miembros insistieron en que no todas las disposiciones convencionales tenían la misma pertinencia como prueba de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y que solo las disposiciones convencionales con un «carácter fundamentalmente creador de normas» podían dar lugar a esas normas.

82. Se subrayó la importancia de establecer los criterios para determinar la pertinencia de una disposición de un tratado como prueba de una norma de derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros de la Comisión afirmaron que el concepto de «Estados especialmente afectados» era inaceptable, mientras que, según una opinión, la distribución geográfica de las partes en un tratado podría servir de prueba del carácter general de una práctica.

83. Había diversidad de opiniones sobre el valor probatorio de las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales. Según algunos miembros de la Comisión, esas resoluciones, y en particular las de la Asamblea General de las Naciones Unidas, podían considerarse, en determinadas circunstancias, fuentes de derecho internacional consuetudinario. Varios miembros de la Comisión consideraron que, en todo caso, el valor probatorio de esas resoluciones debía evaluarse con gran cautela. Se destacaron algunos elementos a tener en cuenta, como la composición de la organización, la votación y el procedimiento empleados para aprobar la resolución y el objeto de esta. También se señaló que la pertinencia de las resoluciones aprobadas en conferencias internacionales dependía de la participación de los Estados en la conferencia en cuestión.

84. Los miembros de la Comisión convinieron en general en que las resoluciones de las organizaciones y conferencias internacionales no podían en sí y por sí mismas constituir prueba suficiente de la existencia de una norma consuetudinaria. Se dijo que, en algunos casos, cabía la posibilidad de que las resoluciones constituyeran una prueba de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario. Se observó que el valor probatorio de esas resoluciones dependía de que hubiera otras pruebas que corroboraran la existencia de una práctica general y una *opinio juris*. Se señaló la necesidad de evaluar por separado si una norma contenida en una resolución se apoyaba en una práctica general aceptada como derecho (*opinio juris*) para invocar una resolución (que, no obstante, podía servir de prueba a tal efecto).

e) *Jurisprudencia y doctrina*

85. Los miembros de la Comisión celebraron la conclusión de que la jurisprudencia y la doctrina eran pertinentes para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Hubo un intercambio de opiniones sobre las funciones específicas respectivas de la jurisprudencia y la doctrina. Se sugirió que no eran de la misma naturaleza y que, por tanto, debían recogerse en conclusiones distintas. También se señaló que su importancia no podía abordarse de manera general, sino que debía examinarse caso por caso.

86. Algunos miembros de la Comisión insistieron en la especial importancia de la jurisprudencia, que no podía considerarse una prueba secundaria ni subsidiaria. Varios miembros destacaron la importancia fundamental de la Corte Internacional de Justicia, mientras que otros indicaron que no podía obviarse la jurisprudencia de otros tribunales, ni el papel de los votos particulares y disidentes de los jueces internacionales. Hubo un intercambio de opiniones sobre la pertinencia de las decisiones de los tribunales nacionales. Según algunos miembros, esas decisiones debían quedar incluidas en la categoría de «jurisprudencia» a los efectos de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Otros miembros de la Comisión, sin embargo, consideraron que esas decisiones debían abordarse por separado y que su función debía evaluarse con cautela.

87. Se señaló que el término «doctrina» propuesto por el Relator Especial era demasiado amplio y debía especificarse. Varios miembros de la Comisión afirmaron asimismo que la selección de la doctrina pertinente no podía conllevar una preferencia por autores de regiones específicas, sino que tenía que ser universal.

88. Varios miembros afirmaron que la labor de la Comisión de Derecho Internacional, que es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas al que se ha encomendado el mandato de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, no podía equipararse con la doctrina o las enseñanzas de los especialistas en derecho público.

f) *La relevancia de las organizaciones internacionales y los actores no estatales*

89. En la Comisión se expresaron diferentes opiniones sobre la relevancia de la práctica de las organizaciones internacionales. En particular, varios miembros señalaron que esa práctica podía contribuir a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, y que había que subrayar la importancia de la práctica de las organizaciones internacionales en algunos ámbitos. Otros miembros insistieron en que tal cosa solo podía ocurrir si la práctica de una organización internacional reflejaba la práctica o las convicciones de sus Estados miembros o si servía para catalizar la práctica de los Estados, pero que la práctica de las organizaciones internacionales como tal no era relevante para la evaluación de una práctica general. Se dijo que el proyecto de conclusión, en su formulación escrita, no abordaba aspectos fundamentales, como la cuestión de si la inacción de las organizaciones internacionales contaba como práctica, si se requería tanto la práctica como la *opinio juris* de las organizaciones internacionales y si la norma a la que contribuye una organización internacional es vinculante únicamente para las organizaciones internacionales, únicamente para los Estados, o lo es para ambos.

