Capítulo V

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

A. Introducción

50. En su 64º 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 a Sir Michael Wood[239]. En el mismo período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial[240]. 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 tema[241].

51. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial, así como el memorando de la Secretaría sobre el tema[242]. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió cambiar el título del tema a «Identificación del derecho internacional consuetudinario».

52. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial[243] y decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 11 tal y como figuraban en el segundo informe del Relator Especial. La Comisión examinó posteriormente el informe provisional del Comité de Redacción sobre la «Identificación del derecho internacional consuetudinario», que contenía los ocho proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 66º período de sesiones.

53. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial[244] y decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión que figuraban en dicho informe. Posteriormente la Comisión tomó nota de los proyectos de conclusión 1 a 16 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 66º y 67º[245]. La Comisión también 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[246].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

54. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/695 y Add.1), que incluía una bibliografía sobre el tema. El cuarto informe examinaba las sugerencias de los Estados y otros actores sobre el proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente y contenía propuestas de modificación de varios proyectos de conclusión a la luz de las observaciones recibidas. También se ocupaba de los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, recordando los antecedentes de la labor previa de la Comisión en la materia como base para que esta continúe con el examen en el contexto del tema. Asimismo, la Comisión tuvo ante sí un memorando de la Secretaría 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 (A/CN.4/691).

55. En sus sesiones 3301ª a 3303ª, celebradas del 19 al 24 de mayo de 2016, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial, así como el memorando de la Secretaría. En su 3303ª sesión, el 24 de mayo de 2016, la Comisión remitió al Comité de Redacción las modificaciones propuestas a los proyectos de conclusión que figuraban en el cuarto informe del Relator Especial[247].

56. En su 3303ª sesión, el 24 de mayo de 2016, la Comisión también pidió a la Secretaría que preparase un memorando sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, que analizara la situación actual de la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario y sugiriera mejoras.

---

[239] En su 3132ª 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 63er 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).

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

[241] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 159.

[242] *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.

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

[244] *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/682.

[245] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 60. El texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción figura en el documento A/CN.4/L.869 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 67º período de sesiones).

[246] *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), párr. 61.

[247] A/CN.4/695 y Add.1, anexo I (Modificaciones propuestas al proyecto de conclusión 3 (Valoración de la prueba respecto a los dos elementos), al proyecto de conclusión 4 (Requisito de la práctica), al proyecto de conclusión 6 (Formas de práctica), al proyecto de conclusión 9 (Requisito de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)) y al proyecto de conclusión 12 (Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales)).

57. En su 3309ª sesión, el 2 de junio de 2016, la Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de conclusión 1 a 16 (A/CN.4/L.872). Así, aprobó un conjunto de 16 proyectos de conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario en primera lectura (véase la sección C.1 *infra*).

58. En su 3291ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 2016, la Comisión decidió constituir un grupo de trabajo de composición abierta, presidido por el Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, para que prestara asistencia al Relator Especial en la preparación del proyecto de comentarios al proyecto de conclusiones que debía aprobar la Comisión. El Grupo de Trabajo celebró cinco reuniones entre los días 3 y 11 de mayo de 2016.

59. En sus sesiones 3338ª a 3340ª, celebradas los días 5 y 8 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (véase la sección C.2 *infra*).

60. En su 3340ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2016, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, transmitir, por conducto del Secretario General, el proyecto de conclusiones (sección C *infra*) a los Gobiernos para que formulasen comentarios y observaciones, con la petición de que remitieran dichos comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de enero de 2018.

61. En su 3340ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2016, la Comisión expresó su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sir Michael Wood, por su excelente contribución, que había permitido a la Comisión llevar a buen término la primera lectura del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

C. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de conclusiones

62. A continuación figura el texto del proyecto de conclusiones aprobado por la Comisión en primera lectura.

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

Primera parte

INTRODUCCIÓN

Conclusión 1. Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.

Segunda parte

ENFOQUE BÁSICO

Conclusión 2. Dos elementos constitutivos

Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Conclusión 3. Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

1. Al valorar los medios para establecer la existencia de una práctica general y de su aceptación como derecho (*opinio iuris*), hay que tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno de esos medios.

2. Cada uno de los dos elementos constitutivos se ha de determinar por separado. Ello requiere una valoración de los medios para establecer cada elemento.

Tercera parte

UNA PRÁCTICA GENERAL

Conclusión 4. Requisito de la práctica

1. El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario.

2. En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario.

3. El comportamiento de otros actores no constituye una práctica que contribuya a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, pero puede ser pertinente al valorar la práctica a que se refieren los párrafos 1 y 2.

Conclusión 5. Comportamiento del Estado como práctica del Estado

La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole.

Conclusión 6. Formas de práctica

1. La práctica puede revestir una gran variedad de formas. Comprende tanto actos materiales como verbales. Puede, en determinadas circunstancias, incluir la inacción.

2. Las formas de práctica estatal comprenden, sin reducirse a ello: los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados; el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento en operaciones «sobre el terreno»; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de los tribunales nacionales.

3. No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica.

Conclusión 7. Valoración de la práctica de un Estado

1. Habrá que tener en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate, que deberá ser valorada en su conjunto.

2. En los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, se podrá otorgar menos peso a esa práctica.

Conclusión 8. La práctica ha de ser general

1. La práctica pertinente ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de constante.

2. No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general.

Cuarta parte

ACEPTADA COMO DERECHO (*OPINIO IURIS*)

***Conclusión 9. Requisito de la aceptación como derecho* (opinio iuris)**

1. El requisito, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada

como derecho (*opinio iuris*) significa que la práctica en cuestión ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho.

2. La práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*) debe distinguirse del simple uso o el simple hábito.

***Conclusión 10. Formas de prueba de la aceptación como derecho* (opinio iuris)**

1. La prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) puede revestir una gran variedad de formas.

2. Las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) comprenden, sin reducirse a ello: las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; las decisiones de los tribunales y cortes nacionales; las disposiciones de los tratados; y el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

3. La falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo puede servir de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), siempre que los Estados estuvieran en condiciones de reaccionar y que las circunstancias exigiesen una reacción.

Quinta parte

ALCANCE DE CIERTOS MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

Conclusión 11. Tratados

1. Una norma enunciada en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que tal norma:

***a*) ha codificado una norma de derecho internacional consuetudinario existente en el momento en que se celebró el tratado;**

***b*) ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado; o**

***c*) ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.**

2. El hecho de que una norma se enuncie en varios tratados puede indicar, aunque no necesariamente, que la norma convencional refleja una norma de derecho internacional consuetudinario.

Conclusión 12. Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

1. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario.

2. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede constituir un elemento de prueba para establecer la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo.

3. Una disposición de una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que esa disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Conclusión 13. Decisiones de cortes y tribunales

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario constituyen un medio auxiliar de determinación de dichas normas.

2. Podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario como medio auxiliar de determinación de tales normas.

Conclusión 14. Doctrina

Las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones pueden ser un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario.

Sexta parte

OBJETOR PERSISTENTE

Conclusión 15. Objetor persistente

1. Cuando un Estado haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado siempre que mantenga su objeción.

2. La objeción ha de ser expresada claramente, ser comunicada a los demás Estados y ser mantenida de manera persistente.

Séptima parte

DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR

Conclusión 16. Derecho internacional consuetudinario particular

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, local o de otra índole, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo se aplica entre un número limitado de Estados.

2. Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario particular, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho (*opinio iuris*).

2. Texto del proyecto de conclusiones con los comentarios correspondientes

63. A continuación se reproduce el texto del proyecto de conclusiones con los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en primera lectura en su 68º período de sesiones.

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

Comentario general

1) El presente proyecto de conclusiones se refiere a la metodología para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario[248]. Trata de ofrecer orientaciones prácticas sobre la forma de determinar la existencia (o no) de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido. Esta cuestión no solo interesa a los especialistas en derecho internacional público; otros, como quienes trabajan en cortes y tribunales nacionales, se encuentran cada vez más ante la necesidad de aplicar el derecho internacional consuetudinario o de ofrecer asesoramiento al respecto. Ello requiere un minucioso proceso estructurado de análisis y evaluación jurídicos para asegurar la debida identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario promoviendo así la credibilidad de una determinación particular.

[248] Como siempre con los trabajos de la Comisión, el proyecto de conclusiones debe leerse juntamente con los comentarios.

2) El derecho internacional consuetudinario sigue siendo una importante fuente del derecho internacional público[249]. En el sistema jurídico internacional, ese derecho no escrito, derivado de la práctica aceptada como derecho, puede ser un medio eficaz para que los sujetos de derecho internacional regulen su comportamiento y, de hecho, a menudo es invocado por los Estados y otras entidades. El derecho internacional consuetudinario es, además, una de las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que, en su apartado *b*, menciona «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho»[250]. Ese enunciado refleja los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario: la práctica general y su aceptación como derecho (también llamada *opinio iuris*).

3) La identificación del derecho internacional consuetudinario es una cuestión sobre la que hay gran cantidad de material, incluidas jurisprudencia y doctrina[251]. El proyecto de conclusiones refleja el enfoque adoptado por los Estados, así como por los tribunales y cortes internacionales y en las organizaciones internacionales. Reconociendo que el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario no siempre se presta a formulaciones exactas, trata de ofrecer una orientación clara sin ser excesivamente prescriptivo.

4) Los 16 proyectos de conclusión que figuran a continuación se dividen en siete partes. La primera parte se ocupa del alcance y la finalidad. La segunda parte plantea el enfoque básico de la identificación del derecho internacional consuetudinario: el enfoque «basado en dos elementos». Las partes tercera y cuarta proporcionan orientación adicional sobre los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, que también sirven como criterios para su identificación: «una práctica general» y la «aceptación como derecho» (*opinio iuris*). La quinta parte se ocupa de ciertas categorías de medios que se suelen invocar para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Las partes sexta y séptima se refieren a dos casos excepcionales: el objetor persistente y el derecho internacional consuetudinario particular (normas de derecho internacional consuetudinario que solo se aplican entre un número limitado de Estados).

[249] Algunos importantes ámbitos del derecho internacional todavía se rigen esencialmente por el derecho internacional consuetudinario, ya que los tratados aplicables son escasos o inexistentes. Incluso cuando hay un tratado en vigor, las normas de derecho internacional consuetudinario continúan rigiendo las cuestiones no reguladas en el tratado y se siguen aplicando en las relaciones con quienes no son parte en él y entre estos. Además, los tratados pueden remitir a normas de derecho internacional consuetudinario, y esas normas pueden tenerse en cuenta para la interpretación de un tratado de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 *c*, de la Convención de Viena de 1969. A veces puede ser necesario, además, determinar el derecho aplicable en el momento en que se produjeron ciertos actos («el derecho intertemporal»), que puede ser el derecho internacional consuetudinario incluso si ya hay un tratado en vigor. Una norma de derecho internacional consuetudinario puede seguir existiendo y siendo aplicable, al margen de un tratado, incluso cuando ambos tienen el mismo contenido e incluso entre las partes en el tratado (véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo del asunto, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 93 a 96, párrs. 174 a 179; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 3 y ss., en especial págs. 47 y 48, párr. 88).

[250] Ese enunciado fue propuesto por el Advisory Committee of Jurists, establecido en 1920 por la Sociedad de las Naciones para elaborar un proyecto de estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y se mantuvo sin cambios en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en 1945. Si bien se ha criticado la redacción por imprecisa, en general se considera que la fórmula capta la esencia del derecho internacional consuetudinario.

[251] En el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/695 y Add.1), anexo II, puede encontrarse bibliografía sobre el derecho internacional consuetudinario, en particular secciones sobre cuestiones abarcadas por algunos de los proyectos de conclusión, así como secciones en que se aborda el funcionamiento del derecho internacional consuetudinario en diversos ámbitos.

Primera parte

INTRODUCCIÓN

En la primera parte, que consta de un único proyecto de conclusión, se define el alcance del proyecto de conclusiones y se esbozan su función y su finalidad.

Conclusión 1. Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 1 es de carácter introductorio. Dispone que el proyecto de conclusiones trata de la manera en que han de identificarse las normas de derecho internacional consuetudinario, es decir, de la metodología jurídica para llevar a cabo tal ejercicio.

2) La expresión «derecho internacional consuetudinario» se utiliza en todos los proyectos de conclusión por ser de uso común y la que refleja más claramente la naturaleza de esta fuente del derecho internacional. A veces hay instrumentos jurídicos (como constituciones), jurisprudencia y doctrina que contienen otras expresiones como «costumbre», «costumbre internacional» y «derecho consuetudinario internacional», así como «derecho de gentes» y «derecho internacional general»[252]. La referencia a las «normas» de derecho internacional consuetudinario incluye normas que a veces se denominan «principios» (de derecho) por tener un carácter más general y fundamental[253].

[252] Algunas de estas expresiones pueden utilizarse en otros sentidos; en particular, el «derecho internacional general» se utiliza de diversas formas (que no siempre se especifican claramente), entre otras para referirse a las normas de derecho internacional de aplicación general, ya se trate de derecho de los tratados, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho. Véase un análisis judicial de la expresión «derecho internacional general» en *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 665 y ss.; opinión separada de la Magistrada Donoghue (párr. 2), opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard (párrs. 12 a 17).

[253] Véase *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 246 y ss., en especial págs. 288 a 290, párr. 79 («la asociación de los términos “normas” y “principios” no es más que el uso de una expresión dual para trasmitir una misma y única idea, ya que en este contexto [de definir el derecho

3) En los proyectos de conclusión y los comentarios se utilizan indistintamente los términos «identificar» y «determinar». La referencia a la determinación de «la existencia y el contenido» de las normas de derecho internacional consuetudinario refleja el hecho de que, si bien a menudo es necesario determinar tanto la existencia como el contenido de una norma, en algunos casos se acepta la existencia de la norma pero hay divergencias en cuanto a su alcance exacto. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando hay discrepancias sobre si una determinada formulación (por lo general enunciada en textos como tratados o resoluciones) equivale de hecho a una norma de derecho internacional consuetudinario existente o cuando se plantea la cuestión de si hay excepciones a una norma reconocida de derecho internacional consuetudinario.

4) Al referirse a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, los proyectos de conclusión no se ocupan directamente de los procesos por los que el derecho internacional consuetudinario se desarrolla a lo largo del tiempo. No obstante, en la práctica, la identificación no siempre puede considerarse al margen de la formación; la identificación de la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario puede perfectamente entrañar el examen de los procesos por los que se ha desarrollado. Por consiguiente, los proyectos de conclusión inevitablemente se refieren en varias ocasiones a la formación de las normas, aunque no se ocupan de manera sistemática de la forma en que estas surgen, cambian o se extinguen.

5) Hay otras cuestiones que no se tratan en los proyectos de conclusión. En primer lugar, estos no abordan el contenido del derecho internacional consuetudinario; se ocupan únicamente de la cuestión metodológica de la manera en que han de identificarse las normas de derecho internacional consuetudinario[254]. En segundo lugar, no intentan explicar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional; los proyectos de conclusión solo abordan esta cuestión en la medida en que es necesario para explicar la manera en que han de identificarse las normas de derecho internacional consuetudinario, por ejemplo la pertinencia de los tratados para tal fin. En tercer lugar, los proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de la jerarquía entre las normas de derecho internacional, en particular en el caso de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), o de las cuestiones relativas a la naturaleza *erga omnes* de determinadas obligaciones. Por último, los proyectos de conclusión no se ocupan de la posición del derecho internacional consuetudinario en los ordenamientos jurídicos nacionales.

internacional aplicable] el término "principios" designa claramente principios del derecho, de manera que comprende también las normas de derecho internacional, en cuyo caso puede justificarse el uso del término "principios" debido a su carácter más general y más fundamental»); *The Case of the S.S. «Lotus», P.C.I.J., Series A*, núm. 10 (1927), pág. 16 («la Corte considera que las palabras "principios del derecho internacional" empleadas habitualmente solo pueden equipararse al derecho internacional que se aplica entre todas las naciones pertenecientes a la comunidad de Estados»).

[254] A este respecto, es importante señalar que en los presentes comentarios se hace referencia a determinadas resoluciones de tribunales y cortes para ilustrar la metodología, no por el contenido de las resoluciones.

