



Comisión de Derecho Internacional

70º período de sesiones

Nueva York, 30 de abril a 1 de junio de 2018, y

Ginebra, 2 de julio a 10 de agosto de 2018

Identificación del derecho internacional consuetudinario

Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
II. Comentarios y observaciones generales	3
III. Observaciones específicas sobre los proyectos de conclusión	9
A. Segunda parte — Enfoque básico	9
1. Proyecto de conclusión 2 — Dos elementos constitutivos	9
2. Proyecto de conclusión 3 — Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos	11
B. Tercera parte — Una práctica general	14
1. Proyecto de conclusión 4 — Requisito de la práctica	14
2. Proyecto de conclusión 5 — Comportamiento del Estado como práctica del Estado	24
3. Proyecto de conclusión 6 — Formas de práctica	25
4. Proyecto de conclusión 7 — Valoración de la práctica de un Estado	32
5. Proyecto de conclusión 8 — La práctica ha de ser general	33
C. Cuarta parte — Aceptada como derecho (<i>opinio iuris</i>)	39
1. Proyecto de conclusión 9 — Requisito de la aceptación como derecho (<i>opinio iuris</i>)	39
2. Proyecto de conclusión 10 — Formas de prueba de la aceptación como derecho (<i>opinio iuris</i>)	42



D.	Quinta parte — Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario	47
1.	Proyecto de conclusión 11 — Tratados	47
2.	Proyecto de conclusión 12 — Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales	50
3.	Proyecto de conclusión 13 — Decisiones de cortes y tribunales	53
4.	Proyecto de conclusión 14 — Doctrina	54
E.	Sexta parte — Objeto persistente	55
1.	Proyecto de conclusión 15 — Objeto persistente	55
F.	Séptima parte — Derecho internacional consuetudinario particular	60
1.	Proyecto de conclusión 16 — Derecho internacional consuetudinario particular	60
IV.	Observaciones sobre la forma definitiva del proyecto de conclusiones	64

I. Introducción

1. En su 68° período de sesiones, celebrado en 2016, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario¹. De conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, la Comisión decidió transmitir, por conducto del Secretario General, el proyecto de conclusiones a los Gobiernos para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que los presentaran al Secretario General antes del 1 de enero de 2018². El Secretario General distribuyó una nota de fecha 17 de enero de 2017 por la que transmitió a los Gobiernos el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y sus comentarios y los invitó a que formularan comentarios y observaciones de conformidad con la solicitud de la Comisión.
2. En virtud de sus resoluciones 71/40, de 13 de diciembre de 2016, y 72/116, de 7 de diciembre de 2017, la Asamblea General señaló a la atención de los Gobiernos la importancia de que comunicasen a la Comisión, a más tardar el 1 de enero de 2018, sus comentarios y observaciones en relación con el proyecto de conclusiones.
3. A 13 de febrero de 2018, se habían recibido comentarios por escrito de Austria (22 de enero de 2018), Belarús (12 de enero de 2018), China (26 de diciembre de 2017), Dinamarca (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) (22 de diciembre de 2017), El Salvador (18 de diciembre de 2017), los Estados Unidos de América (5 de enero de 2018), Israel (18 de enero de 2018), Nueva Zelandia (20 de diciembre de 2017), los Países Bajos (23 de enero de 2018), la República Checa (3 de enero de 2018), la República de Corea (10 de enero de 2018) y Singapur (28 de diciembre de 2017).
4. Los comentarios y observaciones recibidos de estos Gobiernos se reproducen a continuación, clasificados por temas, comenzando por los comentarios y observaciones de carácter general y continuando con las observaciones sobre proyectos de conclusión específicos, para terminar con las observaciones sobre la forma definitiva del proyecto de conclusiones³.

II. Comentarios y observaciones generales

Austria

[Original: inglés]

Austria lamenta que ni en el proyecto de conclusiones ni en el comentario se examine la importancia del segundo aspecto del elemento constitutivo subjetivo del derecho internacional consuetudinario, la *opinio necessitatis*. El término “*sive*” en “*opinio iuris sive necessitatis*” tiene una función disyuntiva que otorga a la *necessitas* un estatuto separado. La doctrina ha indicado que ciertos comportamientos de los Estados, que de otro modo serían ilícitos, se consideran necesarios desde el punto de vista político, económico o moral. En el comentario debería abordarse la cuestión de la función autónoma de la “*opinio necessitatis*”.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 57.

² *Ibid.*, párr. 60.

³ En cada una de las secciones que figuran a continuación se presentan los comentarios y las observaciones de los Estados, que se enumeran en orden alfabético inglés.

Belarús

[Original: ruso]

La costumbre internacional tradicionalmente ha sido una de las principales fuentes del derecho internacional y sigue siendo de utilidad a día de hoy. Las normas de derecho internacional consuetudinario colman el vacío jurídico en ámbitos que no están regulados por los tratados internacionales y aseguran la aplicación armónica, sistemática y no contradictoria de las normas convencionales.

Al examinar este tema, deberían tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

- Las normas consuetudinarias;
- Las principales fuentes que se utilizan para determinar la existencia de esas normas;
- Elementos principales (o “constitutivos”, para utilizar los términos del proyecto de conclusión 2) de las normas de derecho internacional consuetudinario: una práctica general (caracterizada por su aplicación generalizada y coherente durante un largo tiempo) y su aceptación como derecho (*opinio iuris*);
- La formación de las normas de derecho internacional consuetudinario en el pasado;
- La formación de las normas de derecho internacional consuetudinario en la actualidad, en particular el efecto de la tecnología de la información y las comunicaciones, las decisiones de las organizaciones internacionales y los tribunales y cortes internacionales, y la práctica de los tratados internacionales;
- La identificación de los temas cuya práctica podría dar lugar a la formación de una costumbre o la creación de normas consuetudinarias generales, regionales y locales.

La Comisión, sin duda, hará una contribución sustancial a la teoría del derecho internacional mediante su examen del tema. No obstante, el principal objetivo de esta labor debe ser prestar asistencia a los Estados y otros sujetos de derecho internacional en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario.

Un estudio de la labor de la Comisión podría poner de manifiesto la gama de instrumentos que ha utilizado a lo largo de los años para identificar las normas de derecho consuetudinario y analizar su proceso de formación y evolución. Solo la Corte Internacional de Justicia tiene una memoria institucional y una experiencia comparables en este ámbito, y su práctica también debería estudiarse cuidadosamente.

Belarús apoya la decisión de la Comisión de no identificar las normas de *ius cogens* como categoría separada en el marco del presente tema. En la medida en que esas normas representan la costumbre internacional, se forman e identifican del mismo modo que cualquier otra norma de derecho internacional consuetudinario. Las características específicas de esas normas deben estudiarse en el contexto del tema pertinente.

Dinamarca (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

[Original: inglés]

Estamos de acuerdo con el alcance general del proyecto de conclusiones, a saber, que se limiten a la identificación del derecho internacional consuetudinario, y no se centren en la relación con otras fuentes del derecho internacional o el *ius cogens*.

El Salvador

[Original: español]

Al respecto, es importante tener en cuenta que, tal como lo ha indicado el Relator Especial en el marco del análisis de este tema, la manera de aplicar el derecho internacional consuetudinario depende del derecho interno de los Estados. Por consiguiente, se procederá en el presente informe a precisar los siguientes aspectos: i) particularidades del sistema jurídico salvadoreño; ii) reconocimiento del derecho internacional consuetudinario a partir de la jurisprudencia de los tribunales nacionales de El Salvador; y iii) comentarios sobre el proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura por la Comisión (véase [A/CN.4/L.872](#)).

i) Naturaleza del sistema jurídico salvadoreño

Las características del sistema jurídico salvadoreño no se rigen por el sistema del *common law*, puesto que se encuentra basado en el sistema de derecho escrito, de conformidad al cual las normas son desarrolladas previamente por el legislador, en congruencia con el principio de seguridad jurídica que se preserva en el artículo 1 de la Constitución de la República.

En este sentido, el ordenamiento jurídico nacional se encuentra conformado por un conjunto de normas producidas por las diferentes fuentes que operan en él, y de las cuales la costumbre no constituye fuente principal de derecho interno.

Sin embargo, existen áreas específicas en las que expresamente se permite su utilización, tales como el derecho privado, social o comercial. Un ejemplo de esto es la regulación contemplada en el artículo 2 del Código Civil, el cual establece que: “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

En todo caso, debido a la naturaleza que reviste el sistema jurídico salvadoreño, no existe mayor pronunciamiento sobre la formación y vinculación de la costumbre jurídica; aunque ello no obsta para que, dentro de la jurisprudencia de tribunales como la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sí se haya reconocido la importancia y vinculación del derecho internacional consuetudinario.

ii) Reconocimiento del derecho internacional consuetudinario a partir de la jurisprudencia de los tribunales nacionales de El Salvador

Tal como se ha afirmado anteriormente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha determinado en su reciente jurisprudencia el reconocimiento al derecho internacional consuetudinario y sus efectos en cuanto a la vinculación que adquiere el Estado salvadoreño respecto de distintas obligaciones comprendidas en él.

Un ejemplo ha sido la sentencia sobre el proceso de inconstitucionalidad número 73-2013, de fecha 1 de agosto de 2016, en la cual, refiriéndose a las disposiciones contempladas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, ha sostenido que: “los conceptos aprobados, consignados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que apropiadamente ha sido llamada la constitución de los océanos, [...] **son considerados ya por la doctrina y los tribunales judiciales y arbitrales derecho internacional consuetudinario de validez universal**. Dicha Convención ha dado gran impulso al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho de gentes, a la vez que a la realización de un orden económico internacional justo y equitativo que tenga en cuenta los intereses y necesidades de toda la humanidad y, en particular, los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo, sean ribereños o sin litoral”.

Adicionalmente, en otras materias, la referida Sala también ha pronunciado su reconocimiento a la validez universal que posee el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en la sentencia número 44-2013/145-

2013, de fecha 13 de julio de 2016, la Sala consideró que: “[...] las ‘garantías fundamentales’ de ‘trato humano’, [...] a fin de garantizar la protección de la vida y demás derechos fundamentales de la población civil y de las personas especialmente protegidas en el marco de los conflictos armados internos, **constituyen obligaciones derivadas de una norma imperativa del derecho internacional consuetudinario** y del derecho internacional humanitario vigente durante el conflicto armado salvadoreño”.

En definitiva, a pesar de que las características del sistema jurídico salvadoreño no hayan posibilitado la profundización jurisprudencial sobre la costumbre y su formación, esto no ha sido obstáculo para que, en el criterio derivado de la citada Sala de lo Constitucional, se hayan realizado importantes consideraciones acerca del valor universal que posee el derecho internacional consuetudinario y el alcance de sus obligaciones.

Israel

[Original: inglés]

Israel asigna gran importancia a la adopción de un enfoque exhaustivo y riguroso para la identificación de las normas consuetudinarias, y aprecia la labor sobre la formulación de un conjunto de conclusiones prácticas y sus comentarios a tal fin.

En este sentido, Israel desea formular las siguientes observaciones no exhaustivas sobre el proyecto de conclusiones.

Actos y declaraciones nacionales como prueba de la práctica de los Estados y la opinio iuris: el carácter definitivo de los actos

Texto actual: El texto actual no incluye el requisito explícito de que los actos sean definitivos y concluyentes para que sirvan de posible fuente del derecho internacional consuetudinario.

Observaciones:

- Como observación general, consideramos que el proyecto de conclusiones y sus comentarios deberían aclarar que los actos (leyes, sentencias, etc.) deben ser definitivos y concluyentes para que puedan considerarse prueba del derecho internacional consuetudinario.
- No querríamos que la Comisión diera la impresión de que actos no definitivos (como proyectos de ley y medidas provisionales) podrían indicar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario.