90. Varios miembros de la Comisión apoyaron el proyecto de conclusión propuesto por el Relator Especial según el cual el comportamiento de otros actores no estatales no constituía práctica a los efectos de la formación o la identificación. Se consideró que la expresión «otros actores no estatales» no se consideraba suficientemente clara, ya que las organizaciones internacionales estaban

integradas por Estados. Algunos miembros de la Comisión consideraron que la propuesta era demasiado estricta, en particular habida cuenta de la importancia de la práctica de determinados actores no estatales, como el CICR, y de la importancia de las actividades en que participaban tanto Estados como actores no estatales.

g) *La costumbre particular*

91. Hubo un debate sobre la cuestión de la costumbre particular. Si bien varios miembros de la Comisión apoyaron el proyecto de conclusión propuesto por el Relator Especial, algunos miembros de la Comisión expresaron la opinión de que la cuestión no entraba dentro del alcance del tema. También surgieron cuestiones sobre la terminología más adecuada para designar esa categoría específica de normas de derecho internacional consuetudinario calificadas de costumbres «regionales», «locales» o «particulares». Además, se sugirió que se aclarara el concepto de «región» y que se abordara la cuestión del nexo geográfico entre las partes en una costumbre regional.

92. Se hizo hincapié en la necesidad de prestar especial atención a la importancia de la aquiescencia para la identificación de una costumbre particular. Según algunos miembros, de ello se desprendía que había un criterio más estricto para las costumbres particulares que para las costumbres generales o universales. Otros miembros, no obstante, indicaron que todas las normas del derecho internacional consuetudinario estaban sujetas a las mismas condiciones. Se dijo que, al contemplar la existencia de una costumbre particular entre un grupo ampliamente disperso de Estados sin nexo geográfico, el proyecto de conclusión abría la puerta a afirmaciones confusas respecto de la existencia de tal costumbre y se corría el riesgo de fragmentar el derecho internacional consuetudinario sin contar con base alguna en la práctica.

h) *Objeto persistente*

93. Hubo un amplio debate sobre la norma del objeto persistente. Varios miembros se mostraron partidarios de incluir la norma en el conjunto de proyectos de conclusión, mientras que en opinión de otros, se trataba de una teoría controvertida que no venía suficientemente respaldada por la práctica de los Estados y la jurisprudencia, y que podía llevar a la fragmentación del derecho internacional. Se sugirió que se incluyeran ejemplos concretos en el comentario para fundamentar la norma, que contaba, según algunos miembros, con una amplia aceptación en la doctrina.

94. Los miembros de la Comisión también debatieron ampliamente las condiciones de aplicación de la norma del objeto persistente, así como sus consecuencias. Algunos miembros indicaron que sería útil examinar la interacción de dicha norma con las obligaciones *erga omnes* o las normas imperativas (*jus cogens*).

i) *Futuro programa de trabajo*

95. En relación con el futuro programa de trabajo sobre el tema, tuvo buena acogida la sugerencia del Relator Especial de que se examinaran los medios prácticos de mejorar la disponibilidad de los materiales a partir de los

cuales podía determinarse una práctica general y la aceptación como derecho. Varios miembros sugirieron también que el Relator Especial estudiara la cuestión de la evolución del derecho internacional consuetudinario en el tiempo, así como una serie de cuestiones conexas.

96. Algunos miembros de la Comisión indicaron que había que reservar tiempo suficiente para que la Comisión finalizara la labor sobre el tema, y que los avances en ese sentido no podían ir en detrimento de la calidad.

3. OBSERVACIONES FINALES DEL RELATOR ESPECIAL

97. El Relator Especial insistió en que el objetivo del tema era ayudar a determinar la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario y su contenido. Esa era la tarea que tenían ante sí los jueces, árbitros y abogados que se pronunciaban sobre el derecho vigente en un momento determinado, frente a los que se pronunciaban sobre la forma en que el derecho podía desarrollarse o ser desarrollado. No obstante, la comprensión de la forma en que surgían y evolucionaban las normas consuetudinarias formaba parte de los antecedentes del tema y se abordaría en el comentario.

98. En cuanto a las diversas cuestiones relativas a la interrelación entre los dos elementos, el Relator Especial consideraba que el aspecto temporal de la relación se refería más a la formación de las normas consuetudinarias que a su identificación, si bien era, no obstante, un aspecto importante que debía tratarse en el comentario. Por lo que respecta a la aplicación del enfoque basado en los dos elementos en diferentes ámbitos, destacó que había que tener en cuenta el contexto en que surgía la prueba y que ello requería una cuidadosa evaluación de los fundamentos de hecho de cada caso y de su importancia. Por último, en cuanto a la cuestión de la evaluación de los dos elementos por separado, el Relator Especial observó que había consenso general en la Comisión en que cada uno de los elementos había de determinarse por separado a fin de identificar normas de derecho internacional consuetudinario. La cuestión de lo que a veces se denominaba «doble cómputo» resultó ser más controvertida. A ese respecto, el Relator Especial aclaró que podía haber ocasiones en que se usara la misma prueba para verificar los dos elementos. Lo importante era que ambos elementos debían estar presentes, y que las teorías según las cuales la presencia amplia de un elemento podía compensar la ausencia del otro no eran convincentes.