SEGUNDA PARTE

ENFOQUE BÁSICO

La segunda parte enuncia el enfoque básico de la identificación del derecho internacional consuetudinario. Consta de dos proyectos de conclusión y especifica que la determinación de una norma de derecho internacional consuetudinario exige establecer la existencia de los dos elementos constitutivos: una práctica general y la aceptación de esa práctica como derecho (*opinio iuris*). Ello requiere un análisis detallado de la prueba respecto de cada elemento.

Conclusión 2. Dos elementos constitutivos

Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 establece el enfoque básico, según el cual la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere que se investiguen dos cuestiones distintas, aunque conexas: si hay una práctica general y si esa práctica general es aceptada como derecho (es decir, va acompañada de la *opinio iuris*[255]). En otras palabras, es preciso examinar lo que los Estados hacen realmente y tratar de entender si reconocen una obligación o un derecho de actuar de ese modo. Esta metodología, el enfoque «basado en dos elementos», fundamenta los proyectos de conclusión y cuenta con un amplio apoyo de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina. Sirve para garantizar que el ejercicio de identificación de normas de derecho internacional consuetudinario solo dé lugar a la determinación de normas que existen realmente[256].

2) Una práctica general y la aceptación de esa práctica como derecho (*opinio iuris*) son los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario y juntos son condiciones esenciales para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, la identificación de una norma de ese tipo entraña un examen minucioso de las pruebas disponibles para establecer su presencia en un caso determinado. Esto se ha visto confirmado, entre otras cosas, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que señala que «deben cumplirse dos condiciones»[257] y ha afirmado reiteradamente que «la existencia de una

[255] Se ha mantenido la expresión latina junto con «aceptación como derecho» no solo por su prevalencia en el discurso jurídico, incluido el uso de términos sinónimos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, sino también porque puede captar mejor la naturaleza particular de este elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario como referencia a la convicción jurídica y no al consentimiento formal.

[256] No basta con que las partes en una causa coincidan en cuanto a la existencia y el contenido de lo que consideran una norma de derecho internacional consuetudinario; es necesario cerciorarse de que efectivamente existe una práctica general que es aceptada como derecho: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 249 *supra*), págs. 97 y 98, párr. 184.

[257] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 44, párr. 77.

norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de "una práctica establecida" junto con la *opinio iuris*»[258]. Así pues, para determinar si una reclamación relativa a la existencia y/o el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario está bien fundada es preciso buscar una práctica que haya adquirido tal aceptación entre los Estados que pueda considerarse la expresión de un derecho o una obligación jurídica (es decir, que se exige, permite o prohíbe en derecho)[259]. El criterio a seguir ha de ser siempre: ¿existe una práctica general aceptada como derecho?

3) Cuando no pueda establecerse la existencia de una práctica general aceptada como derecho, se concluirá que la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no existe. Por ejemplo, en la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia/Perú)*, la Corte Internacional de Justicia consideró que los hechos relativos a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (particular) ponían de manifiesto:

> demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio de asilo diplomático y en las opiniones oficiales expresadas en diversas ocasiones; ha habido demasiada falta de coherencia en la rápida sucesión de convenciones sobre asilo, ratificadas por algunos Estados y rechazadas por otros, y la práctica se ha visto demasiado influida por consideraciones de conveniencia política en los distintos casos para que sea posible discernir en ellos un uso constante y uniforme, aceptado como derecho, en lo que respecta a la supuesta norma de calificación unilateral y definitiva del delito[260].

4) Como aclara el proyecto de conclusión 2, la presencia de un solo elemento constitutivo no es suficiente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. La práctica sin aceptación como derecho (*opinio iuris*), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante, mientras que la convicción de que algo es (o debe ser) derecho sin respaldo en la práctica es una mera aspiración; deben darse ambas condiciones a la vez para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario[261]. Si bien a veces los autores han tratado de concebir enfoques alternativos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, destacando un elemento constitutivo frente al otro o incluso excluyendo totalmente alguno de los elementos, esas teorías no cuentan con el apoyo de los Estados ni de la jurisprudencia.

5) El enfoque basado en dos elementos se califica a menudo de «inductivo», a diferencia de los posibles enfoques «deductivos» que permiten determinar la existencia de normas sobre la base del razonamiento jurídico, no de pruebas empíricas de una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio iuris*). El enfoque basado en dos elementos de hecho no excluye un ejercicio de deducción, en particular al examinar posibles normas de derecho internacional consuetudinario que funcionan en el contexto de normas formuladas en términos más generales que a su vez se derivan de una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) y la reflejan[262], o al concluir que posibles normas de derecho internacional forman parte de un «régimen indivisible»[263].

6) El enfoque basado en dos elementos se aplica a la identificación de la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario en todos los ámbitos del derecho internacional. Esto se confirma en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia, y va en consonancia con la unidad y coherencia del derecho internacional, que es un sistema jurídico único y no está dividido en diferentes ramas, cada una con su propio enfoque con respecto a las fuentes[264]. Si bien la aplicación práctica del enfoque básico puede perfectamente tener en cuenta las circunstancias particulares y el contexto en que ha surgido y funciona la supuesta norma[265], la naturaleza esencial del derecho internacional consuetudinario como una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) debe respetarse siempre.

Conclusión 3. Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

1. Al valorar los medios para establecer la existencia de una práctica general y de su aceptación como derecho (*opinio iuris*), hay que tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno de esos medios.

---

[258] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial págs. 122 y 123, párr. 55; véanse también, por ejemplo, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 13 y ss., en especial págs. 29 y 30, párr. 27; *North Sea Continental Shelf* (nota 257 *supra*), pág. 44, párr. 77.

[259] Por ejemplo, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, un amplio estudio de la práctica de los Estados en forma de legislación nacional, decisiones judiciales y reclamaciones y otras declaraciones oficiales, que se consideró que iba acompañada de la *opinio iuris*, sirvió para determinar el alcance de la inmunidad del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 258 *supra*), págs. 122 a 139, párrs. 55 a 91).

[260] *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 277.

[261] En la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia dictaminó que nada demostraba que la práctica recurrente de paso de las fuerzas armadas y la policía armada de Portugal entre Daman y los enclaves portugueses en la India, o entre los propios enclaves a través del territorio indio, estuviera autorizada o se ejerciera como derecho. La Corte explicó que, «habida cuenta de las circunstancias especiales del caso, esa necesidad de autorización previa del paso constituye, en opinión de la Corte, una denegación del derecho de paso. La práctica supone que el Estado soberano tenía la facultad discrecional de retirar o denegar su autorización. Se afirma que esa autorización siempre se concedía, pero, en opinión de la Corte, ello no influye en la situación jurídica. Nada en el expediente demuestra que los británicos o los indios estuvieran obligados a dar su autorización» (*Right of Passage over Indian Territory* (fondo del asunto), fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 6 y ss., en especial págs. 42 y 43). En la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia consideró que: «La aparición, como *lex lata*, de una norma consuetudinaria que prohíba expresamente el uso de armas nucleares como tales es obstaculizada por las continuas tensiones entre la naciente *opinio iuris*, por una parte, y, por la otra, la aún firme adhesión a la doctrina de la disuasión» (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 255, párr. 73). Véase también *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, causa núm. SCSL-2004-14-AR72(E), Tribunal Especial para Sierra Leona, decisión sobre la moción preliminar fundada en la falta de jurisdicción (reclutamiento de niños) de 31 de mayo de 2004, pág. 13, párr. 17.

[262] Ese parece ser el enfoque en *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 55 y 56, párr. 101.

[263] *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 624 y ss., en especial pág. 674, párr. 139.

[264] Véanse las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 251 1).

[265] Véase el proyecto de conclusión 3 *infra*.

2. Cada uno de los dos elementos constitutivos se ha de determinar por separado. Ello requiere una valoración de los medios para establecer cada elemento.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 3 se refiere a la valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario[266]. Los dos párrafos del proyecto de conclusión ofrecen orientación general para el proceso de determinación de la existencia (o no) y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario a partir de los diversos medios disponibles en el momento de la valoración, lo que refleja tanto el rigor del análisis necesario como el carácter dinámico del derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional.

2) El párrafo 1 enuncia un principio general que subyace a todos los proyectos de conclusión, a saber, que la valoración de todos los medios disponibles debe ser cuidadosa y contextual. La existencia de una práctica general que sea aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) debe ser cuidadosamente investigada en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes[267]. Ese análisis no solo hace más creíble cualquier decisión en particular, sino que también permite aplicar el enfoque basado en dos elementos, con la necesaria flexibilidad, a todos los ámbitos del derecho internacional.

3) El requisito de que se tome en consideración el contexto general refleja la necesidad de aplicar el enfoque basado en dos elementos teniendo en cuenta la materia que se afirma que la norma regula. Esto significa que, en cada caso, es preciso tener en cuenta los principios fundamentales del derecho internacional que puedan ser aplicables a la materia[268]. Además, el tipo de medios consultados (y el examen de su disponibilidad o no) debe ajustarse a la situación, y ciertas formas de práctica y prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) pueden revestir particular importancia en función del contexto. Por ejemplo, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia consideró lo siguiente:

> En el presente contexto, la práctica de los Estados, que sea especialmente trascendente, debe buscarse en las sentencias de los tribunales nacionales que han tenido ante sí la cuestión de si un Estado goza de inmunidad, en la legislación de los Estados que han sancionado leyes relativas a la inmunidad, en las pretensiones de inmunidad aducidas por los Estados ante tribunales extranjeros y en las declaraciones hechas por los Estados, primero en el curso del estudio amplio del tema llevado a cabo por la Comisión de Derecho Internacional y, después, en el contexto de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas [sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes]. La *opinio iuris* en este contexto se refleja en particular en la afirmación por los Estados que reclaman inmunidad de que el derecho internacional les reconoce un derecho a la inmunidad respecto de la jurisdicción de otros Estados; en el reconocimiento, por los Estados que conceden la inmunidad, de que el derecho internacional les impone la obligación de hacerlo; y, a la inversa, en la afirmación por los Estados, en otros casos, de un derecho a ejercer la jurisdicción sobre Estados extranjeros[269].

4) La naturaleza de la norma en cuestión también puede ser importante a la hora de valorar los medios para establecer la existencia de una práctica general que es aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*). En particular, cuando se trata de normas que establecen prohibiciones (como la prohibición de la tortura), a veces puede ser difícil encontrar una práctica positiva del Estado (contraria a la inacción); lo más probable es que las causas en que se examinan este tipo de normas se orienten a valorar si la práctica (en este caso la inacción deliberada) es aceptada como derecho[270].

5) Habida cuenta de que el comportamiento puede estar plagado de ambigüedades, el párrafo 1 indica además que hay que tener en cuenta las circunstancias propias de cada uno de los medios; solo entonces puede valorarse debidamente. En la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, al tratar de establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (particular), dijo lo siguiente:

> Hay expresiones aisladas que figuran en la correspondencia diplomática que, si se consideran al margen de su contexto, podrían interpretarse como un reconocimiento de las pretensiones de los Estados Unidos de ejercer la jurisdicción consular y otros derechos establecidos mediante capitulación. Por otra parte, la Corte no puede ignorar el tenor general de la correspondencia, que indica que Francia y los Estados Unidos trataron en todo momento de encontrar una solución basada en un acuerdo mutuo y que ninguna de las partes tenía la intención de abandonar su posición jurídica[271].

---

[266] El término «medios» se utiliza en este caso como un amplio concepto que designa todo el material que pueda considerarse como base para la identificación del derecho internacional consuetudinario, no en el sentido técnico empleado por determinados tribunales o en determinados sistemas jurídicos.

[267] Véase también *North Sea Continental Shelf* (nota 257 *supra*), opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 175: «Decidir si existen o no esos dos factores en el proceso de formación de una norma jurídica consuetudinaria es una cuestión delicada y difícil. La repetición, el número de ejemplos de práctica de los Estados y el tiempo necesario para la generación del derecho consuetudinario no pueden decidirse de manera matemática y uniforme. Cada uno de los hechos debe evaluarse en función de los diferentes casos y circunstancias».

[268] En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia estimó que la norma consuetudinaria de la inmunidad del Estado se derivaba del principio de la igualdad soberana de los Estados y, en ese contexto, debía considerarse juntamente con el principio de que cada Estado tiene soberanía sobre su propio territorio y que de esa soberanía emana la jurisdicción del Estado sobre los actos que se produzcan en ese territorio y las personas que se encuentren en él (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 258 *supra*), págs. 123 y 124, párr. 57). Véase también *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (nota 252 *supra*), opinión separada de la Magistrada Donoghue (párrs. 3 a 10).

[269] *Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 258 *supra*), pág. 123, párr. 55. En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, donde se planteó la cuestión de si la práctica de larga data de pescar con fines de subsistencia (reconocida por ambas partes en la causa) había pasado a ser una norma de derecho internacional consuetudinario (particular), la Corte Internacional de Justicia observó que «no es probable que la práctica, por su naturaleza concreta, especialmente dadas la lejanía de la zona y su escasa y dispersa población, esté documentada formalmente en ningún registro oficial. En opinión de la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho surgido de la práctica que ha permanecido ininterrumpido e incontestable durante un largo período de tiempo es especialmente significativo» (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial págs. 265 y 266, párr. 141). La Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha señalado la dificultad de observar la práctica de los Estados en el campo de batalla: *Prosecutor v. Tadić*, causa IT-94-1-AR72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, de 2 de octubre de 1995, párr. 99 (*Judicial Reports 1994-1995*, vol. I, págs. 353 y ss., en particular pág. 465).

[270] Véase la inacción como forma de práctica en el proyecto de conclusión 6 y su comentario, párr. 3.

[271] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo de 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 200.

Cuando se examina la legislación como práctica, a veces puede ser más importante que el propio texto la forma en que este se ha interpretado y aplicado. Las decisiones de los tribunales nacionales tendrán menos peso si son revocadas por el legislador o no llegan a ejecutarse debido a preocupaciones por su compatibilidad con el derecho internacional. Las declaraciones informales o hechas al calor del momento generalmente tendrán menos peso que las que se han estudiado detenidamente, y las formuladas por funcionarios de menor rango pueden tener menos peso que las de altos cargos del Gobierno. La importancia de que no haya una protesta por parte de un Estado dependerá de todas las circunstancias, pero puede ser especialmente determinante el momento en que se ha tomado una medida concreta de la que ese Estado tiene conocimiento y que tiene un efecto negativo inmediato en sus intereses. Y es más probable que la práctica de un Estado que vaya en contra de sus intereses manifiestos o entrañe costes considerables para él refleje la aceptación como derecho.

6) El párrafo 2 dispone que, para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, deben estar presentes cada uno de los dos elementos constitutivos, y explica que ello requiere una valoración de los medios para establecer cada elemento. En otras palabras, la práctica y la aceptación como derecho (*opinio iuris*) proporcionan juntas la información necesaria para la identificación del derecho internacional consuetudinario, pero es preciso realizar dos investigaciones distintas. Si bien los elementos constitutivos, de hecho, pueden estar estrechamente relacionados (en el sentido de que la práctica puede venir acompañada de cierta motivación), cada uno de ellos es conceptualmente distinto a los efectos de determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario.

7) Aunque el derecho internacional consuetudinario se manifiesta en ejemplos de comportamiento que van acompañados de *opinio iuris*, los actos que constituyen la práctica pertinente no son en sí pruebas de la aceptación como derecho. Además, se requiere la aceptación como derecho (*opinio iuris*) no solo respecto de los que siguen la práctica, sino también de los que están en condiciones de reaccionar ante ella. Así pues, no cabe una simple inferencia de la aceptación como derecho de la práctica en cuestión; según la Corte Internacional de Justicia, «actuar, o convenir en actuar, de determinada manera no demuestra de por sí nada en el plano jurídico»[272].

8) El párrafo 2 destaca que la existencia de un elemento no puede deducirse únicamente de la existencia del otro y que es necesario realizar una investigación distinta sobre cada uno de ellos. No obstante, el párrafo no excluye la posibilidad de que se usen los mismos medios para establecer la práctica y la aceptación como derecho (*opinio iuris*). Por ejemplo, la decisión de un tribunal nacional puede ser una práctica pertinente y también indicar que su resultado es obligatorio en virtud del derecho internacional consuetudinario. No obstante, lo importante sigue siendo que el medio se debe examinar como parte de dos investigaciones distintas, para establecer la práctica y para establecer la aceptación como derecho.