Modificaciones propuestas:

- Proponemos que, en su caso, el proyecto de conclusiones incluya una aclaración en el sentido de que la práctica y la *opinio iuris* deben basarse en actos **finales, definitivos y concluyentes**.

Países Bajos

[Original: inglés]

El Reino de los Países Bajos considera que se trata de un tema importante, dado que es un aspecto fundamental del uso de las fuentes del derecho internacional. La labor de la Comisión podría contribuir de manera significativa al desarrollo de la práctica.

El proyecto de conclusiones y los comentarios conexos remiten con frecuencia

a la identificación o la determinación de “la existencia y el contenido” del derecho internacional consuetudinario. No resulta claro si para identificar la existencia de una norma se sigue el mismo proceso que para determinar el contenido de esa norma. En nuestra opinión, esto no siempre es así. Por ejemplo, en la determinación del contenido de una norma concreta puede ser necesario tener en cuenta los principios fundamentales del derecho internacional de conformidad con el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, mientras que tal vez esto no ocurra cuando se trata de identificar la existencia de la norma. Consideramos que sería útil incluir explícitamente este extremo en el comentario.

Nueva Zelandia

[Original: inglés]

Cabe esperar que el proyecto de conclusiones sea un punto de referencia útil para los profesionales y otros interesados llamados a identificar y aplicar normas de derecho internacional consuetudinario.

Nueva Zelandia apoya la descripción de los trabajos de la Comisión como “conclusiones”. Nueva Zelandia considera que el proyecto de conclusiones se entiende mejor como representación de los resultados del propio análisis y examen de la Comisión. Por lo tanto, las conclusiones serán una útil guía práctica, pero no tienen de por sí carácter normativo. En opinión de Nueva Zelandia, algunos aspectos del proyecto de conclusiones pueden considerarse desarrollo progresivo más que codificación, y ello debería reflejarse de manera más clara en los comentarios que lo acompañan. Por ejemplo, Nueva Zelandia considera que el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, va más allá de la codificación del derecho existente, y observa a este respecto la ausencia de fundamentos judiciales en el comentario a esta disposición.

Nueva Zelandia agradece los esfuerzos de la Comisión para que los proyectos de conclusión sean concisos y accesibles. No es una tarea fácil. Sin embargo, en ocasiones el deseo de mantener la brevedad y el carácter no excesivamente prescriptivo de los proyectos de conclusión ha dado lugar a declaraciones generales que no siempre ofrecen una orientación clara. Nueva Zelandia entiende que los proyectos de conclusión deben interpretarse en relación con sus comentarios. Sin embargo, el texto de los proyectos de conclusión debería poder sostenerse por sí solo. En varias ocasiones, los comentarios contienen importantes matizaciones del texto general de los proyectos de conclusión. En opinión de Nueva Zelandia, estos elementos deberían incluirse también en el texto de los proyectos de conclusión.

República de Corea

[Original: inglés]

El Gobierno de la República de Corea considera que el proyecto de conclusiones está bien organizado en general y refleja adecuadamente el estado actual del derecho internacional sobre el tema.

Se prevé que los proyectos de conclusión proporcionen directrices autorizadas sobre la identificación y confirmación del derecho internacional consuetudinario para los profesionales de diversos foros jurídicos internos. Para que estas conclusiones sirvan de directrices más eficaces, se requiere un equilibrio adecuado entre la claridad de las normas y la flexibilidad inherente al derecho internacional consuetudinario.

Singapur

[Original: inglés]

Singapur considera que el resultado final de la labor de la Comisión servirá de valiosa orientación práctica para los Estados, los tribunales y cortes internacionales y los profesionales.

Como observación preliminar sobre el proyecto de conclusiones, constatamos la decisión de la Comisión de no incluir un proyecto de conclusión separado sobre su propia labor⁴. Sin embargo, hemos leído con interés el comentario de la Comisión respecto de las circunstancias en que la labor de la Comisión puede tener valor para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, o la ausencia de ella. Singapur considera oportuno que la Comisión aborde la cuestión de su propia labor, dada la creciente atención que se presta a las denominadas “codificaciones no legislativas” que realiza⁵. A medida que se acerca el septuagésimo aniversario de la Comisión en 2018, Singapur espera con interés nuevos debates sobre esta importante cuestión, ya sea en el marco de los trabajos de la Comisión sobre el presente tema o en otro contexto.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Los Estados Unidos consideran que la determinación de si una norma se ha convertido en derecho internacional consuetudinario requiere un análisis riguroso para establecer si se cumplen los estrictos requisitos de constitución: una práctica general y reiterada de los Estados, que estos siguen por el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica. Si bien no existe una fórmula exacta para indicar cuán generalizada y sistemática debe ser la práctica, en general la práctica de los Estados debe ser amplia y virtualmente uniforme, en particular entre los Estados especialmente implicados en la actividad en cuestión (es decir, los Estados especialmente afectados). Este elevado umbral que se exige para demostrar que una determinada norma es derecho internacional consuetudinario es importante para todos los aspectos del análisis o la identificación del derecho internacional consuetudinario.

En este contexto, estamos de acuerdo con muchas de las propuestas incluidas en los proyectos de conclusión y los comentarios. La Comisión y su Relator Especial han elaborado un gran proyecto que ya está contribuyendo a una mejor comprensión de la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, los Estados Unidos siguen teniendo graves preocupaciones con respecto a algunas de las cuestiones abordadas en el proyecto de conclusiones y sus comentarios. Nos preocupan especialmente los proyectos de conclusión y comentarios que consideramos que van más allá del estado actual del derecho internacional, de modo que el resultado se entiende mejor como propuestas de desarrollo progresivo en relación con esas cuestiones. Aunque las recomendaciones relativas al desarrollo progresivo son apropiadas en algunos temas de la Comisión, consideramos que no son aptas para este proyecto, cuya finalidad y valor fundamental, tal como lo entendemos, es proporcionar a quienes no son expertos en derecho internacional, como los jueces de los tribunales

⁴ Véase el párrafo 2) del comentario correspondiente a la quinta parte del proyecto de conclusiones.

⁵ Véase Fernando Lusa Bordin, “Reflections of customary international law: the authority of Codification Conventions and ILC draft articles in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), pág. 535; véase también Natalie Y. Morris-Sharma, “The ILC’s draft articles before the 69th session of the UNGA: a reawakening?”, *Asian Journal of International Law*, vol. 7 (2017), pág. 1.

nacionales, una guía fácil de comprender sobre el marco jurídico establecido relativo a la identificación del derecho internacional consuetudinario⁶. La mezcla de elementos de desarrollo progresivo y normas establecidas en este proyecto corre el riesgo de confundir y equivocar a los lectores y socavar la utilidad, autoridad y credibilidad del producto final. Por consiguiente, recomendamos que se revisen las conclusiones y los comentarios para que se centren exclusivamente en la metodología jurídica consolidada y existente y para que, en particular, no se aparten de las normas establecidas sobre la formación del derecho internacional consuetudinario. En la medida en que la Comisión desee incluir recomendaciones con respecto al desarrollo progresivo en las conclusiones y los comentarios sobre este tema, creemos que es esencial que esas recomendaciones sean claramente identificadas como tales y se distingan de los elementos que reflejan el estado actual del derecho o la metodología jurídica existente.

Aprovechamos esta oportunidad para exponer nuestras preocupaciones más importantes con respecto a los proyectos de conclusión y los comentarios. Señalamos que el hecho de que no se hagan observaciones sobre algún aspecto concreto de los comentarios no debe interpretarse en el sentido de que los Estados Unidos están de acuerdo con él.

III. Observaciones específicas sobre los proyectos de conclusión

A. Segunda parte — Enfoque básico

1. Proyecto de conclusión 2 — Dos elementos constitutivos

Belarús

[Original: ruso]

Compartimos la opinión de que el carácter específico de la formación y la prueba de la existencia de la costumbre en diversas esferas del derecho internacional debe estudiarse utilizando el enfoque estándar de dos elementos para la identificación de los componentes constitutivos de la costumbre internacional (la práctica de los Estados y la *opinio iuris*; proyecto de conclusión 2). En última instancia, esto ayudará a identificar las tendencias generales en la formación y la prueba de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario.

Israel

[Original: inglés]

Aplicación del enfoque de dos elementos

Texto actual:

- En el párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 2 se indica: “Por consiguiente, la identificación de una norma [consuetudinaria] de ese tipo entraña un examen minucioso de las pruebas disponibles para establecer su presencia en un caso determinado”.

⁶ Los Estados Unidos comparten la afirmación realizada por el Relator Especial en su primer informe de que el objetivo de la Comisión “debería ser describir la situación actual del derecho internacional en lo relativo a la formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario, sin perjuicio de lo que pueda ocurrir en el futuro”. Primer informe sobre formación e identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/663), párr. 16.

- El párrafo 5) del comentario del proyecto de conclusión 2 establece que: “El enfoque basado en dos elementos de hecho no excluye un ejercicio de deducción [...]”.

Observaciones y modificaciones propuestas:

- Con respecto al párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 2, consideramos que, dado que el proyecto de conclusión tiene por objeto proporcionar directrices prácticas para la identificación del derecho internacional consuetudinario, es importante aclarar que este proceso debe ser **exhaustivo, empírico y objetivo**, y advertir contra un enfoque informal o no sistemático en la determinación de si existe o no una práctica general aceptada como derecho. En consecuencia, recomendamos que se haga una referencia explícita al estándar de exhaustividad requerido modificando el párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 2, de modo que diga lo siguiente: “Por consiguiente, la identificación de una norma de ese tipo entraña un examen *exhaustivo, empírico y objetivo* de las pruebas disponibles para establecer su presencia en un caso determinado”.
- En cuanto al párrafo 5) del comentario del proyecto de conclusión 2, nos preocupa que el uso del término deducción se interprete en el sentido de que socava la naturaleza empírica del proceso de examen del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, proponemos que se omita la última oración de este párrafo, es decir, que se suprima el texto: “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, o al concluir que posibles normas de derecho internacional forman parte de un ‘régimen indivisible’”.

[Véanse también más abajo las observaciones sobre el proyecto de conclusión 3 y el proyecto de conclusión 14.]

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Los Estados Unidos están de acuerdo en que el enfoque basado en dos elementos “no excluye un ejercicio de deducción”, como se indica en el párrafo 5) del comentario del proyecto de conclusión 2. Sin embargo, nos preocupa que este párrafo no defina adecuadamente las circunstancias en que es apropiado el razonamiento deductivo y cuándo vulneraría la regla enunciada en el proyecto de conclusión 2, es decir, que, para determinar la existencia de una norma consuetudinaria, es necesario cerciorarse de si existe una práctica general que es aceptada como derecho. Recomendamos que se revise el párrafo 5) para poner de relieve que el enfoque deductivo debe utilizarse con cautela a fin de evitar la identificación de supuestas normas de derecho internacional consuetudinario que no se derivan de una práctica general y reiterada de los Estados que estos siguen por considerarla una obligación jurídica.

También creemos que la última frase del párrafo 5), relativa al concepto de un “régimen indivisible”, debe suprimirse. Aunque la Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión en el fallo dictado en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)* para describir la interacción única de tres disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Corte no sugiere que el concepto se aplique de forma general (ni define los criterios de su aplicación). Tampoco existe, que sepamos, ningún fundamento en la práctica de

los Estados que apoye la hipótesis de que los “regímenes indivisibles” constituyen una excepción a los requisitos de una práctica general aceptada como derecho.

Práctica de las organizaciones internacionales

[Véanse también más abajo las observaciones sobre el proyecto de conclusión 4.]