99. El Relator Especial consideraba que la conclusión de que la práctica de las organizaciones internacionales como tales era relevante a los efectos de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario no era controvertida, ya que parecía que la práctica de las organizaciones internacionales en sus relaciones entre ellas, al menos, podía dar lugar a normas consuetudinarias vinculantes en esas relaciones. Esa conclusión también era importante en el caso de las organizaciones internacionales, como la Unión Europea, que ejercían competencias en nombre de sus Estados miembros. Tal conclusión, que había sido reconocida en los trabajos anteriores de la Comisión, parecía contar con la aceptación general de los Estados. El Relator Especial insistió en que la función de las organizaciones internacionales, pese a su importancia, no era comparable a la de los Estados. En cuanto a

la función de los actores no estatales, el Relator Especial indicó que esas entidades podían contribuir a la formación e identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, si bien impulsando o haciendo constar la práctica de los Estados y la práctica de las organizaciones internacionales, y no con su propio comportamiento.

100. En lo que concierne al papel de la inacción, el Relator Especial indicó que merecía ser considerada la sugerencia de que en el párrafo correspondiente del proyecto de conclusión tenía que reflejarse la esencia de las condiciones enunciadas en el informe.

101. Con respecto a la contribución de los tratados a la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, el Relator Especial, si bien reconocía la importancia de los tratados multilaterales, consideraba que los tratados bilaterales no podían quedar excluidos de los proyectos de conclusión, a pesar de la necesidad de abordar sus efectos con especial cautela. El Relator Especial indicó asimismo que en el comentario se trataría la importancia para el tema del artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 y que se recogería en él la noción del «carácter fundamentalmente creador de normas».

102. El Relator Especial observó que el proyecto de conclusión sobre las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales no había suscitado especial controversia en el seno de la Comisión. Reconoció que su función podía expresarse de manera más positiva, aun cuando era preciso mostrar cautela al referirse a tales resoluciones.

103. El Relator Especial indicó que era necesario seguir desarrollando el proyecto de conclusión propuesto sobre la jurisprudencia y la doctrina y que las dos fuentes debían tratarse en proyectos de conclusión distintos. Suscribió la opinión de que, en realidad, la jurisprudencia se inscribía en un proceso único de determinación de la existencia o no de una norma consuetudinaria específica. Reconoció también que los votos particulares y disidentes, si bien a su juicio no constituían jurisprudencia en el sentido del artículo 38 1 *d*, no carecían de importancia para el tema. El Relator Especial indicó que, por «doctrina», entendía «la doctrina de los juristas». Señaló asimismo que en el comentario debía hacerse referencia a la conveniencia de examinar la doctrina de juristas que representaran diferentes sistemas jurídicos del mundo.

104. El Relator Especial observó que muchos colegas habían indicado que debería haber una conclusión específica sobre la labor de la Comisión. Aun cuando no estaba convencido de la necesidad de incluir una conclusión específica en lugar de explicar el papel de la Comisión en los comentarios, esperaba que el Comité de Redacción estudiase la cuestión.

105. En relación con la costumbre particular, el Relator Especial confirmó que todos los demás proyectos de conclusión eran aplicables a la costumbre particular, incluido el proyecto de conclusión sobre los tratados, salvo en la medida en que el proyecto de conclusión 15 dispusiera otra cosa. Añadió que, si bien en teoría no era necesario que hubiera un nexo geográfico entre los Estados vinculados por dicha norma, a menudo se requería en la práctica.

106. El Relator Especial observó que el proyecto de conclusión 16 sobre el objetor persistente había contado con apoyo generalizado y reconoció que había que aclararlo con una referencia a ejemplos prácticos en el comentario. Señaló que la norma del objetor persistente podía invocarse, y con frecuencia así ocurría, ante los jueces encargados de identificar el derecho internacional consuetudinario y que, por tanto, era importante elaborar directrices sobre la cuestión para los profesionales, y en especial aclarar los requisitos que un Estado debía cumplir para convertirse en objetor persistente.

107. En lo que respecta al futuro programa de trabajo sobre el tema, el Relator Especial indicó que, a la luz de todo lo que se había dicho en el debate, un objetivo realista sería completar una primera lectura de los proyectos de conclusión y los comentarios antes de que concluyera el 68.º período de sesiones (2016). La cuestión

sería entonces encontrar la forma de dividir los trabajos entre el actual período de sesiones y el siguiente. Dada la importancia de los comentarios, parecía apropiado proceder en dos etapas. En primer lugar, si el Comité de Redacción pudiera concluir su labor en el actual período de sesiones y aprobar provisionalmente un conjunto completo de proyectos de conclusión (sin perjuicio de las disposiciones y sugerencias adicionales que pudieran surgir como resultado de las deliberaciones sobre un cuarto informe), el Relator Especial tendría entonces tiempo de preparar proyectos de comentario sobre todas las conclusiones antes de que comenzara el período de sesiones de 2016. Así, los miembros dispondrían de tiempo suficiente para examinar detenidamente los proyectos de comentario y cabría esperar que la Comisión pudiera aprobar en primera lectura el conjunto completo de proyectos de conclusión con los comentarios antes del término de su período de sesiones de 2016.