9) Si bien en la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario lo primero que se examina suele ser la existencia de una práctica general, y solo entonces se investiga si esa práctica general es aceptada como derecho, esa secuencia de investigación no es obligatoria. La identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario también puede comenzar por la valoración de un texto o una declaración escrita que supuestamente expresen cierta convicción jurídica para luego tratar de verificar si existe una práctica general correspondiente.

Tercera parte

UNA PRÁCTICA GENERAL

Como se indica en el proyecto de conclusión 2, para la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario es indispensable cerciorarse de la existencia tanto de una práctica general como de la aceptación de esa práctica como derecho (*opinio iuris*). La tercera parte proporciona una orientación más detallada sobre el primero de estos dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, «una práctica general». También conocido como el elemento «material» u «objetivo»[273], se refiere a los ejemplos de comportamiento que (cuando van acompañados de la aceptación como derecho) contribuyen a la creación o expresión del derecho internacional consuetudinario. Hay que tener en cuenta una serie de factores al valorar si una práctica general existe efectivamente.

Conclusión 4. Requisito de la práctica

1. El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario.

2. En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario.

3. El comportamiento de otros actores no constituye una práctica que contribuya a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, pero puede ser pertinente al valorar la práctica a que se refieren los párrafos 1 y 2.

---

[272] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), pág. 44, párr. 76. En la causa del «*Lotus*», la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo asimismo que: «Aunque las escasas decisiones judiciales dictadas en las causas mencionadas fueran suficientes para probar efectivamente la circunstancia aducida […] ello demostraría solamente que, en la práctica, los Estados con frecuencia se abstenían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional. La suposición del hecho no permite inferir que los Estados han sido conscientes de tener ese deber» (*The Case of the S.S. «Lotus»* (véase la nota 253 *supra*), pág. 28). Véase también el proyecto de conclusión 10, párr. 2, *infra*.

[273] Llamado también a veces *usus* (uso), pero ello puede hacer que se confunda con el «simple uso o el simple hábito», que debe distinguirse del derecho internacional consuetudinario: véase el proyecto de conclusión 9, párr. 2, *infra*.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 4 especifica cuál es la práctica que se debe tener en cuenta para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y la función de esa práctica.

2) El párrafo 1 deja claro que es principalmente la práctica de los Estados la que debe examinarse para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario y, de hecho, el elemento material del derecho internacional consuetudinario se denomina a menudo «práctica de los Estados»[274]. La palabra «principalmente» refleja la primacía de los Estados como sujetos de derecho internacional que gozan de competencias generales y pone de relieve la función preponderante de su comportamiento en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. La Corte Internacional de Justicia señaló, en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, que, para poder «examinar cuáles son las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables al presente litigio […] tiene que dirigir su atención a la práctica y la *opinio iuris* de los Estados»[275]. Al mismo tiempo, la palabra «principalmente» indica que no solo la práctica de los Estados es pertinente y remite al lector al párrafo 2.

3) El párrafo 2 se refiere a la práctica de las organizaciones internacionales e indica que «en algunos casos» esa práctica también contribuye a la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, las referencias en los proyectos de conclusión y sus comentarios a la práctica de los Estados deben interpretarse en el sentido de que incluyen, en los casos en que sea pertinente, la práctica de las organizaciones internacionales. El párrafo se refiere a la práctica atribuida a las propias organizaciones internacionales, no a la de los Estados miembros que actúan en su seno (que se atribuye a los Estados en cuestión)[276]. Por «organizaciones internacionales» se entienden, a los efectos de los presentes proyectos de conclusión y sus comentarios, las organizaciones establecidas por instrumentos regidos por el derecho internacional, por lo general tratados, y que también tienen personalidad jurídica internacional propia. La expresión no abarca a las organizaciones no gubernamentales.

4) Las organizaciones internacionales no son Estados[277]. Son entidades establecidas y facultadas por Estados (o por Estados y/u organizaciones internacionales) para desempeñar ciertas funciones y, a tal fin, se les ha reconocido personalidad jurídica internacional, es decir, pueden tener sus propios derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional. Su práctica en las relaciones internacionales también puede considerarse práctica que, cuando va acompañada de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), contribuye a la creación o constatación de normas de derecho internacional consuetudinario en los ámbitos en que desarrollan su actividad[278], pero solo en algunos casos, como se describe a continuación[279].

5) La práctica comprendida en el ámbito del párrafo 2 se plantea más claramente cuando los Estados miembros han transferido competencias exclusivas a la organización internacional, de manera que esta ejerce algunas de las competencias públicas de sus Estados miembros y, por tanto, la práctica de la organización puede equipararse a la práctica de los Estados. Así ocurre en el caso de algunas competencias de la Unión Europea.

6) La práctica comprendida en el ámbito del párrafo 2 también puede plantearse, en algunos casos, cuando los Estados miembros no han transferido competencias exclusivas, pero han conferido a la organización internacional competencias que son funcionalmente equivalentes a las competencias de los Estados. La práctica de las secretarías de organizaciones internacionales cuando actúan como depositarias de tratados, despliegan fuerzas militares (por ejemplo, para el mantenimiento de la paz) o toman posición sobre el alcance de las prerrogativas e inmunidades de la organización y sus funcionarios puede contribuir a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario en esas esferas. Es poco probable que los actos de las organizaciones internacionales cuyas funciones no son equivalentes a los actos de los Estados constituyan una práctica pertinente.

7) La práctica de las organizaciones internacionales puede ser especialmente pertinente con respecto a las normas de derecho internacional consuetudinario que están dirigidas de manera específica a dichas organizaciones, como las relativas a su responsabilidad internacional o a tratados en que son partes.

8) Al mismo tiempo, es preciso evaluar con cautela la pertinencia y el peso de esa práctica. Existen grandes diferencias entre las organizaciones internacionales, no solo en lo que respecta a sus competencias, sino también en cuanto a su composición y funciones. Por regla general, cuanto más directamente se ejerza la práctica de

---

[274] La práctica de los Estados tiene otras funciones importantes en el derecho internacional público, en particular en relación con la interpretación de los tratados (véase el capítulo VI del presente informe sobre «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»).

[275] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 249 *supra*), pág. 97, párr. 183. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte confirmó que es «la práctica de los Estados de la que se deriva el derecho internacional consuetudinario» (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 258 *supra*), pág. 143, párr. 101).

[276] Véanse también los proyectos de conclusión 6, 10 y 12 *infra* que, entre otras cosas, se refieren a la práctica (y la aceptación como derecho) de los Estados en el seno de organizaciones internacionales.

[277] Véase también el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en 2011, comentario general, párr. 7: «Las organizaciones internacionales son muy distintas de los Estados, y también se diferencian mucho entre ellas. A diferencia de los Estados, no gozan de competencias generales y se crearon para ejercer funciones específicas ("principio de especialidad"). Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas» (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 53).

[278] La práctica externa a la organización internacional (es decir, la práctica en sus relaciones con Estados, organizaciones internacionales y otras entidades) puede ser especialmente pertinente para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

[279] Véase también *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 178 («Los sujetos de derecho de cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en lo que respecta al alcance de sus derechos»).

una organización internacional en nombre de sus Estados miembros o con el refrendo de estos, y mayor sea el número de esos Estados miembros, mayor será su peso en relación con la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario. Es importante la reacción de los Estados miembros a esa práctica. Al evaluar la práctica deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores: la naturaleza de la organización; la naturaleza del órgano cuyo comportamiento se examina; el objeto de la norma en cuestión y si la propia organización estaría obligada por la norma; si el comportamiento es *ultra vires* respecto de la organización o el órgano; y si el comportamiento está en consonancia con el de los Estados miembros de la organización.

9) El párrafo 3 afirma de manera explícita lo que puede quedar implícito en los párrafos 1 y 2, a saber, que el comportamiento de entidades que no son Estados ni organizaciones internacionales —por ejemplo, organizaciones no gubernamentales, grupos armados no estatales, empresas transnacionales y personas físicas— ni crea derecho internacional consuetudinario ni es expresión de este. Por consiguiente, su comportamiento no sirve de prueba directa (primaria) de la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario. No obstante, el párrafo reconoce que ese comportamiento puede desempeñar una importante función indirecta en la identificación del derecho internacional consuetudinario, al estimular o registrar la práctica y la aceptación como derecho (*opinio iuris*) de los Estados y las organizaciones internacionales[280]. Aunque la conducta de los grupos armados no estatales no es una práctica que pueda considerarse que constituye derecho internacional consuetudinario o es expresión de este, la reacción de los Estados sí puede serlo. Asimismo, a veces los actos de los particulares también pueden ser pertinentes, pero únicamente en la medida en que los Estados los han refrendado o reaccionado al respecto[281].

10) Las declaraciones oficiales del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), como los llamamientos y memorandos sobre el respeto del derecho internacional humanitario, también pueden contribuir de manera importante a configurar la práctica de los Estados en respuesta a tales declaraciones; y las publicaciones del CICR pueden servir de registros útiles de la práctica pertinente. Esas actividades pueden contribuir así al desarrollo y la determinación del derecho internacional consuetudinario; pero no son práctica en sí mismas[282].

Conclusión 5. Comportamiento del Estado como práctica del Estado

La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole.

Comentario

1) Aunque, en sus relaciones internacionales, los Estados actúan sobre todo por conducto del poder ejecutivo, el proyecto de conclusión 5 explica que la práctica de los Estados consiste en cualquier comportamiento del Estado, independientemente del poder de que se trate y de las funciones ejercidas. De conformidad con el principio de unidad del Estado, ello incluye el comportamiento de cualquier órgano del Estado que forme parte de la organización del Estado y actúe en esa capacidad, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de «otra» índole, como la realización de actividades comerciales o el establecimiento de directrices administrativas para el sector privado.

2) Para ser considerado práctica de los Estados, el comportamiento en cuestión debe ser «del Estado». El comportamiento de cualquier órgano del Estado ha de considerarse comportamiento de ese Estado, ya ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al Gobierno central como a una dependencia territorial del Estado. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado; se considera comportamiento «del Estado» el comportamiento de una persona o entidad que está facultada de otro modo por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad[283].

3) La práctica pertinente de los Estados no se limita al comportamiento respecto de otros Estados u otros sujetos de derecho internacional; el comportamiento en el Estado, como el trato que da un Estado a sus propios nacionales, también puede referirse a cuestiones de derecho internacional.

4) La práctica de los Estados puede ser de un solo Estado o de dos o más Estados que actúen de consuno. Cabe citar como ejemplo de este último tipo de práctica la actuación conjunta de varios Estados que patrullan en alta mar para luchar contra la piratería o que cooperan en el lanzamiento de un satélite en órbita. Esa actuación conjunta debe distinguirse de la actuación de las organizaciones internacionales[284].

5) La práctica ha de ser de dominio público o al menos darse a conocer a otros Estados[285] para contribuir a la formación e identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. De hecho, el comportamiento confidencial de un Estado difícilmente puede contribuir a tal cosa si no se comunica.

---

[280] En el segundo caso, su actuación puede entrar en el ámbito del proyecto de conclusión 14. La Comisión ha examinado una cuestión similar con respecto a la práctica de los «actores no estatales» en el marco de su tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»: véase el capítulo VI del presente informe, párr. 75 (proyecto de conclusión 5, párr. 2).

[281] Véase, por ejemplo, *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 269 *supra*), págs. 265 y 266, párr. 141.

[282] Esto se entiende sin perjuicio de la importancia de los actos realizados por el CICR en el desempeño de funciones específicas que le han sido encomendadas, en particular, por los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Convenios de Ginebra de 1949).

[283] Véanse los artículos 4 y 5 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, resolución 56/83 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véanse el proyecto de artículos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

[284] Véase también el proyecto de conclusión 4, párr. 2, *supra*, y el comentario correspondiente.

[285] O, en el caso del derecho internacional consuetudinario particular, por lo menos a otro Estado o a un grupo de Estados (véase el proyecto de conclusión 16 *infra*).

Conclusión 6. Formas de práctica

1. La práctica puede revestir una gran variedad de formas. Comprende tanto actos materiales como verbales. Puede, en determinadas circunstancias, incluir la inacción.

2. Las formas de práctica estatal comprenden, sin reducirse a ello: los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados; el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento en operaciones «sobre el terreno»; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de los tribunales nacionales.

3. No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 6 indica los tipos de comportamiento abarcados por el término «práctica» con ejemplos de estos, y afirma que ningún tipo de práctica prevalece *a priori* sobre otro. Se refiere a las formas de práctica como hechos empíricamente verificables y, a los fines que nos ocupan, evita distinguir entre un acto y su prueba.

2) Como los Estados ejercen sus competencias de diversas formas y no se limitan únicamente a algunos tipos de actos, el párrafo 1 dispone que la práctica puede revestir una gran variedad de formas. Si bien algunos autores han afirmado que solo lo que los Estados «hacen», y no lo que «dicen», puede considerarse práctica a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario, en la actualidad se ha aceptado de manera general que el comportamiento verbal (ya sea escrito u oral) puede considerarse práctica; a veces la acción puede consistir exclusivamente en declaraciones, por ejemplo una protesta de un Estado dirigida a otro Estado.

3) El párrafo 1 también deja claro que la inacción puede considerarse práctica. No obstante, las palabras «en determinadas circunstancias» tratan de advertir de que solo el abstenerse deliberadamente de actuar puede cumplir esa función; el Estado en cuestión debe ser consciente de su no actuación en una situación determinada. Entre los ejemplos de esas omisiones (denominadas a veces «práctica negativa») cabe citar abstenerse de entablar acciones penales; abstenerse de ejercer la protección en favor de determinadas personas naturalizadas; y abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza[286].

4) El párrafo 2 contiene una lista de formas de práctica que suelen considerarse útiles para la identificación del derecho internacional consuetudinario. Como ponen de relieve las palabras «sin reducirse a ello», no se trata de una lista exhaustiva; en todo caso, dado que es inevitable que se produzcan cambios políticos y tecnológicos, y teniendo en cuenta el ritmo al que se producen, no sería práctico elaborar una lista de todas las múltiples formas que puede revestir la práctica[287]. Las formas de práctica enumeradas no son más que ejemplos que, además, pueden solaparse (por ejemplo, «los actos y la correspondencia diplomáticos» y «el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas»).

5) El orden en que se enumeran las formas de práctica en el párrafo 2 no obedece a intención alguna. Cada una de ellas debe interpretarse en sentido amplio para reflejar las múltiples y diversas formas en que los Estados actúan y reaccionan; por ejemplo, la expresión «comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas» se refiere en general a los actos ejecutivos, como las órdenes, los decretos y demás medidas ejecutivas; las declaraciones oficiales formuladas en el plano internacional, ante una cámara legislativa o los medios de comunicación; y las reclamaciones ante tribunales y cortes nacionales o internacionales. Del mismo modo, la expresión «actos legislativos y administrativos» abarca cualquier forma de disposición reglamentaria adoptada por una autoridad pública. El «comportamiento en operaciones "sobre el terreno"» incluye el mantenimiento del orden y la incautación de bienes, así como las actividades en el campo de batalla u otras actividades militares, como el movimiento de tropas o buques o el despliegue de ciertas armas. Las palabras «comportamiento en relación con los tratados» se refieren a todos los actos relacionados con la negociación y celebración de tratados y su aplicación; mediante la celebración de un tratado un Estado puede estar siguiendo una práctica en el ámbito al que se refiere el tratado, por ejemplo los acuerdos de delimitación marítima o los acuerdos con el país anfitrión. La referencia al «comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental» también incluye todos los actos realizados por los Estados en relación con la negociación, aprobación y aplicación de resoluciones, decisiones y otros actos adoptados por los Estados en el seno de organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales, con independencia de su designación y de que sean o no jurídicamente vinculantes. La pertinencia de cualquiera de estos ejemplos de formas de práctica en un caso concreto dependerá, entre otras cosas, de la presunta norma particular de que se trate[288].