El mismo extremo debería aclararse en el proyecto de conclusión 2, que tendría la siguiente redacción:

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 de los Estados que es aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Deben hacerse los cambios correspondientes en el comentario.

2. Proyecto de conclusión 3 — Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

Belarús

[Véanse también más abajo las observaciones sobre el proyecto de conclusión 8.]

China

[Original: chino]

En primer lugar, los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 3 disponen, respectivamente, que, en lo que respecta a la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario, hay que tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias del caso, y que los dos elementos constitutivos, a saber, la práctica de los Estados y la *opinio iuris*, se han de determinar por separado. China no tiene objeciones a este respecto. No obstante, considerando que el derecho internacional consuetudinario es una fuente importante del derecho internacional, en términos generales, debería aplicarse un enfoque riguroso y sistemático para identificar cuidadosamente las normas pertinentes. China recomienda que se añada un tercer párrafo al proyecto de conclusión 3, que establezca que, en la identificación del derecho internacional consuetudinario, deberá aplicarse un enfoque riguroso y sistemático.

Dinamarca (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

[Original: inglés]

Valoramos y apoyamos los comentarios detallados sobre la naturaleza y la función del segundo elemento constitutivo, es decir, la “aceptación como derecho” (*opinio iuris*). Aunque puede haber casos en que cabría utilizar los mismos medios para establecer los elementos de la práctica y la *opinio iuris* (“de hecho, pueden estar estrechamente relacionados”), sigue siendo necesario evaluar separadamente dichos medios para cada uno de estos dos elementos constitutivos, tal como ahora se indica expresamente en el proyecto de conclusión 3. Como se ha señalado, la *opinio iuris* debe distinguirse de otras motivaciones no jurídicas de los actos, como la cortesía, la conveniencia o el interés político, ya que la práctica motivada únicamente por esas consideraciones no tendría la consideración de norma de derecho internacional

consuetudinario. Por consiguiente, el contexto de la práctica debe analizarse teniendo en cuenta todos los aspectos pertinentes.

Israel

[Original: inglés]

Requisito acumulativo de práctica y opinio iuris

Texto actual: Al definir la *opinio iuris* que debe examinarse para identificar una norma consuetudinaria, el párrafo 7) del comentario del proyecto de conclusión 3 señala que se requiere la *opinio iuris* no solo respecto de los que siguen la práctica, sino también de los que están “en condiciones de reaccionar ante ella”.

Observaciones:

- Las opiniones generales ofrecidas por Estados que *carecen de práctica* con respecto a la norma en cuestión no son pertinentes para el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario. Si la *opinio iuris* solo se expresa en un plano teórico, no es admisible para identificar normas consuetudinarias, ya que la costumbre solo surge tras una práctica suficiente que va acompañada, en cada caso, de la *opinio iuris* del Estado que participa en esa práctica.

Modificación propuesta:

- Quisiéramos sugerir que se suprima el texto al que se hace referencia en el párrafo 7) del comentario del proyecto de conclusión 3 sobre esta cuestión y aclarar en cambio que la *opinio iuris* respecto de una determinada norma solo es pertinente cuando sigue a una práctica del mismo Estado.

Actos y declaraciones nacionales como prueba de la práctica de los Estados y la opinio iuris: representantes autorizados del Estado

Texto actual: Los actuales proyectos de conclusión y sus comentarios, al examinar el peso que debe atribuirse a las declaraciones de los representantes de los Estados, carecen de criterios claros para determinar si esas personas estaban autorizadas para el ejercicio de funciones oficiales, o si las declaraciones fueron realizadas en esa capacidad. Además, el párrafo 5) del comentario del proyecto de conclusión 3 establece que “[l]as declaraciones informales o hechas al calor del momento generalmente tendrán **menos peso** que las que se han estudiado detenidamente” [sin cursiva en el original].

Observaciones:

- En nuestra opinión, el texto actual, cuando trata del peso que se atribuye a las declaraciones formuladas por los representantes del Estado, no tiene plenamente en cuenta la cuestión de la debida autorización de los funcionarios del Estado.
- La redacción actual del párrafo 5) del comentario del proyecto de conclusión 3 no descarta totalmente que declaraciones informales o no autorizadas o declaraciones hechas al calor del momento puedan considerarse práctica u *opinio iuris*, sino que propone que simplemente tengan menos peso. Consideramos que esas declaraciones informales o espontáneas formuladas por funcionarios no pueden utilizarse para establecer la práctica de los Estados o la *opinio iuris* a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario y no deberían tener ningún peso en este sentido. No puede decirse que esas declaraciones, por su propia naturaleza, reflejen la opinión estudiada del Estado que es necesaria a los efectos de la identificación del

derecho internacional consuetudinario y, por tanto, no deben ser parte de un análisis del derecho internacional consuetudinario.

Modificaciones propuestas:

- Consideramos que la Comisión debería dejar claro que las declaraciones de los representantes del Estado solo deben atribuirse al Estado si los representantes están debidamente autorizados y las declaraciones se han realizado a título oficial. Se debe conceder peso a esas declaraciones al mismo tiempo que se tienen en cuenta el contexto pertinente y las circunstancias en que fueron formuladas.
- Además, deseáramos que se revisara el comentario para reflejar que las declaraciones informales, espontáneas o “hechas al calor del momento” por funcionarios del Estado no son suficientes a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario y no deberían tenerse en cuenta en este sentido.

Aplicación del enfoque de dos elementos

Texto actual: Varios párrafos del comentario del proyecto de conclusión 3 se refieren, respectivamente, a la aplicación del enfoque basado en dos elementos con la “necesaria flexibilidad” (párr. 2)), teniendo en cuenta los “principios fundamentales del derecho internacional” (párr. 3)) y “ajustando” los medios consultados a la situación (párr. 3)), y a que la “naturaleza de la norma” es pertinente a la hora de examinar “distintos tipos” de medios de prueba en relación con el enfoque de dos elementos (párr. 4)).

Observaciones y modificaciones propuestas:

- Con respecto a los párrafos 2), 3) y 4) del comentario del proyecto de conclusión 3 antes mencionado, consideramos que la redacción no es suficientemente precisa y, en particular, puede malinterpretarse en el sentido de diluir la exhaustividad y el rigor necesarios para aplicar el enfoque de dos elementos en la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria, que se aplica por igual a todos los ámbitos del derecho internacional. Por lo tanto, proponemos que se supriman las palabras “necesaria flexibilidad” en el párrafo 2), y se modifique el párrafo 3) para que diga que el tipo de medios consultados debe “examinarse”, en lugar de “ajustarse”, “teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la situación”. Además, con respecto a la referencia a los “principios fundamentales del derecho internacional” en el párrafo 3), cabe observar que esos principios pueden ser pertinentes para determinar el *contenido o alcance* de una norma examinada (como en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, citada en la nota 265 del comentario), pero no para identificación efectiva de la *existencia* de una norma consuetudinaria (es decir, la prueba de la práctica y la *opinio iuris*). En consecuencia, recomendamos que se omita la oración relativa a los principios fundamentales del párrafo 3).
- Por último, con respecto al párrafo 4), si bien aceptamos que la naturaleza de una norma es importante al examinar los distintos tipos de medios de prueba, creemos que este concepto solo es pertinente con respecto a las normas que establecen prohibiciones en las que puede ser necesario demostrar la inacción más que la acción. Proponemos que se modifique el párrafo en consecuencia para especificar y limitar su pertinencia a las normas que por su propia naturaleza establecen prohibiciones.

[Véanse también más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 3 y más abajo las relativas al proyecto de conclusión 14.]

Países Bajos

[Original: inglés]

En el párrafo 4) del comentario del proyecto de conclusión 3 se establece que “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”. En la medida en que esta declaración se refiere a normas que establecen prohibiciones que ya existen, opinamos que la expresión “práctica afirmativa del Estado” es preferible a “práctica positiva del Estado”. Observamos que esa práctica afirmativa del Estado puede incluir la condena por un Estado del comportamiento de otro Estado que se considera una violación de una norma vigente de derecho internacional consuetudinario.

[Véanse también más arriba las observaciones que figuran en la sección de comentarios generales.]

B. Tercera parte — Una práctica general

1. Proyecto de conclusión 4 — Requisito de la práctica

Austria

[Original: inglés]

Austria desearía referirse especialmente al papel de las organizaciones internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario.

En su opinión, el actual texto del proyecto de conclusiones no refleja suficientemente la creciente participación de las organizaciones internacionales universales y regionales en las relaciones internacionales y, por lo tanto, también en la formación del derecho internacional consuetudinario. El proyecto de conclusiones solo se refiere a la práctica de las organizaciones internacionales de forma muy limitada, en la medida en que el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, establece: “En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”.

Las actividades de las organizaciones internacionales son indispensables para el buen desarrollo de las relaciones internacionales e incluso para las relaciones entre los Estados, y los Estados a menudo dependen de esas actividades. Las organizaciones internacionales incluso actúan en ámbitos previamente reservados a los Estados, de lo que se desprende que, en algunos casos, actos que con anterioridad realizaban los Estados y constituían práctica pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario actualmente los llevan a cabo organizaciones internacionales. Este cambio se refiere sobre todo, aunque no exclusivamente, a las organizaciones internacionales a las que los Estados han conferido derechos soberanos, como sucede específicamente con las organizaciones supranacionales.

Las actividades de las organizaciones internacionales realizadas en el marco de sus competencias y atribuibles a ellas pueden considerarse como práctica que afecta a la formación del derecho internacional consuetudinario. Dichas actividades se llevan a cabo no solo en las esferas del derecho internacional que afectan exclusivamente a las organizaciones internacionales, sino también en relación con normas aplicables a las organizaciones internacionales y los Estados donde las actividades de ambos actores tienen características comunes. Las normas elaboradas sobre la base de la práctica de las organizaciones internacionales no solo son aplicables a las organizaciones

internacionales, sino también a los Estados. Esto se aplica, por ejemplo, a las operaciones de carácter militar. Durante esas operaciones, las organizaciones internacionales aplican el derecho internacional humanitario y pueden contribuir a la formación de nuevas normas de derecho internacional consuetudinario en esa esfera si sus actividades van acompañadas de *opinio iuris*. Las mismas consideraciones se aplican, por ejemplo, a la administración de territorios por organizaciones internacionales o a las funciones ejercidas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en el marco de su mandato internacional. No hay razón para suponer que las normas resultantes de la práctica a que han contribuido las organizaciones internacionales o el CICR no se conviertan en normas de derecho internacional consuetudinario, aplicable tanto a los Estados como a las organizaciones internacionales.

Sin embargo, el proyecto de conclusiones no refleja esa función de las organizaciones internacionales. Por este motivo, la expresión introductoria “en algunos casos” que figura en el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, debería detallarse más, ya que el texto actual no proporciona orientación para determinar las situaciones en las que la práctica de las organizaciones internacionales tiene repercusiones en la formación del derecho internacional consuetudinario.

Belarús

[Original: ruso]

La práctica de los Estados en lo que respecta a la formación de la costumbre internacional (proyecto de conclusión 4, párrafo 1) debe entenderse en el sentido de que se refiere a la acción y la inacción de los Estados, incluido en el contexto de las organizaciones internacionales.

En el párrafo 6) del comentario del proyecto de conclusión 4, habría que indicar claramente si los actos de las organizaciones internacionales son funcionalmente equivalentes a los de los Estados. Los actos de las organizaciones internacionales intergubernamentales solo deberían tenerse en cuenta a los efectos de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario en la medida en que se refieran a la práctica de los Estados que actúan en el marco de esas organizaciones, principalmente en sus órganos representativos, no en sus secretarías, los órganos creados en virtud de tratados y otros similares.

Convendría incluir una definición detallada del término “organización internacional”, para que el proyecto de conclusiones pueda utilizarse sin referencia a otras fuentes.