6) Las decisiones de los tribunales nacionales a todos los niveles pueden considerarse práctica de los Estados[289] (si bien es probable que se dé mayor peso a las de los tribunales superiores); las decisiones que hayan sido

[286] A título ilustrativo, véase *The Case of the S.S. «Lotus»* (nota 253 *supra*), pág. 28; *Nottebohm Case* (segunda fase), fallo de 6 de abril de 1955, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22; *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 258 *supra*), pág. 135, párr. 77.

[287] Véase también «Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available», *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, segunda parte, pág. 368, párr. 31.

[288] Véase el párrafo 3 del comentario al proyecto de conclusión 3 *supra*.

[289] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 258 *supra*), págs. 131 a 135, párrs. 72 a 77; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 24, párr. 58. La expresión «tribunales nacionales» también puede incluir a los tribunales con un elemento internacional que operan en uno o más sistemas jurídicos nacionales, como los tribunales o cortes con una composición mixta nacional e internacional.

revocadas en ese aspecto concreto difícilmente se considerarán pertinentes. Es preciso distinguir la función de las decisiones de los tribunales nacionales como forma de práctica de los Estados de su función potencial como «medio auxiliar» de determinación de normas de derecho internacional consuetudinario[290].

7) El párrafo 3 aclara que, en principio, ninguna forma de práctica tiene más valor probatorio que las otras en abstracto. No obstante, en casos concretos, como se explica en los comentarios de los proyectos de conclusión 3 y 7, puede ser necesario dar un peso distinto a diferentes formas (o ejemplos) de práctica cuando se valoran en su contexto.

Conclusión 7. Valoración de la práctica de un Estado

1. Habrá que tener en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate, que deberá ser valorada en su conjunto.

2. En los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, se podrá otorgar menos peso a esa práctica.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 7 se refiere a la valoración de la práctica de un Estado a fin de determinar la posición de ese Estado en el marco de la valoración de la existencia de una práctica general (que es el objeto del proyecto de conclusión 8). Como dejan claro los dos párrafos del proyecto de conclusión 7, hay que tener en cuenta y valorar en su conjunto toda la práctica disponible del Estado de que se trate con respecto al asunto en cuestión, incluida su constancia.

2) El párrafo 1 establece, en primer lugar, que para determinar la posición del Estado de que se trate sobre el asunto en cuestión es preciso tener en cuenta toda la práctica disponible de ese Estado. Esto significa que la práctica examinada debe ser exhaustiva dentro de los límites de su disponibilidad, es decir, debe incluir la práctica pertinente de todos los órganos del Estado y toda la práctica pertinente de un órgano en particular. El párrafo afirma, además, que esa práctica debe valorarse en su conjunto; solo entonces podrá determinarse la posición real del Estado.

3) Puede verse un ejemplo del requisito de valorar toda la práctica disponible «en su conjunto» en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, en que el Tribunal Supremo Helénico había decidido en una causa que, en virtud del principio de «responsabilidad civil territorial», no se reconocía la inmunidad del Estado prevista en el derecho internacional consuetudinario respecto de los actos realizados por las fuerzas armadas durante un conflicto armado. No obstante, adoptaron una posición diferente el Tribunal Supremo Especial, el Gobierno de Grecia al negarse a ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo Helénico y defender esa posición ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el propio Tribunal Supremo Helénico en una decisión ulterior. La valoración de esa práctica «en su conjunto» llevó a la Corte Internacional de Justicia a concluir que «la práctica del Estado griego tomada en su conjunto en realidad contradice, más que apoya, el argumento de Italia»[291].

4) El párrafo 2 se refiere de manera explícita a las situaciones en que la práctica del Estado de que se trate no es, o no parece ser, constante. Como demuestra el párrafo 3 anterior, puede darse ese caso cuando diferentes órganos o poderes del Estado siguen distintas líneas de conducta con respecto al mismo asunto o la práctica de un órgano varía con el tiempo. Si, en tales circunstancias, se considera que la práctica de un Estado en su conjunto no es constante, la contribución de ese Estado al elemento de la «práctica general» podrá reducirse o incluso desaparecer.

5) La utilización de la palabra «podrá» indica, no obstante, que esa valoración se debe realizar con prudencia y que la conclusión no será necesariamente la misma en todos los casos. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo lo siguiente:

> no debe concederse demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes […] en la práctica de Noruega, fácilmente entendibles a la luz de los diferentes hechos que se produjeron y condiciones prevalecientes en el dilatado período[292].

En este sentido, por ejemplo, es poco probable que, en caso de diferencia en la práctica de los órganos inferiores y superiores del mismo Estado, se dé menos peso a la práctica del órgano superior. A los fines actuales, la práctica de los órganos de un Gobierno central a menudo será más importante que la de los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado; y la práctica del poder ejecutivo suele ser la más pertinente en el plano internacional, aunque puede ser necesario tener en cuenta la situación constitucional de los diversos órganos en cuestión[293].

Conclusión 8. La práctica ha de ser general

1. La práctica pertinente ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de constante.

2. No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 8 se refiere a la exigencia de que la práctica sea general; trata de captar la esencia de esta exigencia y la investigación necesaria para verificar si se ha cumplido en un caso concreto.

---

[290] Véase el proyecto de conclusión 13, párr. 2, *infra*. Las decisiones de los tribunales nacionales también pueden ser prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*); véase al respecto el proyecto de conclusión 10, párr. 2, *infra*.

[291] *Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 258 *supra*), pág. 134, párr. 76. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 249 *supra*), pág. 98, párr. 186.

[292] *Fisheries case*, fallo de 18 de diciembre de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., en especial pág. 138.

[293] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 258 *supra*), pág. 136, párr. 83 (en donde la Corte señaló que, «conforme a la legislación griega», la opinión expresada por el Tribunal Supremo Especial de Grecia prevalecía sobre la del Tribunal Supremo Helénico).

2) En el párrafo 1 se explica que la noción de generalidad, que se refiere a la suma de los casos en que se ha seguido la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario, entraña dos requisitos. En primer lugar, la práctica ha de ser seguida por un número suficientemente amplio y representativo de Estados. En segundo lugar, debe haber una constancia en esos casos. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la práctica en cuestión debe ser «amplia y virtualmente uniforme»[294]: debe ser una «práctica establecida»[295]. Como se explica más adelante, no puede aplicarse una norma absoluta a los requisitos; el umbral exigido en cada caso debe evaluarse teniendo en cuenta el contexto[296]. No obstante, en cada caso la práctica debe ser de tal naturaleza que permita discernir un uso constante y uniforme.

3) El requisito de que la práctica sea «extendida y representativa» no se presta a formulaciones exactas, ya que las circunstancias pueden variar enormemente de un caso a otro (por ejemplo, la frecuencia con que se plantean circunstancias que requieren una acción)[297]. En el caso de las relaciones diplomáticas, por ejemplo, en las que todos los Estados participan periódicamente, la práctica tendría que estar ampliamente extendida, mientras que cuando se trate de canales internacionales, de los que hay un número muy escaso, la práctica exigida sería necesariamente inferior. Ello se refleja en la palabra «suficientemente», que implica que el número y la distribución de los Estados que han de seguir la práctica pertinente (al igual que el número de ejemplos de práctica) no puede determinarse en abstracto. No obstante, es evidente que no se requiere un seguimiento universal: no es necesario demostrar que todos los Estados han seguido la práctica en cuestión[298]. Deben seguirla los Estados que hayan tenido la oportunidad o la posibilidad de aplicar la supuesta norma[299]. Es importante que esos Estados sean representativos de las diversas regiones geográficas y/o los diversos intereses en juego.

4) Al evaluar la generalidad, un importante factor que se debe tener en cuenta es el grado de seguimiento de la práctica por parte de los Estados que estén especialmente implicados en la actividad en cuestión o que más probabilidades tengan de verse afectados por la supuesta norma[300]. Es evidente que sería poco práctico determinar, por ejemplo, la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario relativa a la navegación en zonas marítimas sin tener en cuenta la práctica de los Estados ribereños y la de los principales Estados que transitan por las aguas, o la existencia y el contenido de una norma sobre inversión extranjera sin evaluar la práctica de los Estados exportadores de capital y la de los Estados receptores de inversiones. En muchos casos, todos o casi todos los Estados se verán igualmente afectados.

5) La exigencia de que la práctica sea constante significa que, cuando los actos en cuestión difieren hasta el punto de que no puede distinguirse una pauta de comportamiento, no cabe afirmar la existencia de ninguna práctica general (y, por lo tanto, de ninguna norma correspondiente de derecho internacional consuetudinario). Por ejemplo, en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías*, la Corte Internacional de Justicia dictaminó lo siguiente:

> Algunos Estados han adoptado la norma de las 10 millas […], pero otros han adoptado una anchura diferente; por consiguiente, la norma de 10 millas no ha adquirido la autoridad de una norma general de derecho internacional[301].

6) Al determinar si la práctica es constante, por supuesto es importante examinar ejemplos de comportamiento que sean, de hecho, comparables, es decir, en los que se hayan planteado cuestiones idénticas o similares, de manera que esos ejemplos puedan proporcionar realmente una orientación fiable. En la causa *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló lo siguiente:

> precedentes que presenten una estrecha analogía con la causa que se examina; ya que solo a partir de este tipo de precedentes puede establecerse la existencia de un principio general [de derecho internacional consuetudinario] aplicable a la causa en particular[302].

---

[294] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), pág. 43, párr. 74. Se ha utilizado una gran variedad de términos para describir la exigencia de generalidad, incluso por parte de la Corte Internacional de Justicia, sin que haya verdaderas diferencias en cuanto a su sentido.

[295] Ibíd., pág. 44, párr. 77.

[296] Véase también el proyecto de conclusión 3 *supra*.

[297] Véase también la sentencia del Tribunal Federal de Australia, de 4 de febrero de 2016, en la causa *Ure v. The Commonwealth of Australia* [2016] FCAFC 8, párr. 37 («dudamos en afirmar que es imposible demostrar la existencia de una norma de [derecho] internacional consuetudinario a partir de un pequeño número de casos de práctica de los Estados. Aceptaríamos la propuesta menos prescriptiva de que, cuanto menor es el número de casos de práctica estatal, más difícil resulta la tarea»).

[298] Véase, por ejemplo, 2 BvR 1506/03, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003, párr. 59 («No obstante, dicha práctica no está suficientemente extendida como para considerarse práctica consolidada creadora de derecho internacional consuetudinario»).

[299] Así pues, puede bastar con que un número relativamente pequeño de Estados siga una determinada práctica si de hecho esa práctica, así como la falta de respuesta de otros Estados, es generalmente aceptada como derecho (*opinio iuris*).

[300] La Corte Internacional de Justicia ha dicho que «sería un requisito indispensable que, durante el período en cuestión, por breve que haya sido, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido tanto extensa como casi uniforme», *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), pág. 43, párr. 74.

[301] *Fisheries case* (véase la nota 292 *supra*), pág. 131. Una Sala de la Corte sostuvo en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* que, cuando la práctica demuestra «que cada caso concreto difiere a fin de cuentas de todos los demás […] queda excluida la posibilidad de que se den las condiciones necesarias para la formación de principios y normas de derecho consuetudinario» (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (véase la nota 253 *supra*), pág. 290, párr. 81). Véase también, por ejemplo, *Colombian-Peruvian asylum case* (nota 260 *supra*), pág. 277 («Los hechos presentados a la Corte revelaban demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio de asilo diplomático […] para que sea posible discernir en ellos un uso constante y uniforme […] en lo que respecta a la supuesta norma de calificación unilateral y definitiva del delito»); *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, opinión consultiva de 17 de julio de 1965, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI (núm. de venta: E/F.69.V.1), págs. 75 a 108, en especial pág. 100 («Es cierto que solo una práctica constante, efectivamente observada e invariable puede constituir una norma de derecho internacional consuetudinario»).

[302] *The Case of the S.S. «Lotus»* (véase la nota 253 *supra*), pág. 21. Véase también *North Sea Continental Shelf* (nota 257 *supra*), pág. 45, párr. 79; Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, causa núm. SCSL-04-14-A, fallo (Sala de Apelaciones) de 28 de mayo de 2008, párr. 406.

7) Al mismo tiempo, no hace falta que la práctica de los Estados sea totalmente constante. La práctica pertinente debe ser casi o sustancialmente uniforme, por lo que la existencia de algunas incoherencias y contradicciones no necesariamente impide calificar una práctica de «general». En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo lo siguiente:

> No cabe esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya de ser perfecta […] La Corte no considera que, para el establecimiento de una norma consuetudinaria, la práctica correspondiente deba ajustarse de manera totalmente estricta a la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte estima que es suficiente con que la conducta de los Estados sea, en términos generales, coherente con esas normas[303].

8) El hecho de que la falta de constancia se plasme en el incumplimiento de una norma no impide necesariamente el establecimiento de una práctica general. Así ocurre, en particular, cuando el Estado de que se trate niega la infracción y/o expresa apoyo a la norma. Como ha observado la Corte Internacional de Justicia:

> los casos en que el comportamiento de un Estado denote falta de coherencia con una determinada norma deberían considerarse, por lo general, como una vulneración de esa norma, no como señal del reconocimiento de la existencia de una norma nueva. Si un Estado obra de una forma *prima facie* incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la propia norma, entonces, tanto si la conducta del Estado es en realidad justificable sobre esa base como si no, esa actitud confirma la norma en lugar de desautorizarla[304].

9) El párrafo 2 se refiere al elemento temporal, y deja claro que la duración relativamente breve de una práctica general no impide, en sí misma, establecer la existencia de una norma correspondiente de derecho internacional consuetudinario. Si bien una larga duración puede hacer que la práctica pertinente sea más extensa, para que exista una norma consuetudinaria no es necesario que haya una práctica general desde tiempos inmemoriales o durante un tiempo considerable o determinado[305]. La Corte Internacional de Justicia confirmó este extremo en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, al afirmar que «el transcurso de un corto período de tiempo no impide necesariamente la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario»[306]. No obstante, este pasaje deja claro que debe transcurrir algún tiempo para que surja una práctica general; no existe la «costumbre instantánea».

Cuarta parte

ACEPTADA COMO DERECHO (*OPINIO IURIS*)

Para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario no basta con establecer que una determinada práctica es seguida de manera constante por un número suficientemente amplio y representativo de Estados. La cuarta parte se ocupa del segundo elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, a veces denominado elemento «subjetivo» o «psicológico»: en cada caso, también es necesario cerciorarse de que existe entre los Estados una aceptación como derecho (*opinio iuris*) del carácter vinculante de la práctica en cuestión.

*Conclusión 9. Requisito de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)*

1. El requisito, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho (*opinio iuris*) significa que la práctica en cuestión ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho.

2. La práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*) debe distinguirse del simple uso o el simple hábito.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 9 trata de abordar la naturaleza y la función del segundo elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, la aceptación como derecho (*opinio iuris*).

2) El párrafo 1 explica que la aceptación como derecho (*opinio iuris*), como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, se refiere al requisito de que la práctica pertinente ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho, es decir, debe ir acompañada de la convicción de que el derecho internacional consuetudinario la permite, exige o prohíbe. Por tanto, es esencial establecer, en cada caso, que los Estados han actuado de cierto modo porque sintieron o consideraron que estaban jurídicamente obligados o tenían derecho a hacerlo en razón de una norma de derecho internacional consuetudinario: deben haber seguido la práctica como cuestión de derecho, o haberse sometido a ella como obligación. Como destacó la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*:

> Los actos en cuestión no solo deben representar una práctica establecida, sino que además deben ser tales, o llevarse a cabo de un modo tal, que demuestren la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de la presencia de esa convicción, es decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la propia noción de la *opinio iuris sive necessitatis*. Los Estados en cuestión deben, por ende, creer que están ajustando su conducta a lo que constituye una obligación legal[307].

3) La aceptación como derecho (*opinio iuris*) debe distinguirse de otros motivos no jurídicos para la acción, como la cortesía, la conveniencia o el interés político; si la práctica en cuestión está motivada exclusivamente por esas otras consideraciones, no se identifica ninguna norma de derecho internacional consuetudinario. Así, en la causa

---

[303] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 249 *supra*), pág. 98, párr. 186.