Sería útil examinar en qué medida la práctica de los Estados que actúan en el marco de organizaciones internacionales afecta a la formación del derecho internacional consuetudinario (teniendo igualmente en cuenta las opiniones expresadas por la doctrina sobre la “artificialidad” de esa práctica). Deben estudiarse más a fondo la naturaleza específica y las consecuencias jurídicas de la “aceptación tácita” por un Estado de una práctica constituida en el seno de las organizaciones internacionales, en particular cuando los instrumentos constitutivos de esas organizaciones están sujetos a la “interpretación dinámica” de otros Estados o de las secretarías.

Dinamarca (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

[Original: inglés]

En cuanto a la función de las organizaciones internacionales y el valor de sus resoluciones: compartimos la opinión expresada en el proyecto de conclusión 4 de

que, en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales puede contribuir a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario o ser la expresión de esas normas. Ello es especialmente cierto en los casos en que esas organizaciones han sido facultadas por los Estados miembros para ejercer competencias en su nombre.

Israel

[Original: inglés]

Estados como principales actores del derecho internacional consuetudinario

Texto actual: El proyecto de conclusión 4, párrafo 2, dispone que “[e]n algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”.

Observaciones:

- Por regla general, el derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario, **lo crean casi exclusivamente los Estados**. Por lo tanto, en general, ninguna práctica u *opinio iuris* de otras entidades, como las organizaciones internacionales, debería servir de base para la identificación del derecho internacional consuetudinario.
- Aunque consideramos que este principio, así como la primacía del papel de los Estados en relación con la función de las organizaciones internacionales, se explica debidamente en el comentario del proyecto de conclusiones, los proyectos de conclusión específicos, y en particular el proyecto de conclusión 4, no siempre reflejan adecuadamente esta importante distinción.
- Dada la importancia de evitar la impresión de que la práctica de las organizaciones internacionales puede servir como base para la identificación del derecho internacional consuetudinario en un sentido más general, consideramos que en el mismo proyecto de conclusión 4 debería constatarse el hecho de que se refiere a situaciones más limitadas relacionadas con la práctica atribuida a las propias organizaciones internacionales y no a los Estados miembros que actúan en su seno.

Modificaciones propuestas:

- Teniendo en cuenta lo anterior, proponemos que se aclare *en el texto* del proyecto de conclusión 4 que, si bien las organizaciones internacionales pueden, en determinadas circunstancias, servir como actores importantes para identificar el derecho internacional consuetudinario, esto solo se aplica con respecto a la práctica atribuida a las propias organizaciones internacionales (más que a los Estados que las integran) y en un número limitado de situaciones:
- **Funcionamiento interno de las organizaciones internacionales** – Las organizaciones internacionales pueden contribuir a la formación y la expresión del derecho internacional consuetudinario en cuestiones relativas a su funcionamiento interno (como su gobernanza interna) y en determinadas circunstancias en asuntos relativos a las relaciones de las organizaciones internacionales con los Estados (pero no con respecto a cuestiones que, en última instancia, quedan bajo la potestad exclusiva de los Estados, como las inmunidades otorgadas de conformidad con la legislación nacional). En estos casos, los obligados por ese derecho internacional consuetudinario solo pueden ser las organizaciones internacionales y no los Estados.
- **Transferencia de competencia exclusiva a organizaciones internacionales por sus Estados miembros** – La práctica y la *opinio iuris* de las organizaciones

internacionales pueden contribuir a la identificación de derecho internacional consuetudinario relativo a cuestiones sobre las que ejercen competencia exclusiva expresamente delegada en ellas por los Estados miembros (como la Unión Europea), tal como se aclara en el comentario del proyecto de conclusión 4.

Países Bajos

[Original: inglés]

No podemos dejar de señalar que el papel de las organizaciones internacionales en relación con la formación y la identificación del derecho internacional ha sido una cuestión controvertida en la redacción de las conclusiones sobre este tema. En nuestra opinión, las organizaciones internacionales pueden desempeñar esa función, y la desempeñan, por derecho propio. Por consiguiente, valoramos positivamente la inclusión del proyecto de conclusión 4, párrafo 2, que refleja esta postura. La posibilidad de que las organizaciones internacionales contribuyan a la formación o expresión del derecho internacional consuetudinario es una consecuencia de su condición de personas jurídicas internacionales, independientes de sus Estados miembros.

El proyecto de conclusión 4, párrafo 2, limita la función que desempeña la práctica de las organizaciones internacionales en la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario a “algunos casos”. En el comentario se sugiere que estos casos son (exclusivamente) los siguientes: a) cuando los Estados miembros han transferido competencias exclusivas a la organización internacional, o b) en algunos supuestos, cuando los Estados miembros no han transferido competencias exclusivas, pero han conferido a la organización internacional atribuciones que son funcionalmente equivalentes a las competencias ejercidas por los Estados.

Si es la personalidad jurídica internacional independiente de una organización internacional lo que determina que esa organización pueda desempeñar un papel en la formación e identificación del derecho internacional, no está claro por qué dicho papel debe limitarse a estos dos casos. El fundamento jurídico de esa limitación sigue estando poco claro. En realidad, sugiere una visión de las organizaciones internacionales como simples agentes de los Estados en lugar de actores internacionales por derecho propio, y pone en tela de juicio la idea de la personalidad jurídica internacional de dichas organizaciones.

En general, los actuales proyectos de conclusión y comentarios dejan sin resolver una serie de cuestiones relativas a la función de las organizaciones internacionales en la formación y la expresión del derecho internacional consuetudinario. Proponemos que esta cuestión se formule con más detalle en el comentario. En particular, sería útil que se abordara la cuestión de cómo distinguir la práctica de la organización de la práctica de los Estados dentro de ella, así como el modo de identificar la *opinio iuris* de las organizaciones internacionales.

El párrafo 8) del comentario de este proyecto de conclusión establece que, “[p]or regla general, cuanto más directamente se ejerza la práctica de 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”. Proponemos que se suprima esa frase, ya que no refleja adecuadamente el hecho de que este párrafo se refiere a la práctica de organizaciones internacionales que tienen personalidad jurídica internacional distinta de la de sus Estados miembros. Esta personalidad jurídica separada impide tener en cuenta el número de Estados miembros a la hora de valorar la práctica de una organización internacional. Sin embargo, estamos de acuerdo con el comentario de que un factor pertinente para evaluar la

práctica de una organización internacional es la naturaleza de la organización, en particular si la organización es de carácter universal o no.

Nueva Zelandia

[Original: inglés]

Proyecto de conclusión 4, párrafos 1 y 2: la práctica de las organizaciones internacionales

Nueva Zelandia tiene algunas dudas acerca del proyecto de conclusión 4, párrafos 1 y 2, y su relación con el proyecto de conclusión 12.

El proyecto de conclusión 4, párrafo 1, dispone que es “principalmente” la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario. Como se señala en el comentario que lo acompaña, la palabra “principalmente” indica que no solo la práctica de los Estados es pertinente y remite al lector al proyecto de conclusión 4, párrafo 2. A su vez, el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, establece que “en ciertas circunstancias” la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario.

Nueva Zelandia considera que la tesis de que la práctica de los Estados que integran una organización internacional pueda contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario no plantea ninguna dificultad. También está de acuerdo con la afirmación que figura en el proyecto de conclusión 12 de que se puede hacer referencia a las resoluciones o decisiones aprobadas por las organizaciones internacionales como elemento de prueba para establecer la existencia o el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, Nueva Zelandia es prudente en lo que respecta a la afirmación del proyecto de conclusión 4, párrafo 2, de que la práctica de una organización internacional en sí misma pueda contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario. Nueva Zelandia considera que la base conceptual de ese planteamiento no se ha articulado con claridad en el proyecto de conclusión ni en su comentario. En los informes del Relator Especial figuran diversas justificaciones divergentes de tratadistas sin dar una indicación clara de cuál de ellas es preferible. Si bien Nueva Zelandia reconoce la situación especial de la Unión Europea, es precavida con respecto a los intentos de extraer conclusiones generales de ese ejemplo limitado.

En ausencia de una base conceptual clara, es muy difícil determinar en qué “ciertas circunstancias” sería de aplicación el proyecto de conclusión 4, párrafo 2. Las que figuran en el comentario parecen incluir las dos siguientes:

- a) Circunstancias en que la práctica de una organización internacional se ejerce en nombre de sus Estados miembros, incluso mediante la transferencia de competencias exclusivas⁷; y, en el otro extremo del espectro,
- b) Circunstancias en que una organización internacional actúa de manera independiente en el ejercicio de sus funciones operacionales⁸.

Además, los factores enunciados en el párrafo 8) del comentario son difíciles de armonizar con el tratamiento que se da a las resoluciones aprobadas por las organizaciones internacionales en el proyecto de conclusión 12. Una decisión del Consejo de Seguridad plasmada en una resolución, ¿es la suma de la práctica de los

⁷ Comentario, párrs. 5) y 8).

⁸ Comentario, párrs. 6), 7) y 8).

Estados miembros que lo integran, que contribuye a la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario conforme al proyecto de conclusión 4, párrafo 1?, ¿es la práctica de las Naciones Unidas, que contribuye a la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario conforme al proyecto de conclusión 4, párrafo 2?, ¿o es, simplemente, un elemento de prueba para establecer la existencia de tal norma conforme al proyecto de conclusión 12?

Nueva Zelanda considera que debería prestarse más atención a este aspecto del proyecto de conclusiones. A juicio de Nueva Zelanda, el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, solo debe mantenerse si las “ciertas circunstancias” en que la práctica de una organización internacional puede contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario se articulan con más claridad en el texto del propio proyecto de conclusión. En este sentido, Nueva Zelanda hace notar, en particular, su opinión de que la práctica de una organización internacional no puede contribuir a la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario a menos que esté autorizada por las funciones y atribuciones jurídicas de esa organización; haya sido generalmente aceptada a lo largo del tiempo por los Estados miembros de la organización; y la norma de derecho internacional consuetudinario sea una norma a la que quedaría sujeta la propia organización internacional.

Proyecto de conclusión 4, párrafo 3: la práctica de los actores no estatales

Nueva Zelanda está de acuerdo con la conclusión relativa a la práctica de los actores no estatales que figura en el proyecto de conclusión 4, párrafo 3, conforme se trata en los párrafos 9) y 10) del comentario.

[Véanse también las observaciones que figuran más arriba, en la sección de observaciones generales.]

Singapur

[Original: inglés]

Singapur está de acuerdo con el principio general de que “es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario”⁹. Por consiguiente, Singapur también está de acuerdo en que la conducta de los actores no estatales, como las organizaciones no gubernamentales, las empresas transnacionales y las personas físicas, no constituye una práctica que contribuya a la formación o a la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario¹⁰.

Sin embargo, la referencia a “[e]n algunos casos” en el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, se debería modificar para que dijera “[e]n casos limitados”. La expresión “casos limitados” reflejaría con más exactitud la descripción de la Comisión de las circunstancias en que la práctica de las organizaciones internacionales puede contribuir a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario¹¹.

Los comentarios también deberían poner de relieve que el motivo de que la práctica de una organización internacional pueda contribuir al derecho internacional consuetudinario en esos casos limitados es que, en tales supuestos, la práctica de las organizaciones internacionales *refleja la práctica de los Estados*. Este énfasis estaría en consonancia con lo que se indica en el proyecto de conclusión 4, párrafo 1.

⁹ Véase el proyecto de conclusión 4, párr. 1.

¹⁰ Véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3.

¹¹ Véanse los párrafos 5) a 8) del comentario que acompaña al proyecto de conclusión 4.

Con respecto al párrafo 10) del comentario, Singapur no está en desacuerdo con la posición general que en él se enuncia. Sin embargo, teniendo en cuenta que se pretende que el proyecto de conclusiones sea de aplicación general, la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de remitir a las declaraciones y publicaciones del CICR en el contexto del párrafo 9) del comentario.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Práctica de las organizaciones internacionales

Los Estados Unidos consideran que el proyecto de conclusión 4 (Requisito de la práctica) es una declaración inexacta del estado actual del derecho en la medida en que sugiere que la práctica de entidades distintas de los Estados contribuye a la formación del derecho internacional consuetudinario. En particular, la afirmación que figura en el párrafo 1 de que “es *principalmente* la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario” (sin cursiva en el original) sugiere de manera inexacta que entidades distintas de los Estados contribuyen a la formación del derecho internacional consuetudinario de la misma manera que los Estados. Además, la afirmación que figura en el párrafo 2 de que “[e]n algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario” sugiere de manera inexacta que las organizaciones internacionales pueden contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario de la misma manera que los Estados.

Es incontrovertible que el derecho internacional consuetudinario es resultado de la práctica general y constante de los *Estados*, que estos siguen con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica. Este requisito básico se refleja desde hace tiempo en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹². También se refleja en la práctica de los Estados en sus propias declaraciones sobre los elementos necesarios para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario¹³.

¹² Véanse, por ejemplo, *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial págs. 276 y 277; *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 42 y 43, párrs. 73 y 74; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 97 y 98, párrs. 183 a 186; *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, y pág. 143, párr. 101.

¹³ Véanse, por ejemplo, John B. Bellinger III y William J. Haynes II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866 (2007), pág. 444; Acuerdo de Asociación Transpacífico, Auckland, 4 de febrero de 2016, anexo 9-A (“Las Partes confirman su común entendimiento de que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en el artículo 9.6 (Nivel mínimo de trato) resulta de una práctica general y constante de los Estados, que estos siguen con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica”) (que refleja la opinión común de Australia, Brunei Darussalam, el Canadá, Chile, los Estados Unidos de América, el Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, el Perú, Singapur y Viet Nam); Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, Washington, D.C., 5 de agosto de 2004, anexo 10-B (Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana); Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Marruecos, Washington, D.C., 15 de junio de 2004, anexo 10-A; Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Mar del Plata, 4 de noviembre de 2005, anexo A; Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Omán, Washington, D.C., 19 de enero de 2006,

El proyecto de conclusión 4 se desvía de esta interpretación establecida del requisito de la práctica al afirmar que la práctica de las organizaciones internacionales —entendida como distinta de la práctica de los Estados miembros que las integran— en algunos casos puede contribuir de forma similar a la formación del derecho internacional consuetudinario. No hay un apoyo similar a esta afirmación en la práctica y la *opinio iuris* de los Estados, ni en otras fuentes autorizadas, y tampoco se cita apoyo alguno en el comentario del proyecto de conclusión 4¹⁴. Por el contrario, varios Estados han rechazado de forma explícita esta afirmación en sus declaraciones ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, y otros han expresado dudas o solo parecen apoyar ese tipo de función en el caso de ciertas organizaciones internacionales¹⁵.

Por consiguiente, la afirmación que figura en el proyecto de conclusión con respecto a que la práctica de las organizaciones internacionales en sí desempeña un papel directo en la formación del derecho internacional consuetudinario solo puede entenderse como una propuesta de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional. Como ya se ha señalado, creemos que esas propuestas no son adecuadas para este proyecto, cuyo principal valor consiste en depurar y aclarar la legislación vigente para quienes no son expertos en derecho internacional, incluidos jueces y juristas a nivel nacional. Si, a pesar de todo, estas afirmaciones se mantienen, creemos que es esencial que estén claramente marcadas como propuestas de desarrollo progresivo, a fin de no dar a los lectores la impresión errónea de que tienen por objeto reflejar el estado del derecho tal como está establecido en su forma actual.

Sin embargo, aun si se entienden como una propuesta de desarrollo progresivo del derecho internacional consuetudinario, los Estados Unidos no creen que las afirmaciones que figuran en el proyecto de conclusión 4 que sugieren que las organizaciones internacionales desempeñan un papel directo en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario estén debidamente explicadas y elaboradas de modo que ofrezcan a los Estados una base útil para evaluar su fundamento. En este sentido, nos preocupan al menos cinco aspectos.

La primera forma en que la afirmación de que la práctica de las organizaciones internacionales contribuye a la formación y la expresión del derecho internacional consuetudinario no está debidamente elaborada tiene que ver con cuándo tienen lugar esas contribuciones. En el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, se indica que “[e]n algunos casos”, la práctica de las organizaciones internacionales contribuye a la

anexo 10-A; Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, Washington, D.C., 22 de noviembre de 2006, anexo 10-A; Tratado de Promoción Comercial entre Panamá y los Estados Unidos, Washington, D.C., 28 de junio de 2007, anexo 10-A; Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos y la República de Corea, Washington, D.C., 30 de junio de 2007, anexo 11-A; Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Rwanda sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Kigali, 19 de febrero de 2008, anexo A.

¹⁴ De hecho, los únicos casos que se citan en el comentario sobre esta cuestión ponen de manifiesto que es de la práctica de los Estados de donde se deriva el derecho internacional consuetudinario. Véanse *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 97, párr. 183, y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 143, párr. 101.

¹⁵ Véanse, por ejemplo, las declaraciones realizadas en 2016 por Israel (*A/C.6/71/SR.22*, párr. 39), México (*ibid.*, párr. 22) y la Federación de Rusia (*A/C.6/71/SR.21*, párr. 49); las declaraciones realizadas en 2015 y 2016 por la Argentina (*A/C.6/70/SR.23*, párr. 70, y *A/C.6/71/SR.22*, párr. 75); la declaración realizada en 2014 por Malasia (*A/C.6/69/SR.27*, párr. 44) y la declaración realizada en 2014 por Noruega en nombre de los países nórdicos (*A/C.6/69/SR.25*, párr. 130). Véase también la declaración de la Unión Europea (*A/C.6/71/SR.20*, párr. 45).

formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, ni en el proyecto de conclusión ni en el comentario se define plenamente cuáles son esos casos. En cambio, el comentario afirma que, cuando los Estados miembros han transferido competencias exclusivas a una organización internacional, la práctica de la organización se plantea “más claramente”; cuando los Estados solamente han conferido competencias que son funcionalmente equivalentes a las de los Estados, la práctica de la organización “puede plantearse, en algunos casos [sin definir]”; y cuando los Estados no han hecho lo uno ni lo otro, es “poco probable” que la práctica de la organización sea pertinente. Sin embargo, incluso cuando los Estados otorgan a una organización internacional competencias amplias similares a las de los Estados, rara vez, si alguna, lo hacen autorizando de forma expresa a la organización a ejercer las facultades de los Estados miembros a fin de generar una práctica a los efectos del derecho internacional consuetudinario. Dado que los mandatos de las organizaciones internacionales por lo general se negocian exhaustivamente en los tratados, nos preocuparía una interpretación novedosa del derecho internacional que pudiera ampliar, de manera implícita y retroactiva, los mandatos de las organizaciones internacionales de esta forma poco clara. Además, señalamos que en el comentario no se cita ningún respaldo jurídico para el enfoque expresado en él con respecto a las tres categorías de práctica de las organizaciones internacionales que se abordan.

La segunda forma en que la afirmación no está debidamente elaborada consiste en que los proyectos de conclusión y el comentario no abordan cómo se determinaría la *opinio iuris* de una organización internacional. Si en algún caso la práctica de una organización internacional contribuyera de forma directa a la formación o expresión del derecho internacional consuetudinario, esto solo ocurriría si la organización internacional siguiera la práctica en cuestión convencida de que tiene la obligación jurídica de hacerlo. Véase, en este sentido, el proyecto de conclusión 9. La cuestión que se plantea es cómo determinar si una organización internacional tiene la *opinio iuris* necesaria. ¿Se trata de la *opinio iuris* del secretario general (o equivalente), de la secretaria, de todos los Estados miembros o de un subconjunto de ellos? Esta cuestión fundamental no se aborda en el proyecto de conclusiones ni en el comentario y, como se ha señalado más arriba, según nuestra experiencia, tampoco se trata de forma expresa en los mandatos de las organizaciones internacionales.

La tercera forma en que la afirmación no está debidamente elaborada se refiere al hecho de que no se articulan los tipos de conducta de las organizaciones internacionales que podrían constituir práctica a los efectos del proyecto de conclusión 4. Las organizaciones internacionales son muy distintas de los Estados en el sentido de que están creadas e integradas por Estados, y no se rigen por la separación de poderes. Por lo tanto, no todas las formas de práctica estatal que se examinan en el proyecto de conclusión 6 tienen un equivalente claro en las actividades de las organizaciones internacionales.

La cuarta forma en que la afirmación no está debidamente elaborada tiene que ver con las consecuencias que tendría para un análisis tradicional decir que la práctica de algunas organizaciones internacionales, o de todas ellas, contribuye a la creación o expresión del derecho internacional consuetudinario. Una consecuencia sería que, en algunas circunstancias, la contribución de la práctica de las organizaciones internacionales podría ser tal que permitiera concluir la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, aunque un análisis de la práctica y la *opinio iuris* de los Estados, por sí solo, indicara que la norma no ha alcanzado la categoría de costumbre. Lo contrario también podría ser cierto, es decir, la práctica y la *opinio iuris* de los Estados podrían determinar que cierto acto es una norma de derecho internacional consuetudinario, conclusión que podría quedar excluida por la práctica contraria de las organizaciones internacionales. Los Estados Unidos no creen que

exista respaldo para ninguna de estas importantes consecuencias del planteamiento que figura en el proyecto de conclusión 4, párrafo 2.

La quinta forma en que la afirmación no está debidamente elaborada es que no se examina cuál es el alcance concreto que debe tener la práctica para que se considere pertinente a los efectos de realizar un análisis del derecho internacional consuetudinario. La práctica de *todos* los Estados es pertinente para determinar si existe una práctica de los Estados que sea general y constante, y el hecho de que el número de Estados sea inferior a 200 simplifica la tarea de analizar su práctica. En cambio, el texto de la Comisión no explica cómo se aplicaría ese enfoque con respecto a las organizaciones internacionales. De hecho, consideramos que el enfoque de la Comisión causa confusión innecesariamente al dar a entender que, cada vez que se analiza la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario analizar no solo la práctica de los Estados, sino también la práctica de cientos, si no miles, de organizaciones internacionales con competencias y mandatos muy diferentes.

Por último, los Estados Unidos consideran que el contenido del párrafo 8) del comentario demuestra por qué es mejor reconocer que la práctica de los Estados que integran las organizaciones internacionales es la práctica (con *opinio iuris*) que contribuye a la formación y la expresión de la costumbre, y no la práctica de la organización internacional como tal. En ese párrafo se afirma que, al valorar la práctica de una organización internacional, se debe tener en cuenta el número de Estados miembros y su reacción ante la práctica de la organización internacional, y también si la práctica de la organización se lleva a cabo en nombre de los Estados miembros, si los Estados miembros han respaldado la práctica y si la práctica está en consonancia con la de los Estados miembros. Dicho de otro modo, para determinar qué valor tiene la práctica de la organización internacional, el examen debe dirigirse, a través de la organización internacional, hacia sus Estados miembros. Creemos que, como se sugiere en el párrafo 8), lo realmente pertinente es la práctica y la *opinio iuris* de los propios Estados miembros, y no la práctica de la organización internacional.

Por estas razones, creemos que el proyecto de conclusión 4 debería modificarse como sigue:

Conclusión 4

Requisito de 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.~~

2. El comportamiento de otros actores, como las organizaciones internacionales, 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~~ refiere el párrafo 1.