[304] Ibíd. Véase también, por ejemplo, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (nota 261 *supra*), párr. 51. Lo mismo se aplica al valorar la práctica del Estado de que se trate: véase el proyecto de conclusión 7 *supra*.

[305] En esferas como el derecho internacional del espacio o el derecho del mar, por ejemplo, el derecho internacional consuetudinario se ha desarrollado rápidamente en varias ocasiones.

[306] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), pág. 43, párr. 74.

[307] Ibíd., pág. 44, párr. 77; véase también ibíd., párr. 76 (donde se hace referencia al requisito de que los Estados han de «creer que están aplicando una norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario»).

relativa al *Derecho de asilo* (*Colombia/Perú*), la Corte Internacional de Justicia se negó a reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario si no se demostraba, entre otras cosas, que en los supuestos casos de práctica, esta:

> es seguida por los Estados que conceden el asilo como un derecho que les corresponde y es respetado por los Estados territoriales como un deber que les incumbe y no únicamente por razones de conveniencia política. […] [L]a conveniencia o el puro interés político parecen haber llevado al Estado territorial a reconocer el asilo sin que tal decisión sea dictada por el sentimiento de que existe una obligación jurídica[308].

4) El tratar de cumplir una obligación convencional como obligación convencional, al igual que el tratar de cumplir el derecho interno, no constituye una aceptación como derecho a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario y la práctica seguida con esa intención no lleva en sí misma a inferir la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario[309]. No obstante, un Estado puede reconocer que está obligado por una determinada obligación por la fuerza del derecho internacional consuetudinario y de un tratado; pero esto tendría que probarse. En cambio, cuando los Estados actúan de conformidad con un tratado por el que no están obligados, o aplican obligaciones convencionales en sus relaciones con Estados que no son parte en el tratado, ello puede ser una prueba de que existe aceptación como derecho, salvo que se demuestre lo contrario.

5) La aceptación como derecho (*opinio iuris*) ha de verse respecto de los Estados que siguen la práctica pertinente y de los que están en condiciones de reaccionar ante ella; ha de demostrarse que han considerado que la práctica es conforme con el derecho internacional consuetudinario[310]. No es necesario establecer que todos los Estados han reconocido (aceptado como derecho) la supuesta norma como norma de derecho internacional consuetudinario; lo que se requiere es que haya una amplia aceptación y escasa o ninguna oposición[311].

6) El párrafo 2 destaca que, si no es aceptada como derecho (*opinio iuris*), no cabe considerar que una práctica general contribuye a la creación o expresión del derecho internacional consuetudinario; es un simple uso o un simple hábito. En otras palabras, la práctica que los Estados consideran que jurídicamente pueden seguir o ignorar no contribuye a la formación del derecho internacional consuetudinario ni lo refleja (a menos que la propia norma que se ha de identificar prevea esa opción)[312]. La regularidad de una conducta internacional no siempre tiene trascendencia jurídica; por ejemplo, las cortesías diplomáticas, como la colocación de alfombras rojas para los Jefes de Estado visitantes, no van acompañadas del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica y, por tanto, no pueden generar ningún deber jurídico o derecho de que se actúe en consecuencia ni dar fe de él[313].

*Conclusión 10. Formas de prueba de la aceptación como derecho (***opinio iuris***)*

1. La prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) puede revestir una gran variedad de formas.

2. Las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) comprenden, sin reducirse a ello: las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; las decisiones de los tribunales y cortes nacionales; las disposiciones de los tratados; y el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

3. La falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo puede servir de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), siempre que los Estados estuvieran en condiciones de reaccionar y que las circunstancias exigiesen una reacción.

---

[308] *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 260 *supra*), págs. 277 y 286. Véase también *The Case of the S.S. «Lotus»* (nota 253 *supra*), pág. 28 («Aunque las escasas decisiones judiciales dictadas en las causas mencionadas fueran suficientes para probar efectivamente la circunstancia aducida […] ello demostraría solamente que, en la práctica, los Estados con frecuencia se abstenían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional. La presunción del hecho no permite inferir que los Estados han sido conscientes de tener ese deber, aunque […] hay otras circunstancias que demuestran lo contrario»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 249 *supra*), págs. 108 a 110, párrs. 206 a 209.

[309] Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf* (nota 257 *supra*), pág. 43, párr. 76. Así pues, puede resultar particularmente difícil determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario cuando un tratado no declaratorio ha tenido una participación prácticamente universal.

[310] Véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 249 *supra*), pág. 109, párr. 207 («Los Estados que realizan esos actos, o bien otros Estados que están en condiciones de reaccionar frente a ellos, deben haber actuado de manera tal que su conducta "demuestre la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone"» (donde se cita el fallo en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*)).

[311] Así pues, cuando «los miembros de la comunidad internacional muestran profundas divisiones» sobre si una determinada práctica viene acompañada de una aceptación como derecho (*opinio iuris*), no cabe afirmar que existe tal aceptación como derecho: véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 261 *supra*), pág. 254, párr. 67.

[312] Así, en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*, la Corte Internacional de Justicia observó, con respecto al paso de las fuerzas armadas y la policía armada, que: «La práctica supone que el Estado soberano tenía la facultad discrecional de retirar o denegar su autorización. Se afirma que esa autorización siempre se concedía, pero, en opinión de la Corte, ello no influye en la situación jurídica. Nada en el expediente demuestra que los británicos o los indios estuvieran obligados a dar su autorización» (*Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 261 *supra*), págs. 42 y 43). En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia también señaló, al tratar de determinar el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, que: «Si bien es cierto que en ocasiones los Estados deciden conceder una inmunidad más amplia que la exigida en el derecho internacional, a los efectos que nos ocupan, lo importante es que el otorgamiento de la inmunidad en este caso no va acompañado del requisito de la *opinio iuris* y, por tanto, no arroja ninguna luz sobre la cuestión que la Corte está examinando en este momento» (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 258 *supra*), pág. 123, párr. 55). Véase también *North Sea Continental Shelf* (nota 257 *supra*), págs. 43 y 44, párr. 76.

[313] La Corte Internacional de Justicia señaló al respecto: «Hay muchos actos internacionales, por ejemplo en lo relativo a las ceremonias y el protocolo, que se llevan a cabo casi invariablemente, pero solo por razones de cortesía, conveniencia o tradición, y no porque se considere que existe un deber jurídico» (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), pág. 44, párr. 77).

Comentario

1) El proyecto de conclusión 10 se refiere a la prueba de la que puede deducirse la aceptación como derecho (*opinio iuris*) de una determinada práctica. Refleja el hecho de que la aceptación como derecho puede darse a conocer mediante diversas manifestaciones de la conducta del Estado.

2) El párrafo 1 establece la proposición general de que la aceptación como derecho (*opinio iuris*) puede reflejarse de muy diversas formas. Los Estados pueden expresar su reconocimiento (o rechazo) de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario de muchas maneras. Esa conducta indicativa de la aceptación como derecho de una supuesta norma abarca, como se pone de manifiesto en los párrafos subsiguientes, tanto los pronunciamientos como las acciones físicas (así como la inacción) relacionados con la práctica de que se trate.

3) El párrafo 2 ofrece una lista no exhaustiva de formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) que incluye aquellas a las que se recurre con más frecuencia a tal fin. Esas pruebas también pueden ser útiles para demostrar la falta de aceptación como derecho. Existe cierta coincidencia entre las formas de prueba de la aceptación como derecho y las formas de práctica estatal; en parte, ello refleja el hecho de que ambos elementos pueden encontrarse a veces en los mismos medios (si bien, aun así, la identificación debe hacerse por separado en cada caso)[314]. En cualquier caso, es más probable que las declaraciones transmitan la convicción jurídica del Estado y que a menudo sea más útil considerarlas expresiones de la aceptación como derecho (o de alguna otra manera) que ejemplos de la práctica.

4) Entre las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), una declaración pública hecha en nombre de un Estado en la que se establece que una determinada práctica está permitida, prohibida o establecida en virtud del derecho internacional consuetudinario es la indicación más clara de que ha evitado o empleado esa práctica (o reconocido que ha sido legítimamente empleada o evitada por otros) con el convencimiento de la existencia de un derecho o una obligación jurídica. Esas declaraciones pueden hacerse, por ejemplo: en debates celebrados en foros multilaterales; al presentar un proyecto de ley ante la cámara legislativa; como afirmaciones hechas en alegaciones escritas y orales presentadas ante tribunales y cortes de justicia; en protestas en que se tacha de ilícita la conducta de otros Estados; y en respuesta a las propuestas de codificación. Pueden ser individuales o conjuntas. Del mismo modo, el efecto de la práctica en consonancia con la supuesta norma puede verse anulado por declaraciones contemporáneas en el sentido de la inexistencia de esa norma[315].

5) Las demás formas de prueba enumeradas en el párrafo 2 también pueden ser de especial ayuda para determinar la posición jurídica de los Estados en relación con determinadas prácticas. Entre ellas, la expresión «publicaciones oficiales» abarca los documentos publicados en nombre de un Estado, como los manuales militares y los mapas oficiales, en los que puede manifestarse la aceptación como derecho (*opinio iuris*). Los dictámenes que se publican de asesores legales de los Gobiernos también pueden arrojar luz sobre la posición jurídica de un Estado, aunque no si el Estado no siguió los dictámenes. La correspondencia diplomática puede incluir, entre otras cosas, las circulares dirigidas a las misiones diplomáticas, por ejemplo, las relativas a los privilegios e inmunidades. La legislación nacional, aunque casi siempre es el resultado de decisiones políticas, puede ser valiosa como prueba de la aceptación como derecho, en particular cuando responde al derecho internacional consuetudinario o lo hace efectivo. Las decisiones de los tribunales nacionales también pueden contener ese tipo de declaraciones al pronunciarse sobre cuestiones de derecho internacional.

6) Los procesos diplomáticos y de redacción multilaterales pueden proporcionar pruebas valiosas y accesibles sobre las convicciones jurídicas de los Estados respecto del contenido del derecho internacional consuetudinario cuando esas cuestiones son aceptadas y debatidas por los Estados. De ahí la referencia a las «disposiciones de tratados» y «el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental», cuya posible utilidad para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario se examina en mayor detalle en los proyectos de conclusión 11 y 12.

7) El párrafo 3 dispone que, en determinadas condiciones, la falta de reacción de los Estados, dentro de un plazo razonable, también puede, en palabras de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías*, «[dar] testimonio de que no consideraron [cierta práctica realizada por otros] contraria al derecho internacional»[316]. La tolerancia de una determinada práctica puede ser, de hecho, prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) cuando expresa la aquiescencia de esa práctica. No obstante, para que esa falta de objeción o protesta abierta tenga tal valor probatorio, se deben cumplir dos requisitos para que no resulte de causas ajenas a la legalidad de la práctica en cuestión[317]. En primer lugar, es fundamental

[314] Véase el proyecto de conclusión 3 *supra.*

[315] En ocasiones la práctica en sí va acompañada de una negación expresa de la obligación jurídica, como cuando los Estados pagan una indemnización *ex gratia* por los daños causados a bienes diplomáticos extranjeros.

[316] *Fisheries case* (véase la nota 292 *supra*), pág. 139. Véase también *The Case of the S.S. «Lotus»* (nota 253 *supra*), pág. 29 («la Corte considera que debe hacer hincapié en que no parece que los Estados interesados se hayan opuesto a los procedimientos penales en relación con casos de colisión ante los tribunales de un país diferente de aquel cuyo pabellón enarbolan, ni que hayan formulado protestas: su conducta no parece haber diferido mucho de la observada en todos los casos de jurisdicción concurrente. Ese hecho se opone frontalmente a la existencia de un consentimiento tácito por parte de los Estados respecto de la jurisdicción exclusiva del Estado cuyo pabellón enarbolan, como el agente del Gobierno francés consideró posible deducir de la escasa frecuencia de cuestiones de jurisdicción ante los tribunales penales. Parece poco probable, y no estaría en conformidad con la práctica internacional, que el Gobierno francés en la causa *Ortigia-Oncle-Joseph* y el Gobierno alemán en la causa *Ekbatana-West-Hinder* no protestaran contra el ejercicio de la jurisdicción penal por los tribunales de Italia y Bélgica si realmente hubieran pensado que se trataba de una vulneración del derecho internacional»); *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición,* causa núm. 16063/94, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia de 2 de noviembre de 1995, voto del Juez Gustavo A. Bossert, párr. 90.

[317] Véase también, en términos más generales, *North Sea Continental Shelf* (nota 257 *supra*), pág. 27, párr. 33.

que la práctica en cuestión exija una reacción[318]: así puede suceder, por ejemplo, cuando la práctica afecta (directa o indirectamente) —en general de manera desfavorable— a los intereses o los derechos del Estado que no actúa o se niega a actuar[319]. En segundo lugar, la referencia a un Estado «en condiciones de reaccionar» significa que el Estado interesado debía tener conocimiento de la práctica (lo que incluye las circunstancias en que, debido a la publicidad dada a la práctica, se debe suponer que el Estado tenía conocimiento de ella), así como tiempo y capacidad suficientes para actuar. En los casos en que un Estado no conocía o no cabía esperar que conociera una determinada práctica, o no tuvo un tiempo razonable para responder, la inacción no puede atribuirse a un reconocimiento de que esa práctica estaba establecida (o permitida) en el derecho internacional consuetudinario.

Quinta parte

ALCANCE DE CIERTOS MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

1) Hay diversos medios de prueba, aparte de las pruebas primarias, de supuestos casos de práctica aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) que pueden consultarse en el proceso de identificación de la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario. Suele tratarse de textos sobre cuestiones jurídicas, en particular tratados, resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias, decisiones judiciales (de tribunales tanto internacionales como nacionales) y trabajos académicos. Esos textos pueden contribuir a la recopilación, la síntesis o la interpretación de la práctica pertinente para la identificación del derecho internacional consuetudinario y pueden ofrecer formulaciones precisas para enmarcar y orientar la investigación de sus dos elementos constitutivos. El propósito de la quinta parte es explicar el posible alcance de esos medios, dejando claro que es de vital importancia estudiar detenidamente su contenido y el contexto en el momento en que se elaboraron.

2) La Comisión decidió no incluir por el momento una conclusión específica sobre su labor. No obstante, esa labor merece especial atención en el presente contexto. Como han reconocido la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes[320], una determinación de la Comisión en que se afirme la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario puede tener un valor especial, al igual que una conclusión suya en el sentido de que esa norma no existe. Ello se desprende del singular mandato encomendado por los Estados a la Comisión para que promueva el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación[321], la exhaustividad de sus procedimientos (incluido el examen de numerosos estudios de la práctica estatal) y su estrecha relación con los Estados en tanto que órgano subsidiario de la Asamblea General (incluida la recepción de comentarios orales y escritos a medida que avanza en su labor). No obstante, el peso que debe otorgarse a las determinaciones de la Comisión depende de diversos factores, como las fuentes utilizadas por la Comisión, la etapa alcanzada en sus trabajos y, sobre todo, la acogida que den los Estados a sus resultados[322].

Conclusión 11. Tratados

1. Una norma enunciada en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que tal norma:

***a*) ha codificado una norma de derecho internacional consuetudinario existente en el momento en que se celebró el tratado;**

***b*) ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado; o**

***c*) ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.**

2. El hecho de que una norma se enuncie en varios tratados puede indicar, aunque no necesariamente, que la norma convencional refleja una norma de derecho internacional consuetudinario.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 11 se refiere a la importancia de los tratados, en particular los tratados multilaterales ampliamente ratificados, para la identificación del derecho internacional consuetudinario. El proyecto de conclusión no aborda la conducta en relación con los tratados como forma de práctica, cuestión tratada en el proyecto de conclusión 6, ni se refiere de manera directa al proceso de elaboración de un tratado o a proyectos de disposición convencionales, que pueden en sí dar lugar a prácticas estatales y pruebas de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), como se indica en los proyectos de conclusión 6 y 10.

---

[318] La Corte Internacional de Justicia ha observado, en un contexto diferente, que «[l]a falta de reacción bien puede constituir aquiescencia […] Es decir, el silencio también puede hablar, pero solo si la conducta del otro Estado exige una respuesta» (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 12 y ss., en especial págs. 50 y 51, párr. 121). Véase también *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 269 *supra*), págs. 265 y 266, párr. 141 («En opinión de la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho surgido de la práctica que ha permanecido ininterrumpido e incontestable durante un largo período de tiempo es especialmente significativo»).