Deben hacerse los cambios correspondientes en el comentario.

También indicamos aquí los cambios que recomendamos introducir en el párrafo 10) del comentario del proyecto de conclusión 4, en el que se examina la función del

CICR. Si bien reconocemos el importante papel del CICR previsto en los Convenios de Ginebra de 1949, el párrafo podría ser más coherente con la primacía de los Estados en el desarrollo y la determinación del derecho internacional humanitario consuetudinario. En particular, recomendamos evitar la afirmación de que las declaraciones del CICR pueden “configurar” la práctica de los Estados en respuesta a tales declaraciones, expresión que no se utiliza con respecto a ningún otro actor no estatal y, además, parece incongruente con la última oración del párrafo. (En el comentario quizás se podría mencionar que el CICR puede “alentar” a los Estados a actuar de ciertas maneras.) Las reacciones de los Estados a esas declaraciones deben considerarse en consonancia con lo que se dice en los párrafos anteriores del comentario de esta conclusión.

Además, observamos que los Estados han expresado preocupación al CICR por el hecho de que la información sobre la práctica pertinente que este facilita a veces no refleja con exactitud la práctica real de los Estados. En general, el CICR no pide a los Estados que participen en la preparación de las publicaciones que describen la práctica de estos, como su estudio sobre *El derecho internacional humanitario consuetudinario* y sus comentarios de los Convenios de Ginebra. Los observadores externos, que no están tan familiarizados con los matices de la práctica y los procedimientos internos de los Estados, pueden malinterpretar la información facilitada por el CICR sobre las declaraciones o la práctica de esos Estados, o entender de forma incorrecta que los documentos a los que el CICR hace referencia constituyen opiniones oficiales de los Gobiernos¹⁶. El uso de la palabra “registros” en el comentario al hablar de las publicaciones del CICR también puede contribuir a la confusión al sugerir que esas publicaciones son un mero registro de la práctica de los Estados, en lugar de contener el resumen y la caracterización que el CICR hace de ella, que es lo que suele ocurrir. Por estas razones, recomendamos tener en cuenta que los Estados han expresado preocupación por la exactitud o la caracterización de esa información, y proponemos modificar la última parte de la primera oración del párrafo 10) para que diga lo siguiente: “y las publicaciones del CICR pueden ayudar a determinar la práctica pertinente (aunque sea preferible examinar directamente la práctica de cada Estado)”. Por ejemplo, los Estados Unidos han señalado, en sus observaciones acerca del proyecto de conclusiones de la Comisión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, que el proyecto de comentario malinterpreta sin querer la práctica de los Estados Unidos al basarse en la caracterización de esta práctica que el CICR hace en su estudio sobre *El derecho internacional humanitario consuetudinario*.

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 2.]

2. Proyecto de conclusión 5 – Comportamiento del Estado como práctica del Estado

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

A los Estados Unidos les preocupa la afirmación, contenida en el párrafo 5) del comentario del proyecto de conclusión 5, de que “[l]a práctica ha de ser de dominio

¹⁶ John B. Bellinger III y William J. Haynes II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866 (2007), pág. 447 (“Finalmente, el Estudio no distingue a menudo entre las publicaciones militares internas, promulgadas únicamente para fines de formación o similares, y las redactadas y aprobadas como declaraciones oficiales de los Gobiernos. Y esto a pesar de que algunas de las publicaciones citadas insertan la advertencia de que no representan necesariamente la postura oficial del Gobierno en cuestión.”).

público o al menos darse a conocer a otros Estados para contribuir a la formación e identificación de normas de derecho internacional consuetudinario”. La afirmación no indica qué significa el supuesto requisito de que la práctica sea “de dominio público”, y tampoco se aporta ningún fundamento que la respalde. En nuestra opinión, el hecho de que la práctica pudiera no ser “de dominio público” o no ser conocida por algunos no excluye su pertinencia para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. Por esta razón, sugerimos que la oración se suprima o se modifique en consecuencia.

3. Proyecto de conclusión 6 – Formas de práctica

Austria

[Original: inglés]

Los proyectos de conclusión 6 a 8 se refieren solo a la práctica de los Estados, pero el proyecto de conclusión 6 (“Formas de práctica”) parece abordar la práctica en general. Estos proyectos de conclusión también deben abarcar la práctica de las organizaciones internacionales.

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 4.]

Belarús

[Original: ruso]

Con respecto al proyecto de conclusión 6, párrafo 2, y al proyecto de conclusión 10, párrafo 2, cabe señalar que la práctica y la *opinio iuris* de los Estados distan de ser siempre coherentes y fáciles de determinar. En buena medida, ello se debe a que no toda la práctica de los Estados es de conocimiento público. Por lo tanto, al determinar si existe una costumbre internacional se debe distinguir entre el comportamiento observado de un Estado, que es conocido por el público en general, y las actividades realizadas de forma no pública, como las comunicaciones confidenciales a través de la correspondencia diplomática y las consultas privadas entre Estados. En cuanto a la práctica de las organizaciones internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario, sería más productivo tener en cuenta las actividades de los Estados miembros de esas organizaciones, en lugar de la práctica de las propias organizaciones internacionales, que son sujetos secundarios del derecho internacional.

El Salvador

[Original: español]

Formas de práctica (proyecto de conclusión 6)

Aunque se afirma que la práctica consuetudinaria puede adoptar muy diversas formas, El Salvador considera que, de hecho, la cuestión no puede ceñirse a una lista taxativa que nombre tales manifestaciones, pues lo esencial es la identificación de que, en tal práctica reiterada, existe el elemento relativo a la convicción jurídica.

En este sentido, la Sala de lo Constitucional antes mencionada ha hecho alusión a la vinculación que existe entre las declaraciones internacionales y la costumbre, al manifestar que: “las declaraciones anticipan una *opinio iuris* (conciencia de obligatoriedad) a la que la práctica de los Estados debe adecuarse, con miras a cristalizar, a mediano o largo plazo, una costumbre internacional [...] **las declaraciones internacionales, aunque no sean obligatorias, sí contribuyen significativamente a la formación de fuentes obligatorias del derecho**”

internacional, ya sea adelantando la convicción de obligatoriedad de una determinada práctica estatal, o bien incitando la elaboración de un tratado a partir de ciertas recomendaciones” (sentencia de inconstitucionalidad 26-2006, de 12 de marzo de 2007).

Por otro lado, respecto al proyecto de conclusión 6, párrafo 1, la redacción de la frase “en determinadas circunstancias” resulta poco efectiva. En este sentido, es importante recordar que la inacción, en tanto realizada con la convicción jurídica, puede devenir siempre en una forma de práctica.

Israel

[Original: inglés]

La inacción como práctica

Texto actual: El proyecto de conclusión 6, párrafo 1, establece que la práctica “puede, en determinadas circunstancias, incluir la inacción”.

Observaciones:

- Con respecto a lo que se indica en el proyecto de conclusión sobre si la inacción puede servir como indicador de la práctica de los Estados, quisiéramos que se aclarara en el texto del proyecto de conclusión que la inacción solo puede tenerse en cuenta como práctica cuando es **deliberada**. Aunque este elemento se refleja adecuadamente en el comentario (véase, por ejemplo, el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 6), a veces los proyectos de conclusión propiamente dichos no reflejan plenamente esta posición, que consideramos de importancia suficiente para justificar una mención específica.
- Además, si bien el proyecto de conclusión sobre la *opinio iuris* que figura en la cuarta parte se aplicaría igualmente a la práctica que revista la forma de inacción deliberada, consideramos que se debe mencionar específicamente en el comentario del proyecto de conclusión 6 que la inacción se tiene que derivar del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica consuetudinaria, en vista del carácter singular y complejo de la inacción como posible fuente de derecho internacional consuetudinario.

Modificaciones propuestas:

- Además de calificar la inacción como “deliberada” en el propio proyecto de conclusión, consideramos que el comentario debería explicar con más detalle que la inacción deliberada a que se hace referencia debe provenir del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica consuetudinaria, y no de consideraciones diplomáticas, políticas o estratégicas u otras razones extrajurídicas, las cuales, aun siendo deliberadas, no deben considerarse como práctica de los Estados a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario. Este enfoque también se refleja con claridad en algunos fallos de la Corte Internacional de Justicia, que distinguen entre la conducta del Estado que obedece al convencimiento de la existencia de una obligación jurídica consuetudinaria y la que no se deriva de esa obligación¹⁷.

¹⁷ *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, págs. 3 y ss., en especial párr. 77.

Actos y declaraciones nacionales como prueba de la práctica de los Estados y la opinio iuris: las decisiones de los tribunales nacionales superiores

Texto actual: Según el proyecto de conclusión, las decisiones de los tribunales nacionales pueden considerarse una forma de práctica estatal (proyecto de conclusión 6, párr. 2) y una forma de prueba de la *opinio iuris* (proyecto de conclusión 10, párr. 2).

Observaciones:

- Quisiéramos destacar que, en general, las decisiones de los tribunales nacionales *superiores* son pertinentes solo como prueba secundaria de la práctica del Estado o la *opinio iuris* (como en la descripción fáctica de la conducta o la opinión jurídica del Estado en un caso determinado), y solo constituirían práctica u *opinio iuris por sí mismas* si el asunto en cuestión se refiere a la conducta o la opinión de los órganos judiciales (como la desestimación de una demanda por razón de inmunidad).
- Además, en lo que respecta a las decisiones de los tribunales nacionales, consideramos —en consonancia con la observación anterior— que solo deberían tenerse en cuenta, o considerarse reflejo de la opinión judicial del Estado en cuestión, las decisiones últimas y definitivas de los tribunales *superiores* (es decir, aquellas que agotan todas las vías de recurso).
- En este contexto, quisiéramos señalar que, en términos generales, es más probable que los conocimientos sobre la interpretación y aplicación del derecho internacional, que es un factor importante para la identificación del derecho internacional consuetudinario, sean mayores en el caso de los tribunales nacionales superiores que en el de los inferiores.

Modificaciones propuestas:

- Consideramos que el proyecto de conclusión debe aclarar de forma inequívoca que solo deberían tenerse en cuenta, o considerarse reflejo de la opinión jurídica del Estado en cuestión, las decisiones últimas y definitivas de los tribunales superiores (es decir, aquellas que agotan todas las vías de recurso).
- Además, como ya se ha dicho, sugerimos que en el proyecto de conclusión se aclare que las decisiones de los tribunales nacionales superiores solo constituyen práctica u *opinio iuris* por sí mismas, en lugar de ser simples pruebas de la práctica del Estado o la *opinio iuris*, si el asunto en cuestión se refiere a la conducta o la opinión de los órganos judiciales.

Actos verbales

Texto actual: El proyecto de conclusión 6 indica que la práctica “comprende tanto actos materiales como verbales”, y el párrafo 2 del comentario se refiere a la función de los actos verbales en cuanto práctica.

Observaciones y modificaciones propuestas:

- En nuestra opinión, el proyecto de conclusión 6 no refleja correctamente que el derecho internacional consuetudinario se ocupa de forma muy mayoritaria de los actos materiales, y raramente del comportamiento verbal. Los actos verbales solo pueden considerarse práctica, en lugar de servir como prueba de la práctica, en los pocos casos en que ellos mismos cumplen una norma o la vulneran (por ejemplo, la amenaza del uso de la fuerza en violación del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas).
- Por ello, proponemos que se modifique la redacción de la segunda oración del proyecto de conclusión 6 para que diga lo siguiente: “Comprende actos

materiales y, *en ocasiones*, actos verbales”. Asimismo, sugerimos modificar la redacción del párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 6 para que diga lo siguiente: “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. *Las palabras ‘en ocasiones’ ponen de relieve que se debe proceder con cautela al considerar el comportamiento verbal como práctica.* Si bien *el enfoque más común* es 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 *cuando esa conducta en sí misma se rige por la presunta norma consuetudinaria*”.