[319] Puede ser que se considere que una determinada práctica afecta a todos o casi todos los Estados.

[320] Véase, por ejemplo, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 40, párr. 51; *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, págs. 10 y ss., en especial pág. 56, párr. 169; *Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana*, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, causas núms. ICTR-96-10-A e ICTR-96-17-A, fallo (Sala de Apelaciones) de 13 de diciembre de 2004, párr. 518; *Dubai-Sharjah Border Arbitration* (1981), ILR, vol. 91, págs. 543 a 701, en especial pág. 575; 2 BvR 1506/03 (véase la nota 298 *supra*), párr. 47.

[321] Véase el estatuto de la Comisión de Derecho Internacional (1947), aprobado por la Asamblea General en su resolución 174 (II), de 21 de noviembre de 1947.

[322] Una vez que la Asamblea General ha adoptado medidas en relación con un proyecto final de la Comisión, como encomiarlo y anexarlo a una resolución, también se puede considerar que el resultado obtenido queda englobado en el proyecto de conclusión 12.

2) Si bien los tratados son, como tales, únicamente vinculantes para las partes en ellos, «pueden desempeñar un papel importante en el registro y la definición de normas derivadas de la costumbre, o incluso en su desarrollo»[323]. Sus disposiciones (y los procesos relativos a su aprobación y aplicación) pueden arrojar luz sobre el contenido del derecho internacional consuetudinario[324]. Las disposiciones convencionales expresadas con claridad pueden ofrecer pruebas especialmente prácticas de la existencia o el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario cuando se considera que son declaratorias de dichas normas. El objetivo de la referencia a una «norma enunciada en un tratado» es indicar que una norma puede no figurar en una sola disposición del tratado, sino reflejarse en dos o más disposiciones leídas de manera conjunta[325]. En cualquier caso, la expresión «puede reflejar» advierte que, en sí mismos, los tratados no pueden crear derecho internacional consuetudinario ni certificarlo de manera concluyente.

3) El alcance de la participación en un tratado puede ser un factor importante para determinar si es derecho internacional consuetudinario; los tratados que han obtenido una aceptación cuasiuniversal pueden considerarse particularmente indicativos a ese respecto[326]. No obstante, los tratados que aún no han entrado en vigor o que todavía no han logrado una participación generalizada también pueden tener influencia en determinadas circunstancias, en particular en los casos en que fueron aprobados sin oposición o por una mayoría abrumadora de Estados[327].

4) El párrafo 1 establece tres circunstancias en que las normas enunciadas en un tratado pueden reflejar derecho internacional consuetudinario, diferenciadas por el momento en que la norma de derecho internacional consuetudinario se formó (o comenzó a formarse). La expresión «si se establece que» deja claro que la determinación de si una norma convencional se ajusta, en efecto, a una supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no puede hacerse examinando únicamente el texto del tratado; en cada caso, la existencia de la norma debe estar confirmada por la práctica (y la aceptación como derecho). Es importante que se pueda demostrar que los Estados han puesto en práctica una norma no (solo) en razón de la obligación convencional, sino por la convicción de que la norma contenida en el tratado es o se ha convertido en derecho internacional consuetudinario[328].

5) El apartado *a* se refiere a las situaciones en que queda establecido que una norma enunciada en un tratado es declaratoria de una norma preexistente de derecho internacional consuetudinario[329]. Al preguntarse si tal es el caso con respecto a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, en primer lugar debe tenerse en cuenta el texto del tratado, que puede contener una declaración expresa sobre la cuestión[330]. El hecho de que las reservas a una disposición del tratado se permitan de manera expresa puede ser importante, pero no indica necesariamente si la disposición refleja el derecho internacional consuetudinario[331]. No obstante, esas indicaciones en

---

[323] *Continental Shelf* (véase la nota 258 *supra*), págs. 29 y 30, párr. 27 («Es ciertamente axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio iuris* de los Estados, aunque los convenios multilaterales puedan desempeñar un papel importante en el registro y la definición de normas derivadas de la costumbre, o incluso en su desarrollo»). El artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la posibilidad de que «una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal».

[324] Véase *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 258 *supra*), pág. 128, párr. 66; «Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available» (nota 287 *supra*), pág. 368, párr. 29 («no pocas veces la formulación convencional por determinados Estados de una práctica seguida también por otros Estados se basa en las medidas para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario»).

[325] También puede darse el caso de que una disposición individual sea solo parcialmente declaratoria del derecho internacional consuetudinario.

[326] Véase, por ejemplo, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1 de julio de 2003, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI (núm. de venta: B.06.V.7), págs. 73 a 114, en especial págs. 86 y 87, párr. 31 («Ciertamente, hay autoridades modernas importantes que apoyan que los Convenios de Ginebra de 1949 se han convertido en gran medida en expresiones de derecho internacional consuetudinario, y ambas Partes en este caso coinciden en ello. El mero hecho de que hayan obtenido una aceptación cuasiuniversal apoya esta conclusión» [se omite la nota]); *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (véase la nota 261 *supra*), párrs. 17 a 20 (donde se hace alusión, entre otras cosas, a la «enorme aceptación, la mayor aceptación de todas las convenciones internacionales» para indicar que las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño habían llegado a reflejar derecho internacional consuetudinario); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 47, párr. 94 («Las normas que contempla la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativas a la terminación de la relación convencional a causa de un incumplimiento (aprobadas sin voto disidente) pueden en muchos aspectos considerarse una codificación del derecho consuetudinario vigente en esta materia»).

[327] Véase, por ejemplo, *Continental Shelf* (nota 258 *supra*), fallo, pág. 30, párr. 27 («no se puede negar que la Convención de 1982 [sobre el Derecho del Mar – que por entonces aún no estaba en vigor] reviste gran importancia, por haber sido adoptada por la mayoría abrumadora de los Estados; por ende, corresponde claramente a la Corte el deber de, independientemente de las referencias que las Partes hacen a la Convención, examinar en qué medida cualquiera de sus disposiciones pertinentes resultan vinculantes para las Partes como norma del derecho internacional consuetudinario»).

[328] En las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, ese aspecto dio lugar a la desestimación de varios ejemplos citados de práctica de los Estados (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), pág. 43, párr. 76).

[329] Véase, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (nota 249 *supra*), párr. 87.

[330] En la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, por ejemplo, las partes «*confirman** que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional» (art. I); y en el preámbulo de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 1958, figura el párrafo siguiente: «*Deseando* codificar las normas de derecho internacional referentes a la alta mar». Un tratado también puede indicar que representa el desarrollo progresivo más que la codificación; en la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia/Perú)*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia señaló que el preámbulo de la Convención de Montevideo sobre Asilo Político, de 1933, donde se señala que modifica una convención anterior (y el limitado número de Estados que la han ratificado), contradice el argumento de que la Convención «simplemente codificó principios ya reconocidos por la costumbre» (*Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 260 *supra*), pág. 277).

[331] Véase también la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en su 63er período de sesiones, directrices 3.1.5.3 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria) y 4.4.2 (Falta de efecto en los derechos y obligaciones dimanantes de una norma de derecho internacional consuetudinario),

el texto son poco frecuentes o suelen referirse al tratado en general y no a normas concretas enunciadas en él[332]; en ese caso, o cuando el tratado no se pronuncia al respecto, cabe recurrir a los trabajos preparatorios del tratado[333], incluida cualquier declaración hecha por los Estados durante el proceso de redacción que pueda revelar la intención de codificar una norma existente de derecho internacional consuetudinario. Si se determina que los Estados negociadores consideraron, en efecto, que la disposición en cuestión era una norma de derecho internacional consuetudinario, ello constituirá una prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), que tendrá más peso para la identificación de la norma consuetudinaria cuanto mayor sea el número de Estados negociadores. No obstante, seguirá siendo necesario examinar si existen ejemplos de práctica en la materia suficientemente extendida y representativa, además de constante, que respalden esa norma; ello obedece no solo al hecho de que la afirmación de las partes de que el tratado es declaratorio del derecho existente es (en lo que respecta a terceros) un mero elemento de prueba a tal efecto, sino también a que la norma consuetudinaria subyacente al texto de un tratado puede haber cambiado o quedado obsoleta desde la celebración del tratado. En otras palabras, la práctica en la materia deberá confirmar la *opinio iuris* o coexistir con ella.

6) El apartado *b* aborda los casos en que queda establecido que una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) se ha conformado en torno a una norma convencional elaborada a partir de una cantidad limitada de práctica de los Estados. En otras palabras, la norma del tratado ha consolidado una norma de derecho internacional consuetudinario en fase emergente, y la ha dotado de mayor definición, en el momento en que el tratado se estaba elaborando, convirtiéndose por tanto en un reflejo de ella de manera posterior[334]. Una vez más, para determinar que tal es realmente el caso, es preciso evaluar si la formulación del tratado ha sido aceptada como derecho y está en efecto respaldada por una práctica general[335].

7) El apartado *c* se refiere a los casos en que queda establecido que una norma enunciada en un tratado ha generado una nueva norma de derecho internacional consuetudinario[336]. Se trata de un proceso que no debe presuponerse a la ligera. Como explicó la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, establecer que de una norma enunciada en un tratado ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario:

> [e]n primer lugar requiere que la disposición de que se trate tenga, en todo caso potencialmente, un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho. […] [E]s indispensable que, en el período en cuestión, por breve que pudiera ser, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido amplia y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada; además, tiene que haber ocurrido de forma tal que quede patente un reconocimiento general de que se trata de una norma de derecho o una obligación jurídica[337].

Dicho de otro modo, debe observarse una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) «en el sentido de la disposición invocada». Dado que el comportamiento concordante de las partes en el tratado entre ellas podría atribuirse presumiblemente a la

Anuario… 2011, vol. II (segunda parte), cap. IV, párr. 75, e ibíd., vol. II (tercera parte). El texto de las directrices que componen la Guía de la Práctica figura en el anexo de la resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013.

[332] El Convenio concerniente a Determinadas Cuestiones relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad, de 1930, por ejemplo, establece lo siguiente: «La inclusión de los principios y normas anteriormente mencionados en el Convenio no prejuzgará en modo alguno la cuestión de si ya forman o no parte del derecho internacional» (art. 18). A veces se hace una referencia general a la codificación y el desarrollo: en el preámbulo de la Convención de Viena de 1969, por ejemplo, los Estados partes expresan su convencimiento de que «la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados [se logran] en la presente Convención»; en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2004, los Estados partes consideran que «las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario» y que la Convención «contribuiría a codificar y desarrollar el derecho internacional y a armonizar la práctica en este ámbito».

[333] Al examinar en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte* si el artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental, de 1958, reflejaba el derecho internacional consuetudinario cuando se elaboró la Convención, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que: «el carácter de la norma en la Convención, por tanto, depende principalmente de los procesos que llevaron a la Comisión [de Derecho Internacional] a proponerla. Esos procesos ya se han examinado en relación con las alegaciones de Dinamarca y los Países Bajos de una necesidad *a priori* de equidistancia, y la Corte considera que ese examen también es suficiente a los fines actuales, con objeto de poner de manifiesto que el principio de la equidistancia, tal como figura en el artículo 6 de la Convención, fue propuesto por la Comisión con grandes vacilaciones, de manera un tanto experimental, a lo sumo *de lege ferenda*, y en absoluto *de lege lata* o como norma emergente de derecho internacional consuetudinario. Evidentemente, sobre esa base no puede decirse que el artículo 6 de la Convención ha reflejado o cristalizado una norma de tal índole» (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), pág. 38, párr. 62). Véase también *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 258 *supra*), págs. 138 y 139, párr. 89.

[334] Incluso cuando una disposición convencional no puede acordarse finalmente, sigue siendo posible que el derecho internacional consuetudinario haya evolucionado después «mediante la práctica de los Estados sobre la base de los debates y casi acuerdos en la Conferencia [en que se negoció el tratado]» (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 3 y ss., en especial pág. 23, párr. 52).

[335] Véase, por ejemplo, *Continental Shelf* (nota 258 *supra*), pág. 33, párr. 34 («[e]n opinión de la Corte es indiscutible que […] *la práctica de los Estados** muestra que la institución de la zona económica exclusiva, que concede derechos en razón de la distancia, ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario»).

[336] Como confirmó la Corte Internacional de Justicia, «esta situación entra dentro de lo posible y se presenta de tiempo en tiempo: es incluso uno de los métodos reconocidos por los cuales pueden formarse nuevas normas de derecho internacional consuetudinario» (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), pág. 41, párr. 71). Un ejemplo de ello puede encontrarse en el Reglamento de La Haya, anexo a la Cuarta Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1907: aunque se concibió, de conformidad con la Convención, para «revisar las leyes y costumbres generales de la guerra» vigentes en ese momento (y, por lo tanto, no fue una codificación del derecho internacional consuetudinario existente), más adelante se consideró que reflejaba el derecho internacional consuetudinario (véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 172, párr. 89).

[337] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), págs. 41 a 43, párrs. 72 y 74 (con reservas, en el párr. 71, en el sentido de que «no debe considerarse a la ligera que se ha logrado ese resultado»). Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 249 *supra*), pág. 98, párr. 184 («Cuando dos Estados convienen en incorporar una determinada norma en un tratado, ese acuerdo basta para convertir esa norma en jurídica y vinculante para ellos; en cambio, en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran una norma no es suficiente. La Corte deberá cerciorarse de que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados se confirma con la práctica»).

obligación convencional en lugar de a la aceptación de esa norma como vinculante en virtud del derecho internacional consuetudinario, la práctica de esas partes en relación con quienes no son parte en el tratado, y la de las que no son parte en relación con las partes o entre ellas, tendrá un valor especial.

8) El párrafo 2 trata de advertir de que la existencia de disposiciones similares en un número importante de tratados bilaterales o de otra índole, que hacen que se establezcan derechos y obligaciones similares para una amplia gama de Estados, no significa necesariamente que esas disposiciones reflejen una norma de derecho internacional consuetudinario. Aunque puede suceder efectivamente que esa repetición confirme la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario análoga (o haya dado lugar a ella), «también podría demostrar lo contrario», en el sentido de que los Estados suscriben tratados debido a la falta de norma alguna o para suspender su vigencia[338]. Una vez más, es preciso investigar si hay casos de práctica aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) que apoyen la norma escrita.

Conclusión 12. Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

1. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario.

2. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede constituir un elemento de prueba para establecer la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo.

3. Una disposición de una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que esa disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Comentario

1) El proyecto de conclusión 12 se refiere al papel que pueden desempeñar las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales en la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Establece que, si bien dichas resoluciones no pueden, de por sí, crear normas de derecho internacional consuetudinario ni servir como prueba concluyente de su existencia y contenido, a veces pueden servir de prueba del derecho vigente o emergente[339].

2) Como en el proyecto de conclusión 6, el término «resoluciones» se refiere a todas las resoluciones, decisiones y demás actos aprobados por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales, cualquiera que sea su designación[340] y sean o no jurídicamente vinculantes. En este contexto, se presta una atención especial a las resoluciones de la Asamblea General, un órgano plenario de participación cuasiuniversal, que pueden constituir un medio práctico para examinar las opiniones colectivas de sus miembros. Las resoluciones aprobadas por órganos o en conferencias de composición más reducida también pueden ser pertinentes, aunque su peso en la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario (general) probablemente será menor.

3) Aunque las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales son actos de esos órganos, en el contexto del presente proyecto de conclusión lo que importa es que pueden reflejar la expresión colectiva de las opiniones de los Estados miembros de dichos órganos: cuando se proponen (explícita o implícitamente) abordar asuntos jurídicos, pueden permitir conocer las actitudes de sus miembros con respeto a esos asuntos. Gran parte de lo que se dice de los tratados en el proyecto de conclusión 11 es de aplicación para las resoluciones; no obstante, a diferencia de los tratados, las resoluciones no suelen ser documentos jurídicamente vinculantes, ya que en su mayoría no pretenden consagrar derechos y obligaciones jurídicos, y en general son objeto de exámenes jurídicos menos exhaustivos que las propuestas de textos convencionales. Como sucede con los tratados, las resoluciones tampoco pueden sustituir la tarea de determinar si existe efectivamente una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*).

4) El párrafo 1 deja claro que una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, la mera aprobación de una resolución (o una serie de resoluciones) con objeto de establecer una norma de derecho internacional consuetudinario no crea ese derecho: ha de determinarse que la norma enunciada en la resolución corresponde, en efecto, a una práctica general aceptada como derecho (acompañada de *opinio iuris*). De esas resoluciones no surgen de manera espontánea «costumbres instantáneas».

5) El párrafo 2 dispone, en primer lugar, que las resoluciones pueden, no obstante, contribuir a la determinación

[338] Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (excepciones preliminares), fallo de 24 de mayo de 2007, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 582 y ss., en especial pág. 615, párr. 90 («El hecho invocado por Guinea de que varios acuerdos internacionales, como los acuerdos para la promoción y la protección de las inversiones extranjeras y el Convenio de Washington [sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados], han establecido regímenes jurídicos especiales que rigen la protección de las inversiones, o que comúnmente se incluyen disposiciones a este respecto en contratos celebrados directamente entre Estados e inversores extranjeros, no es suficiente para demostrar que haya habido un cambio en las reglas consuetudinarias de la protección diplomática; igualmente podría demostrar lo contrario»).

[339] Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 261 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 70; *SEDCO Incorporated v. National Iranian Oil Company and Iran*, segundo laudo cautelar, laudo núm. ITL 59-129-3, de 27 de marzo de 1986, ILR, vol. 84, págs. 483 a 592, en especial pág. 526.

[340] Hay una amplia variedad de designaciones, como «declaración» o «declaración de principios».

de las normas de derecho internacional consuetudinario al constituir un elemento de prueba de su existencia y contenido. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, «aunque no sean vinculantes […] pueden, en determinadas circunstancias, constituir una prueba importante para establecer la existencia de una norma o el surgimiento de una *opinio iuris*»[341]. Ello sucede, en particular, cuando una resolución pretende ser declaratoria de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, en cuyo caso puede servir como prueba de la aceptación como derecho de esa norma por los Estados que apoyan la resolución. En otras palabras, «[e]l consentimiento respecto al texto de esas resoluciones […] puede interpretarse como una aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución»[342]. Por el contrario, los votos negativos, las abstenciones o las desvinculaciones del consenso, al igual que las declaraciones generales y las explicaciones de posiciones, pueden ser pruebas de que no hay aceptación como derecho y que, por tanto, no existe una norma.

6) Debido a que la actitud de los Estados con respecto a una determinada resolución (o una norma en particular enunciada en una resolución), expresada mediante votación o de otro modo, a menudo está motivada por consideraciones de carácter político o no jurídicas, la determinación de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) derivada de esas resoluciones debe hacerse «con la debida cautela»[343]. El término «puede» así lo indica. Es preciso hacer en cada caso una evaluación detenida de diversos factores para determinar si los Estados interesados pretendían, efectivamente, reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Como observó la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*:

> [e]s necesario examinar el contenido y las condiciones que llevaron a su aprobación; asimismo, es preciso ver si existe una *opinio iuris* en lo que respecta a su carácter normativo. También es posible que a partir de una serie de resoluciones evolucione gradualmente la *opinio iuris* que se requiere para el establecimiento de una nueva norma[344].

La formulación exacta empleada es el punto de partida para tratar de evaluar la importancia jurídica de una resolución; la referencia al derecho internacional y la elección (o exclusión) de determinados términos en el texto, tanto en el preámbulo como en la parte dispositiva, pueden ser importantes[345]. También son pertinentes los debates y las negociaciones que llevan a la aprobación de la resolución y en especial las explicaciones de voto, las explicaciones de posición y otras declaraciones similares inmediatamente anteriores o posteriores a la aprobación[346]. El grado de apoyo a la resolución (que puede observarse en la mayoría y el número de votos negativos o de abstenciones) es fundamental. Las diferencias de opinión expresadas sobre aspectos de una resolución pueden indicar que no existe una aceptación general como derecho (*opinio iuris*), al menos en cuanto a esos aspectos, y es poco probable que se considere que las resoluciones a las que se opone un número considerable de Estados reflejan el derecho internacional consuetudinario[347].

7) El párrafo 2 reconoce además que las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales, incluso cuando carecen de valor jurídico propio, a veces pueden desempeñar un papel importante en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario. Tal puede ser el caso cuando, como sucede con las disposiciones convencionales, una resolución (o una serie de resoluciones) sirve de inspiración e impulsa el crecimiento de una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) de conformidad con sus términos o cuando lleva a la conformación de una norma emergente.

8) El párrafo 3, como consecuencia lógica de los párrafos 1 y 2, aclara que las disposiciones de las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no pueden, de por sí, constituir un elemento de prueba concluyente para establecer la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario. Ello se desprende de la indicación de que, para determinar la existencia de una norma, es necesario que la *opinio iuris* de los Estados, puesta de manifiesto en una resolución, se vea confirmada por la práctica; así pues, se requieren otras pruebas, en particular para demostrar si la presunta norma se observa en efecto en la práctica de los Estados[348]. Una disposición de una resolución no puede servir de prueba de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario si la práctica efectiva es inexistente, diferente o inconstante.

---

[341] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 261 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 70 (en referencia a las resoluciones de la Asamblea General).

[342] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 249 *supra*), pág. 100, párr. 188. Véase también *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, laudo final de 24 de marzo de 1982, ILR, vol. 66, págs. 518 a 627, en especial págs. 601 y 602, párr. 143.

[343] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 249 *supra*), pág. 99, párr. 188.

[344] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 261 *supra*), pág. 255, párr. 70.

[345] En su resolución 96 (I), de 11 de diciembre de 1946, por ejemplo, la Asamblea General «[*a*]*firma* que el genocidio es un crimen de derecho internacional», lo que da a entender que el párrafo es declaratorio del derecho internacional consuetudinario vigente.

[346] En la Asamblea General, las explicaciones de voto suelen ofrecerse tras la aprobación por una comisión principal, en cuyo caso no suelen repetirse en sesión plenaria.

[347] Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 261 *supra*), pág. 255, párr. 71 («varias de las resoluciones que se examinan en la presente causa han sido aprobadas a pesar de que hubo un considerable número de votos negativos y de abstenciones; por lo tanto, aunque esas resoluciones son una muestra clara de la profunda preocupación que existe sobre el problema de las armas nucleares, siguen sin bastar para establecer la existencia de una *opinio iuris* sobre la ilegalidad del uso de esas armas»).

[348] Véase, por ejemplo, *KAING Guek Eav alias Duch*, causa núm. 001/18-07-2007-ECCC/SC, sentencia en apelación, Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, Sala del Tribunal Supremo (3 de febrero de 2012), párr. 194 («La Declaración sobre la Tortura de 1975 [resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes] es una resolución no vinculante de la Asamblea General, y por lo tanto, es necesario contar con más pruebas para llegar a la conclusión de que la definición de tortura que figura en ella refleja el derecho internacional consuetudinario de ese momento»).

Conclusión 13. Decisiones de cortes y tribunales

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario constituyen un medio auxiliar de determinación de dichas normas.

2. Podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario como medio auxiliar de determinación de tales normas.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 13 se refiere a la contribución de las decisiones de cortes y tribunales, tanto internacionales como nacionales, a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Cabe señalar que las decisiones de los tribunales y cortes nacionales pueden cumplir una doble función en la identificación del derecho internacional consuetudinario. Por una parte, como se indica en los proyectos de conclusión 6 y 10, pueden considerarse formas de práctica y/o pruebas de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) del Estado del foro. El proyecto de conclusión 13, por otra parte, establece que esas decisiones también pueden constituir un medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario cuando ellas mismas investigan la existencia y el contenido de dichas normas.

2) El proyecto de conclusión 13 sigue de cerca el Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, según el cual las decisiones judiciales son un «medio auxiliar» (*moyen auxiliaire*) para la determinación de las normas de derecho internacional, incluidas las normas de derecho internacional consuetudinario. La expresión «medio auxiliar» denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas, como los tratados, el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho. El uso de la expresión «medio auxiliar» no pretende dar a entender que esas decisiones no sean importantes en la práctica.

3) Las decisiones de cortes y tribunales sobre cuestiones de derecho internacional, en particular aquellas decisiones en que se examina la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y se identifican y aplican esas normas, pueden ofrecer orientaciones útiles para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario. No obstante, el valor de esas decisiones varía mucho, dependiendo de la calidad del razonamiento de cada decisión (incluida la medida en que se basa en un examen riguroso de las pruebas de una presunta práctica general aceptada como derecho) y de la acogida de la decisión entre los Estados y otros tribunales. Otras consideraciones que podrían tenerse en cuenta, en función de las circunstancias, son la composición de la corte o el tribunal (y el ámbito de especialización de sus miembros); la mayoría por la que se aprobó la decisión y las condiciones en que la corte o el tribunal desempeñan su labor. Además, es preciso recordar que los pronunciamientos judiciales sobre el estado del derecho internacional consuetudinario no frenan el desarrollo del derecho; las normas de derecho internacional consuetudinario pueden haber evolucionado desde la fecha de una determinada decisión[349].

4) El párrafo 1 emplea la expresión «cortes y tribunales internacionales», con la que se pretende abarcar cualquier órgano internacional con competencias judiciales, llamado a examinar normas de derecho internacional consuetudinario. Se menciona de manera expresa la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, cuyo Estatuto es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y cuyos miembros son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en reconocimiento de la importancia de su jurisprudencia y su especial autoridad como única corte internacional permanente de jurisdicción general[350]. Además de a la antecesora de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Justicia Internacional, la expresión «cortes y tribunales internacionales» incluye, entre otros, a tribunales especializados y regionales, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales internacionales, los tribunales regionales de derechos humanos y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC). También incluye a los tribunales arbitrales interestatales y otros tribunales arbitrales que apliquen el derecho internacional. Los conocimientos y la amplitud de las pruebas de que suelen disponer los tribunales y cortes internacionales otorgan un peso significativo a sus decisiones, con sujeción a las consideraciones mencionadas en el párrafo anterior.

5) A los efectos del presente proyecto de conclusión, el término «decisiones» incluye los fallos y las opiniones consultivas, así como las providencias sobre cuestiones de procedimiento y cuestiones interlocutorias. Las opiniones separadas y disidentes pueden arrojar luz sobre la decisión y examinar cuestiones no tratadas en la decisión de la corte o el tribunal, pero deben abordarse con cautela, ya que pueden reflejar únicamente el punto de vista de un determinado magistrado o poner de manifiesto aspectos no aceptados por la corte o el tribunal.

6) El párrafo 2 se refiere a las decisiones de los tribunales nacionales (también denominados tribunales internos)[351].

---

[349] Así pues, las decisiones de los tribunales y cortes internacionales tampoco pueden considerarse pruebas concluyentes con miras a la identificación de las normas de derecho internacional en ese sentido.

[350] Aunque no existe una jerarquía de cortes y tribunales internacionales, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia suelen resultar convincentes a otros tribunales y cortes. Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jones and Others v. the United Kingdom*, demandas núms. 34356/06 y 40528/06, ECHR 2014, párr. 198; *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports 1999*, págs. 10 y ss., párrs. 133 y 134; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. D.

[351] En relación con las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, véase también, por ejemplo, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalić*

La distinción entre los tribunales internacionales y nacionales no siempre está clara; de acuerdo con su uso en las presentes conclusiones, la expresión «tribunales nacionales» también se aplica a los tribunales de composición internacional que desempeñan su labor en uno o varios ordenamientos jurídicos nacionales, como los tribunales y cortes híbridos de composición y jurisdicción mixtas nacional e internacional.

7) Se requiere cierta cautela al tratar de basarse en las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Ello se refleja en las diferencias de redacción de los párrafos 1 y 2, en particular el empleo de la expresión «[p]odrán tomarse en consideración, cuando proceda» en el párrafo 2. A estos fines, se suele dar más peso a los fallos de los tribunales internacionales que a los de los tribunales nacionales, ya que es probable que los primeros tengan más experiencia en derecho internacional y es menos probable que reflejen una perspectiva nacional. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los tribunales nacionales actúan dentro de un ordenamiento jurídico concreto, que podría incorporar el derecho internacional solamente de una determinada manera y de forma limitada. A diferencia de los tribunales internacionales, los tribunales nacionales pueden carecer de conocimientos especializados en materia de derecho internacional y tomar decisiones sin oír antes los argumentos de los Estados[352].

Conclusión 14. Doctrina

Las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones pueden ser un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 14 se refiere al papel de la doctrina (en francés, *doctrine*) en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Fiel reflejo de la formulación del Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dispone que puede recurrirse a esas obras como medio auxiliar (*moyen auxiliaire*) para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario, es decir, establecer si existe una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*). El término «doctrina», denominado a menudo en inglés «*writings*», debe entenderse en un sentido amplio; incluye la doctrina en forma no escrita, como las conferencias y el material audiovisual.

2) Como sucede con las decisiones de cortes y tribunales mencionadas en el proyecto de conclusión 13, la doctrina no es en sí una fuente de derecho internacional consuetudinario, pero puede ofrecer orientación para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario. Esa función auxiliar reconoce el valor que puede tener a la hora de recopilar y valorar la práctica de los Estados, identificar las divergencias en la práctica de los Estados y la posible inexistencia o desarrollo de normas, y evaluar el derecho.

3) Es necesario proceder con cautela al basarse en la doctrina, ya que su valor para la determinación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario varía; así queda reflejado en la expresión «pueden ser». En primer lugar, puede que los autores no solo deseen dejar constancia del estado actual del derecho (*lex lata*), sino también promover su desarrollo (*lex ferenda*). Al hacerlo, no siempre distinguen claramente entre el derecho existente y el que desearían que existiera. En segundo lugar, la doctrina puede reflejar las posiciones nacionales u otras posturas individuales de los autores. En tercer lugar, su calidad difiere en gran medida. Así pues, es fundamental evaluar la autoridad de la obra de que se trate; en el asunto *Paquete Habana*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se refirió a:

> las obras de los juristas y comentaristas que, tras años de trabajo, investigación y experiencia, conocen especialmente bien los temas que tratan. A esas obras recurren con frecuencia los tribunales de justicia, no para conocer las especulaciones de sus autores sobre qué debería constituir derecho, sino para encontrar en ellas pruebas fidedignas de qué es derecho en realidad[353].

4) El término «publicistas», que proviene del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, abarca a todos aquellos cuya labor académica puede dilucidar cuestiones de derecho internacional. Aunque lo natural es que casi todos ellos sean especialistas en derecho internacional público, no se excluye a otros. La referencia a los publicistas «de mayor competencia» pone de relieve que debe prestarse atención a la doctrina de los eruditos en la materia. No obstante, en última instancia lo que importa es la calidad de la doctrina en concreto y no la reputación del autor; entre los factores que se deben tener en cuenta a ese respecto están el planteamiento adoptado por el autor con respecto a la identificación del derecho internacional consuetudinario y la medida en que su texto es fiel a ese enfoque. La referencia a los publicistas «de las distintas naciones» destaca la importancia de tener en cuenta, en la medida de lo posible, la doctrina representativa de los principales ordenamientos jurídicos y regiones del mundo y en distintos idiomas.

5) La labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional puede ser un recurso útil en este sentido. Entre esos órganos colectivos cabe citar el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional, así como los órganos de expertos internacionales en esferas concretas. El valor de cada labor debe evaluarse detenidamente teniendo en cuenta el mandato y los conocimientos especializados del órgano en cuestión, el cuidado y la objetividad con que trabaja sobre una determinada cuestión, el apoyo que ha recibido esa labor dentro del órgano y la acogida que ha tenido entre los Estados.

et al., causa núm. IT-96-21-T, fallo de 16 de noviembre de 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. II, págs. 951 y ss., y en particular pág. 1261, párr. 414.

[352] Véase también «Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available» (nota 287 *supra*), pág. 370, párr. 53.

[353] *The Paquete Habana and The Lola*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos 175 US 677 (1900), pág. 700. Véase también *The Case of the S.S. «Lotus»* (nota 253 *supra*), págs. 26 y 31.