Países Bajos

[Original: inglés]

El párrafo 1 de este proyecto de conclusión establece que la práctica puede, en determinadas circunstancias, incluir la inacción. El comentario de este proyecto de conclusión aclara que las palabras “en determinadas circunstancias” tratan de advertir de que solo el abstenerse deliberadamente de actuar puede cumplir esa función. Consideramos que esta aclaración es muy importante. Por tanto, proponemos que el requisito de que la inacción tiene que ser deliberada se refleje en el texto del proyecto de conclusión, y no solo en el comentario.

Nueva Zelandia

[Original: inglés]

Proyecto de conclusión 6, párrafo 1: la inacción como “práctica”

Nueva Zelandia comparte las dudas expresadas por algunos Estados sobre la medida en que la “inacción” puede constituir práctica a los efectos de la formación o la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario.

Nueva Zelandia observa que en el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 6 se menciona que las palabras “en determinadas circunstancias” del proyecto de conclusión 6, párrafo 1, confirman 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” (sin cursiva en el original).

En opinión de Nueva Zelandia, se trata de una puntualización importante que sería mejor reflejar en el texto del propio proyecto de conclusión. Esto sería coherente con el tratamiento de la falta de reacción en el contexto de la *opinio iuris* que figura en el proyecto de conclusión 10, párrafo 3.

Proyecto de conclusión 6, párrafo 2: las decisiones de los tribunales nacionales como “práctica”

Nueva Zelandia observa que en el párrafo 6) del comentario del proyecto de conclusión 6 se menciona que es “probable” que se dé mayor peso a las decisiones de los tribunales superiores; y que las decisiones que hayan sido revocadas “difícilmente” se considerarán pertinentes al valorar la práctica de los Estados.

Nueva Zelandia está de acuerdo en que debe examinarse cuidadosamente el lugar que ocupa un tribunal en la jerarquía judicial nacional al valorar si una decisión de ese tribunal puede considerarse práctica estatal. En general, Nueva Zelandia entiende que solo las decisiones de los tribunales superiores tendrían el peso

suficiente para ser consideradas práctica estatal a los efectos de la formación o la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Nueva Zelanda advierte del peligro de basarse en las decisiones de los tribunales inferiores, o en decisiones aisladas que carezcan del debido fundamento. A juicio de Nueva Zelanda, es muy difícil imaginar una situación en que una decisión anulada por un tribunal superior se pudiera seguir considerando práctica estatal en este contexto.

República de Corea

[Original: inglés]

A este respecto, el Gobierno de la República de Corea desea formular observaciones sobre la relación existente entre el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 y el párrafo 2 del proyecto de conclusión 10. Es natural que haya un solapamiento considerable entre las formas de práctica estatal enumeradas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 y las formas de prueba de la aceptación como derecho que figuran en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 10, puesto que, en la mayoría de los casos, la aceptación como derecho se debe establecer a través del comportamiento de los Estados o de la documentación sobre la materia. Por lo tanto, a fin de evitar cualquier posible confusión, tal vez sea necesario buscar la coherencia en el uso de los términos, así como en el orden en que se mencionan en ambas conclusiones. También puede ser necesario incluir una explicación para aclarar las discrepancias, cuando las haya.

Por ejemplo, en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 10 no se indica que los “actos legislativos y administrativos” puedan servir de prueba de la aceptación como derecho, mientras que en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 no se indica que las “declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados” puedan considerarse como forma de práctica de los Estados; en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 10 no figuran los actos diplomáticos, mientras que en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 se habla de “los actos y la correspondencia diplomáticos”.

Singapur

[Original: inglés]

En el proyecto de conclusión 6, párrafo 1, se indica que la práctica “puede, en determinadas circunstancias, incluir la inacción”. En el párrafo 3) del comentario correspondiente se explica que “las palabras ‘en determinadas circunstancias’ tratan de advertir de que solo el abstenerse deliberadamente de actuar puede cumplir esa función [y de que] el Estado en cuestión debe ser consciente de su no actuación en una situación determinada”.

En aras de la claridad, Singapur propone que el concepto de abstenerse deliberadamente de actuar se incorpore al texto del propio proyecto de conclusión 6, párrafo 1. Concretamente, tal vez la Comisión desee considerar la posibilidad de sustituir la expresión “inacción” por “abstención deliberada de actuar”.

Singapur desea añadir que la determinación de qué constituye una abstención “deliberada” es, en última instancia, un ejercicio fáctico que dependerá de todas las circunstancias del caso. A este respecto, Singapur hace notar la conclusión del Relator Especial de que “[a]un más que otras formas de práctica, a veces la inacción puede ser difícil de identificar y calificar”¹⁸.

¹⁸ Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/682), párr. 20.

Para que no haya dudas, destacamos que toda inacción, o abstención deliberada de actuar, que se utilice para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario debe ir acompañada de *opinio iuris*. Esto está en consonancia con el requisito general que figura en el proyecto de conclusión 9 de que un elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario es que la práctica general sea aceptada como derecho. Esto podría consistir en la aceptación por el Estado de que el derecho internacional exige su inacción. En otros casos, podría consistir en que el Estado tenga la convicción de que no es necesario que actúe ni reaccione porque la práctica del otro Estado es compatible con el derecho internacional.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

La inacción

Los Estados Unidos comparten las preocupaciones expresadas por muchos Estados en sus declaraciones ante la Sexta Comisión de la Asamblea General en 2016 sobre las circunstancias en que la inacción del Estado debería considerarse práctica de los Estados o prueba de *opinio iuris* a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario. Estamos de acuerdo en que hay que proceder con gran precaución debido a que hay muchos factores y motivos diferentes que pueden llevar a un Estado a no actuar, sobre todo en el ámbito internacional.

En lo que se refiere a la inacción como práctica estatal, estamos de acuerdo con la afirmación que figura en el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 6 de que “solo el abstenerse deliberadamente de actuar puede” servir como práctica estatal. Por consiguiente, para que la inacción de un Estado se pueda considerar práctica estatal, se tiene que demostrar que el Estado tenía pleno conocimiento de los hechos y se abstuvo deliberadamente de actuar. Sin embargo, los Estados Unidos consideran que se deben introducir tres cambios en este párrafo del comentario, para subrayar las limitadas circunstancias en que la inacción constituye práctica estatal. En primer lugar, para reflejar la dificultad que, correctamente, impone esta norma, los Estados Unidos consideran que debe agregarse una tercera oración al párrafo 3) con la siguiente redacción: “Se reconoce que esta abstención deliberada de actuar puede ser difícil de demostrar, y no se debe presumir su existencia”. En segundo lugar, se debe añadir la expresión “en su caso” a la frase que sigue, para dejar claro que los ejemplos mencionados de omisiones que pueden constituir práctica estatal solo constituyen tal práctica si se cumple la condición antes citada de que la abstención sea deliberada. En tercer lugar, se debería suprimir el último ejemplo (“abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”), dado que hay tantas razones ajenas al derecho internacional consuetudinario por las que un Estado puede abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza (entre ellas, razones basadas en tratados y en políticas) que es poco probable que pudiera demostrarse que un Estado lo hizo por el convencimiento de estar obligado por el derecho internacional consuetudinario.

Por tanto, el párrafo 3) tendría la redacción siguiente:

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. Se reconoce que esta abstención delibera de actuar puede ser difícil de demostrar, y no se debe presumir su existencia. Entre los ejemplos de esas omisiones (denominadas a veces “práctica negativa”) cabe citar, en su caso, abstenerse de entablar acciones penales y abstenerse de ejercer la protección en

favor de determinadas personas naturalizadas; ~~y abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.~~ [Se omite la nota de pie de página.]

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 10.]

Otras cuestiones

Los Estados Unidos están de acuerdo en que la práctica de los Estados puede revestir una gran variedad de formas, como se indica en el proyecto de conclusión 6. Sin embargo, nos preocupa que la estructura de este proyecto de conclusión pueda inducir a error a los lectores en dos aspectos.

En primer lugar, consideramos que debería modificarse el primer párrafo del proyecto de conclusión añadiendo “puede” en la segunda oración, tanto para mantener la coherencia con las oraciones primera y tercera, que incluyen la palabra “puede”, como para subrayar que debe valorarse cada acto de un Estado a fin de determinar si constituye una práctica pertinente a los efectos de un análisis concreto del derecho internacional consuetudinario.

En segundo lugar, los Estados Unidos consideran que se debería cambiar el orden en que figuran los ejemplos de formas de práctica estatal en el párrafo 2 del proyecto de conclusión. Si bien el párrafo 5) del comentario dice que el orden en que se enumeran las formas de práctica en el párrafo 2 no obedece a intención alguna, creemos que, de todas formas, es preferible comenzar con la práctica más orientada a la acción, ya que suele ser la forma de práctica con más peso probatorio. Un cambio de orden también puede ayudar al lector a distinguir entre la práctica y la *opinio iuris*, ya que es más probable que las declaraciones transmitan la segunda¹⁹.

Por tanto, los Estados Unidos proponen que el proyecto de conclusión 6 tenga la redacción siguiente:

Conclusión 6

Formas de práctica

1. La práctica puede revestir una gran variedad de formas. Puede comprender 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~~ el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento en operaciones “sobre el terreno”; los actos legislativos y administrativos; las decisiones de los tribunales nacionales; los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con los tratados; y el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.
3. No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica.

En el mismo sentido, sugerimos que se perfeccione el proyecto de comentario sobre el párrafo 3 a fin de ofrecer más orientación a los juristas en lo que respecta a

¹⁹ Véase el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 10.

la valoración de las distintas formas de práctica. Como señalaron los Estados Unidos en su respuesta al estudio del CICR sobre *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, “[s]i bien es cierto que los manuales [militares] pueden ser un importante indicador de la conducta de los Estados y de la *opinio iuris*, no podrían reemplazar a una evaluación pertinente de la práctica operacional del Estado en sus operaciones militares efectivas”²⁰. Por lo tanto, proponemos que en el comentario se indique que la conducta operacional efectiva suele ser la forma de práctica estatal con más peso probatorio.

4. Proyecto de conclusión 7 – Valoración de la práctica de un Estado

Austria

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 6.]

Israel

[Original: inglés]

Práctica no constante de un Estado determinado

Texto actual: El proyecto de conclusión 7, párrafo 2, establece que “[e]n los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, se podrá otorgar menos peso a esa práctica”. En el párrafo 4) del comentario se añade que, en tales situaciones, “la contribución de ese Estado al elemento de la ‘práctica general’ podrá reducirse o incluso desaparecer”.