Sexta parte

OBJETOR PERSISTENTE

La sexta parte consta de un único proyecto de conclusión relativo a la norma del objetor persistente.

Conclusión 15. Objetor persistente

1. Cuando un Estado haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado siempre que mantenga su objeción.

2. La objeción ha de ser expresada claramente, ser comunicada a los demás Estados y ser mantenida de manera persistente.

Comentario

1) Las normas de derecho internacional consuetudinario, «por naturaleza, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional y, por tanto, no pueden estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por cualquiera de ellos en beneficio propio»[354]. No obstante, cuando un Estado ha objetado de forma persistente a una norma *emergente* de derecho internacional consuetudinario, y mantiene su objeción después de que dicha norma haya cristalizado, esa norma no le es oponible. Esto se conoce a veces como la «norma» o «doctrina» del objetor persistente y a menudo se plantea en relación con la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario.

2) El caso del objetor persistente debe distinguirse de la situación en que la objeción de un gran número de Estados a la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario impide por completo su conformación (al no existir una práctica general aceptada como derecho)[355] y su aplicación está sujeta a requisitos estrictos.

3) El Estado que haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario incipiente argumentando en su contra o adoptando una práctica alternativa podrá optar por una de las posturas siguientes, o por ambas: tratar de impedir que se cree esa norma o hacer lo posible para que, si se crea, no le sea oponible. Un ejemplo de ello sería la oposición de algunos Estados a la norma incipiente que permitía el establecimiento de un mar territorial de hasta 12 millas. Esos Estados tal vez quisieron consolidar un mar territorial de 3, 4 o 6 millas como norma general, pero en ningún caso estaban dispuestos a que se les impusiera un mar territorial mayor[356]. Si se determina que ha surgido una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad de establecer el derecho a beneficiarse de la condición de objetor persistente recae en el Estado objetor.

4) La norma del objetor persistente se hace valer y se reconoce con bastante frecuencia, tanto en la jurisprudencia internacional como en la nacional[357], así como en otros contextos[358]. Aunque existen opiniones divergentes, la norma del objetor persistente está aceptada de manera general por los Estados y los autores, así como por los órganos científicos encargados del derecho internacional[359].

5) El párrafo 1 deja claro que la objeción debe haberse hecho mientras la norma de que se trate estaba en proceso de formación. Los tiempos de la objeción son fundamentales: el Estado debe expresar su oposición antes de que la práctica se convierta en una norma de derecho internacional consuetudinario y su posición estará más asentada si lo hizo lo antes posible. Aunque la línea que separa la objeción del incumplimiento no siempre es fácil de establecer, no existe una norma relativa al objetor subsiguiente: una vez ha surgido la norma, el Estado que desee quedar exento de su cumplimiento no podrá ampararse en una objeción.

---

[354] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 257 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63. Así sucede con las normas de derecho internacional consuetudinario «general», por oposición al derecho internacional consuetudinario «particular» (véase el proyecto de conclusión 16 *infra*).

[355] Véase, por ejemplo, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), vol. 46 (1978), sentencia de 13 de diciembre de 1977, 2 BvM 1/76, núm. 32, págs. 342 a 404, en especial págs. 388 y 389, párr. 6 («Esto no solo se refiere a las medidas que un Estado puede oponer con éxito desde el principio contra la aplicación de una norma general vigente de derecho internacional mediante una perseverante en defensa de su derechos (en el sentido de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías* [véase la nota 292 *supra*], pág. 131); por el contrario, actualmente no puede asumirse la existencia de una norma general de derecho internacional correspondiente»).

[356] A su debido tiempo, y como parte de una serie general de medidas sobre el derecho del mar, los Estados no mantuvieron sus objeciones. Si bien la posibilidad de preservar de manera efectiva la condición de objetor persistente a lo largo del tiempo a veces puede resultar difícil, ello no pone en tela de juicio la existencia de la norma.

[357] Véase, por ejemplo, *Fisheries case* (nota 292 *supra*), pág. 131; *Michael Domingues c. los Estados Unidos*, caso núm. 12285 (2002), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02, párrs. 48 y 49; *Sabeh El Leil v. France* [GC], demanda núm. 34869/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2011, párr. 54; informes del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R [y Corr.1 y Add.1 a 9], adoptados el 21 de noviembre de 2006, pág. 388, nota 248; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, 965 F.2d 699, pág. 715, párr. 54.

[358] Véase, por ejemplo, la intervención de Turquía en 1982 en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XVII (Plenary Meetings, Summary Records and Verbatim Records, as well as Documents of the Conference, Resumed Eleventh Session and Final Part Eleventh Session and Conclusion)* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.84.V.3), 189ª sesión (A/CONF.62/SR.189), pág. 76, párr. 150 (puede consultarse en http://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/vol17.shtml); Departamento de Defensa de los Estados Unidos, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington D.C., junio de 2015, págs. 29 a 34, secc. 1.8 (Derecho internacional consuetudinario), en especial pág. 30, párr. 1.8 («En general, el derecho internacional consuetudinario es vinculante para todos los Estados, pero los Estados que hayan sido objetores persistentes a una norma de derecho internacional consuetudinario durante su desarrollo no estarán obligados por esa norma») y pág. 34, párr. 1.8.4; *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (arbitraje con arreglo al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982), respuesta de la República de Mauricio, vol. I (18 de noviembre de 2013), pág. 124, párr. 5.11 (disponible en: https://pca-cpa.org/en/cases/11/).

[359] La propia Comisión se ha referido recientemente a la norma en su Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, en la que se afirma que «una reserva puede constituir para un "objetor persistente" el medio de manifestar la constancia de su objeción: por medio de un tratado este puede ciertamente rechazar la aplicación de una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general» (véase el párrafo 7 del comentario de la directriz 3.1.5.3, *Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 235 y 236).

6) Si un Estado se declara objetor persistente, la norma no le será aplicable mientras mantenga la objeción; la expresión «no será oponible» se utiliza para reflejar la posición excepcional del objetor persistente. Como el párrafo indica, una vez que la objeción se abandona (lo que puede suceder en cualquier momento, de manera expresa o de otro modo), el Estado en cuestión queda obligado por la norma.

7) El párrafo 2 aclara los requisitos estrictos que deben cumplirse para que un Estado establezca y mantenga la condición de objetor persistente con respecto a una norma de derecho internacional consuetudinario. Además de formularla antes de que la práctica se convierta en una norma de derecho, la objeción debe expresarse claramente, lo que significa que la no aceptación de la norma incipiente o la voluntad de no quedar obligado por ella debe ser inequívoca[360]. No obstante, no se exige que la objeción revista una forma determinada. En particular, una objeción verbal clara, ya sea escrita u oral, por oposición a una acción física, bastaría para preservar la posición jurídica del Estado objetor.

8) El requisito de dar a conocer la objeción a otros Estados significa que la objeción debe comunicarse a escala internacional; no puede manifestarse simplemente en el plano nacional. Incumbe al Estado objetor garantizar que la objeción se ponga efectivamente en conocimiento de otros Estados.

9) El requisito de que la objeción se mantenga de manera persistente se aplica tanto antes como después de que surja la norma de derecho internacional consuetudinario. La determinación de si ese requisito se ha cumplido debe hacerse de manera pragmática, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. El requisito implica, en primer lugar, que la objeción debe reiterarse cuando las circunstancias exigen una reafirmación (esto es, en circunstancias en que el silencio o la inacción pueden llevar razonablemente a la conclusión de que el Estado ha renunciado a su objeción). Tal podría ser el caso, por ejemplo, en una conferencia a la que asistiera el Estado objetor y en la que se reafirmara la norma. No obstante, no cabe esperar que los Estados reaccionen en cada ocasión, en especial cuando su posición ya es bien conocida. En segundo lugar, esas objeciones reiteradas deben ser coherentes en su conjunto, es decir, no mostrar contradicciones importantes.

10) La inclusión del proyecto de conclusión 15 en el presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*.

Séptima parte

DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR

La séptima parte consta de un único proyecto de conclusión que se ocupa del derecho internacional consuetudinario particular (en ocasiones denominado «costumbre regional» o «costumbre especial»). Mientras que las normas de derecho internacional consuetudinario general son vinculantes para todos los Estados, las normas de derecho internacional consuetudinario particular se aplican entre un número limitado de Estados. Aunque no son demasiado frecuentes, pueden desempeñar un papel importante en las relaciones interestatales, ya que permiten armonizar intereses y valores contrapuestos de algunos Estados únicamente[361].

Conclusión 16. Derecho internacional consuetudinario particular

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, local o de otra índole, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo se aplica entre un número limitado de Estados.

2. Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario particular, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho (*opinio iuris*).

Comentario

1) Es indiscutible que pueden existir normas de derecho internacional consuetudinario de carácter no general. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia así lo confirma al referirse, entre otras cosas, al derecho internacional consuetudinario «particular del sistema jurídico interamericano»[362] o «limitado en sus efectos al continente africano, como previamente había ocurrido con la América hispana»[363], «una costumbre local»[364] y al derecho internacional consuetudinario «de carácter regional»[365]. La identificación de esas normas se ha tratado, por ejemplo, en la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia/Perú)*[366] y en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*[367]. La expresión «derecho internacional consuetudinario particular» hace referencia a esas normas por oposición a las normas de derecho internacional consuetudinario de aplicación general. Se prefiere a «costumbre particular» para destacar que el proyecto de conclusión se refiere a las normas de derecho, no a meras costumbres o usos; ciertamente, puede haber «costumbres locales» entre los Estados que no equivalgan a normas de derecho internacional[368].

---

[360] Véase, por ejemplo, *C v. Director of Immigration and another*, Tribunal de Apelación de Hong Kong [2011] HKCA 159, CACV 132/2008 (2011), párr. 68 («La prueba de la objeción debe ser clara»).

[361] No se puede descartar que esas normas evolucionen con el tiempo para convertirse en normas de derecho internacional consuetudinario general.

[362] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 249 *supra*), pág. 105, párr. 199.

[363] *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 565, párr. 21.

[364] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco* (véase la nota 271 *supra*), pág 200; *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 261 *supra*), pág. 39.

[365] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 269 *supra*), pág. 233, párr. 34.

[366] *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 260 *supra*).

[367] *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 261 *supra*).

[368] Véase también el proyecto de conclusión 9, párr. 2, *supra*.

2) El proyecto de conclusión 16 se ha ubicado al final del proyecto de conclusiones, ya que los proyectos de conclusión anteriores también se aplican en general a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario particular, salvo que se disponga otra cosa en el presente proyecto de conclusión. En particular es de aplicación el enfoque basado en dos elementos, descritos en el presente comentario[369].

3) El párrafo 1, de carácter definitorio, explica que el derecho internacional consuetudinario particular solo se aplica entre un número limitado de Estados. Debe distinguirse del derecho internacional consuetudinario general, es decir, el derecho internacional consuetudinario que en principio se aplica a todos los Estados. Por consiguiente, una norma de derecho internacional consuetudinario particular no crea, en sí, obligaciones ni derechos para terceros Estados[370].

4) Las normas de derecho internacional consuetudinario particular pueden aplicarse entre diversos tipos de grupos de Estados. A menudo se hace referencia a las normas consuetudinarias de carácter regional, como las «propia[s] de los Estados de América Latina» (la institución del asilo diplomático es un ejemplo frecuente al respecto)[371]. El derecho internacional consuetudinario particular puede abarcar una zona geográfica más pequeña, como una subregión, o incluso aplicarse a tan solo dos Estados. Ese tipo de costumbre se abordó en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*, en la que la Corte Internacional de Justicia sostuvo que:

> Es difícil comprender por qué el número de Estados entre los que puede establecerse una costumbre local basada en una práctica de larga data debe ser necesariamente mayor de dos. La Corte no ve razones por las que una práctica continuada y reiterada entre dos Estados, aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones, no deba constituir la base de derechos y obligaciones recíprocos entre ellos[372].

El objeto de las causas en que se han examinado afirmaciones de ese derecho internacional consuetudinario particular era, por ejemplo, al derecho de acceso a enclaves en territorio extranjero[373]; la copropiedad (condominio) de aguas históricas de tres Estados ribereños[374]; el derecho a la pesca de subsistencia de nacionales que viven a orillas de un río que constituye la frontera entre dos Estados ribereños[375]; el derecho al tránsito interfronterizo/internacional exento de trámites de inmigración[376]; y la obligación de llegar a un acuerdo sobre la administración de la generación de energía en un río que constituye la frontera entre dos Estados[377].

5) Aunque en general existe cierta afinidad geográfica entre los Estados entre los que se aplica una norma de derecho internacional consuetudinario particular, esa circunstancia no siempre es necesaria. La expresión «ya sea regional, local o de otra índole» tiene por objeto reconocer que, aunque el derecho internacional consuetudinario particular suele ser regional, subregional o local, en principio no hay ninguna razón por la que una norma de derecho internacional consuetudinario particular no deba desarrollarse también entre Estados que estén unidos por una causa, un interés o una actividad comunes, distintos de su situación geográfica, o que constituyan una comunidad de interés, establecida mediante un tratado o de algún otro modo.

6) El párrafo 2 aborda los requisitos sustantivos para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario particular. Esencialmente, la determinación de la posible existencia de una norma de ese tipo consiste en la identificación de una práctica general que prevalezca entre los Estados interesados y esté aceptada por ellos como norma que regula sus relaciones. En la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia/Perú)*, la Corte Internacional de Justicia ofreció orientación sobre esta cuestión, señalando con respecto al argumento de Colombia acerca de la existencia de una «costumbre regional o local particular de los Estados de América Latina» que:

> La parte que alega una costumbre de este tipo debe demostrar que la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para la otra parte. El Gobierno de Colombia debe probar que la norma invocada se corresponde con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso es la expresión de un derecho perteneciente al Estado que concede asilo y un deber del Estado territorial. Esto se desprende del Artículo 38 del Estatuto de la Corte, que se refiere a la costumbre internacional «como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho»[378].

7) Por tanto, el enfoque basado en dos elementos, que requiere una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio iuris*), también se aplica a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario particular. No obstante, en el caso del derecho internacional consuetudinario particular, la práctica ha de ser general en el sentido de que se trate de una práctica constante «entre los Estados interesados», es decir, todos los Estados entre los que se aplica esa norma. Cada uno de esos Estados debe haber aceptado la práctica como derecho aplicable entre ellos. A este respecto, la aplicación del enfoque basado en dos elementos es más estricta en el caso de las normas de derecho internacional consuetudinario particular.

---

[369] La Corte Internacional de Justicia ha considerado que el Artículo 38, párrafo 1 *b*, de su Estatuto se aplica al derecho internacional consuetudinario particular: véase *Colombian-Peruvian asylum case* (nota 260 *supra*), pág. 276.

[370] La situación es similar a la que figura en las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 sobre los tratados y los terceros Estados (Parte III, secc. 4).

[371] *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 260 *supra*), pág. 276.

[372] *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 261 *supra*), pág. 39.

[373] Ibíd., pág. 6.

[374] Véase la reclamación de Honduras en *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, fallo de 11 de septiembre de 1992, *I.C.J. Reports 1992*, págs. 351 y ss., en especial pág. 597, párr. 399.

[375] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 269 *supra*), págs. 265 y 266, párrs. 140 a 144; véase también la opinión separada del Magistrado Sepúlveda-Amor, págs. 278 a 282, párrs. 20 a 36.

[376] *Nkondo v. Minister of Police and Another*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, 1980 (2) SA 894 (O), 7 de marzo de 1980, ILR , vol. 82, págs. 358 a 375, en especial págs. 368 a 375 (donde el Magistrado Smuts alega que «no hay pruebas de una práctica de larga data entre la República de Sudáfrica y Lesotho que haya cristalizado en un derecho consuetudinario local de tránsito exento de trámites de inmigración» (pág. 359)).

[377] *Kraftwerk Reckingen AG v. Canton of Zurich and others*, sentencia en apelación, BGE, vol. 129 II 114, 10 de octubre de 2002, Suiza, Tribunal Supremo Federal [BGer]; Sala segunda de Derecho Público, párr. 4.

[378] *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 260 *supra*), págs. 276 y 277.