Observaciones y modificaciones propuestas:

- Nos preocupa que el texto mencionado pueda inducir a error en el sentido de que la falta de constancia en la práctica de un determinado Estado, lejos de reducir o eliminar su peso en la evaluación de si existe una norma consuetudinaria, puede ser una prueba importante de que los Estados no se consideran obligados a actuar de una forma determinada. Para evitar esta interpretación, creemos que deberían suprimirse el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, y el párrafo 4) del comentario; o, en su defecto, proponemos reformular el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, para que diga: “[e]n los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, *el peso que se otorgue a esa práctica dependerá de las circunstancias*”. En tal caso, también proponemos que se reformule el párrafo 4) del comentario del proyecto de conclusión 7 para que diga: “...la contribución de ese Estado al elemento de la ‘práctica general’ puede ser una indicación de que considera que no existe ninguna norma consuetudinaria al respecto”.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

A los Estados Unidos les preocupa que el párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 pueda interpretarse erróneamente en el sentido de sugerir que, cuando haya variaciones en la práctica de un Estado, se le otorgará menos peso que a la práctica de otros Estados con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Es posible que un Estado cuya práctica varía no apoye una norma determinada en la misma medida en que un Estado cuya práctica la respalda de manera constante. Sin embargo, decir que la práctica del primer Estado tiene menos peso que la del segundo parece

²⁰ John B. Bellinger III y William J. Haynes II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866 (2007), pág. 445.

incompatible con el principio de la igualdad soberana de los Estados. Simplemente, el “peso” del primero se aplica en apoyo de una norma jurídica distinta, o de la ausencia de una norma. Por este motivo, proponemos que se modifique el párrafo 2 para que diga lo siguiente:

2. En los casos en que la práctica de un determinado Estado en relación con una supuesta norma varíe, ~~se podrá otorgar menos peso a esa práctica~~ dicha práctica contribuirá en menor medida a la conclusión de que esa norma de derecho consuetudinario existe que cuando la práctica del Estado es constante en relación con la supuesta norma.

5. Proyecto de conclusión 8 — La práctica ha de ser general

Austria

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 6.]

Belarús

[Original: ruso]

La práctica de los Estados es fundamental a la hora de valorar los medios para establecer los dos elementos constitutivos (proyecto de conclusión 3), aunque en algunos ámbitos del derecho internacional, en especial el derecho internacional humanitario y el derecho internacional del espacio ultraterrestre, tal vez no sea tan importante que exista un largo historial de práctica estable (proyecto de conclusión 8). Aun así, es prematuro prescindir por completo del criterio de la duración, como podría deducirse del proyecto de conclusión 8.

China

[Original: chino]

En segundo lugar, en el proyecto de conclusión 8 se establece que, para que se considere general, la práctica pertinente de los Estados debe ser representativa. En el comentario se indica que debe tenerse en cuenta “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”. A juicio de China, con ello se asume, en esencia, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre esta cuestión, en la que se hace hincapié en el importante papel de los “Estados especialmente afectados” en la identificación del derecho internacional consuetudinario. Debe tenerse plenamente en cuenta la práctica de cualquier país, ya sea grande o pequeño, rico o pobre, fuerte o débil, siempre que ese país tenga un interés concreto y una influencia real en la formación de las normas en un ámbito específico. En su calidad de “Estados especialmente afectados”, esos países pueden desempeñar una función en la formulación de las normas de derecho internacional consuetudinario. China recomienda que el contenido de los comentarios de los proyectos de conclusión 8 y 9 se amplíe en ese sentido y se haga hincapié en que debe tenerse más en cuenta la práctica y la *opinio iuris* de los “Estados especialmente afectados”.

Israel

[Original: inglés]

*Estados especialmente afectados y práctica general**Texto actual:*

- Según el proyecto de conclusión 8, párrafo 1, la práctica debe ser “general”, es decir, “suficientemente extendida y representativa, además de constante”. En el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 8 se señala que no se requiere un seguimiento universal.
- Al definir la necesidad de que la práctica pertinente sea general, el proyecto de conclusión 8 no incluye ninguna referencia al concepto ya consagrado de “Estados especialmente afectados”. En el comentario sí se hace alguna referencia a los Estados especialmente afectados, pero no se establece que su práctica y *opinio iuris* **deben** existir para que evolucione la costumbre, ni se insiste lo suficiente en la importancia de dar mayor peso a los Estados especialmente afectados al examinar la práctica de los Estados y la *opinio iuris*.
- Por último, en el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 8 se establece lo siguiente: “Deben seguirla los Estados que hayan tenido la oportunidad o la posibilidad de aplicar la supuesta norma”.

Observaciones:

- Con respecto a la necesidad de que la práctica sea “general” en términos más amplios, consideramos que el proyecto actual no refleja adecuadamente el elevado umbral que debe alcanzar la práctica de los Estados para identificar una norma como derecho consuetudinario. Si bien, como se señala en el comentario, el número y la distribución de los Estados no pueden determinarse en abstracto, a nuestro juicio es evidente que el número de Estados que siguen la práctica, acompañada de *opinio iuris*, debe ser decisiva y considerablemente mayor que el número de Estados que no la siguen, y que el comentario debería ajustarse más a la redacción y el espíritu de las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte*, en las que no solo se requiere que la práctica esté extendida y sea representativa, sino también que sea “virtualmente uniforme”.
- Con respecto al concepto de Estados especialmente afectados, se acepta ampliamente que esos Estados son cruciales para la formación y, en consecuencia, la identificación de las normas consuetudinarias. En los casos en que la suma de la práctica y la *opinio iuris* de los Estados especialmente afectados no está en consonancia con la norma propuesta, o no existe con respecto a esa norma (por ejemplo, porque no puede identificarse práctica alguna de los Estados especialmente afectados), ello debe servir de prueba de que no existe tal norma. Este enfoque se refleja también en el párrafo 74 del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*.
- Además, la práctica y la *opinio iuris* de los Estados especialmente afectados no solo son elementos indispensables para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, sino que debe darse a la práctica y *opinio iuris* de esos Estados un peso considerablemente mayor que a la práctica de otros Estados.
- En cuanto a la referencia que se hace, en el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 8, a los Estados que tienen la oportunidad o la posibilidad de aplicar la supuesta norma examinada, nos preocupa que, aunque no sea esa la intención del comentario, dicha referencia pueda interpretarse

erróneamente en el sentido de que, en el proceso de determinación del carácter consuetudinario de la norma examinada, deba tenerse en cuenta incluso a los Estados que carecen por completo de práctica con respecto a dicha norma, siempre que estos tengan la oportunidad o la posibilidad de aplicarla. Como se menciona más arriba en la sección 3, la inacción puede ser pertinente como práctica solo en determinadas circunstancias, mientras que la redacción del párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 8 podría interpretarse erróneamente en el sentido de que la inacción de esos Estados es automáticamente relevante aun cuando no sea deliberada y no se derive del convencimiento de que se trata de una obligación consuetudinaria.

Modificaciones propuestas:

- Proponemos que se modifique el proyecto de conclusión 8, párrafo 1, a fin de reflejar mejor el elevado umbral que debe alcanzar la práctica de los Estados, y que quede redactado de la siguiente manera: “La práctica pertinente ha de ser general, es decir, *extendida* y representativa, además de constante y *virtualmente uniforme*. Debe incluir la práctica de los Estados especialmente afectados”.
- También creemos que los proyectos de conclusión 8 y 9 deberían modificarse para reflejar adecuadamente el concepto esencial y ya consagrado de “Estados especialmente afectados” y establecer que: a) la práctica solo es suficientemente general cuando incluye tanto la práctica como la *opinio iuris* de los Estados especialmente afectados (de lo contrario, no existe ninguna norma consuetudinaria); y b) en el proceso de identificación de la norma consuetudinaria debe darse mayor peso a la práctica y la *opinio iuris* de los Estados especialmente afectados. Sugerimos que se modifique el comentario en consecuencia, en particular el párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 8, a fin de destacar y explicar mejor la importancia de la práctica y la *opinio iuris* de los Estados especialmente afectados en el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario.
- En relación con la observación que figura más arriba sobre el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 8, proponemos que se modifique dicho párrafo para que quede redactado de la siguiente manera: “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. *Sin embargo, es evidente que el número de Estados que siguen la práctica debe ser clara y decisivamente mayor que el número de Estados pertinentes que no siguen dicha práctica*”.
- En este contexto, también consideramos que el párrafo 4) del comentario del proyecto de conclusión 8, en el que se señala que, “en muchos casos, todos o casi todos los Estados se verán igualmente afectados”, debería modificarse para evitar exageraciones. Proponemos que se modifique ese párrafo para que quede redactado de la siguiente manera: “En *algunos* casos, todos o casi todos los Estados se verán igualmente *afectados*. *En los casos pertinentes, sin embargo, se debe dar mayor peso a la práctica de los Estados que se vean más afectados*”.
- Por último, en relación con los Estados que siguen la práctica mencionados en el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 8, proponemos que se suprima esa oración o se aclare que la inacción de los Estados que tienen la oportunidad o la posibilidad de aplicar la supuesta norma solo es pertinente cuando es deliberada y va acompañada de *opinio iuris*.

[Véanse también más abajo las observaciones sobre el proyecto de conclusión 15.]

Países Bajos

[Original: inglés]

Tomamos nota de que en el comentario del proyecto de conclusión 8 se hace referencia a los Estados especialmente afectados, pero no se define claramente el papel de esos Estados. A nuestro juicio, debería precisarse la importancia de los Estados especialmente afectados en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. Como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*, “es 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*, fuera a la vez amplia y virtualmente uniforme” (sin cursiva en el original).

Sugerimos que se incluya una referencia a los Estados especialmente afectados en los proyectos de conclusión 8 y 9, y no únicamente en el comentario. Más concretamente, proponemos que en los proyectos de conclusión se deje constancia de que la práctica y la *opinio iuris* de esos Estados son elementos indispensables para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Además, proponemos que se indique expresamente que se debe dar más peso a la práctica y *opinio iuris* de esos Estados que a la de otros Estados.

Singapur

[Original: inglés]

En el párrafo 9) del comentario correspondiente, la Comisión aclara que no existe la “costumbre instantánea” y que debe transcurrir cierto tiempo para que surja una práctica general.

Singapur está de acuerdo y considera que esa opinión refleja la *lex lata*. Para que el comentario ofrezca más orientación a los Estados, los tribunales y cortes internacionales y los profesionales, la Comisión tal vez desee incluir en el comentario una referencia o una explicación sobre los orígenes del concepto de “costumbre instantánea”²¹. Sería útil hacerlo, habida cuenta en particular de que este concepto tampoco se ha tratado ampliamente en los cuatro informes del Relator Especial.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Los Estados Unidos siguen considerando que el proyecto de conclusión 8 debería definir más claramente la cantidad y calidad de la práctica de los Estados que se requiere para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. No creemos que el término “suficientemente” que figura en el primer párrafo del proyecto de conclusión sea adecuado para ese fin: de hecho, plantea la cuestión de qué grado de práctica extendida y representativa es “suficiente” para que se cumpla ese criterio. En su lugar, el proyecto de conclusión debería incorporar el criterio de la práctica “amplia y virtualmente uniforme” enunciado por la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte*²², ampliamente reconocido por los Estados como el umbral que generalmente debe alcanzarse para demostrar la existencia de una norma consuetudinaria.

Los Estados Unidos también consideran que en el texto del proyecto de conclusión debería abordarse el importante papel de los Estados especialmente

²¹ Véase Bin Cheng, “United Nations resolutions on outer space: ‘Instant’ customary international law?”, *Indian Journal of International Law*, vol. 5 (1965), págs. 23 a 48.

²² *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 43, párr. 74.

afectados. La exigencia de que se tenga en cuenta la práctica de los Estados especialmente afectados forma parte del criterio establecido en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*²³. Además, como se señala en el párrafo 4) del comentario, “[e]s evidente que sería poco práctico” determinar la existencia o el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario sin tener en cuenta la práctica de los Estados más implicados en la actividad en cuestión. Además, aunque en el párrafo 4) y en la nota de pie de página 297 del comentario se hace referencia de pasada a los Estados especialmente afectados, consideramos que el proyecto de conclusiones y los comentarios pueden inducir a confusión al definir en el proyecto de conclusión qué se entiende por práctica “general” sin hacer referencia a los Estados especialmente afectados, pero sugerir luego, en el párrafo 4) del comentario, que su práctica es “un importante factor” y utilizar solo la expresión “especialmente afectados” en una nota de pie de página.

Por último, los Estados Unidos consideran que el proyecto de conclusión 8 debería reconocer explícitamente que, a la hora de evaluar si una norma es derecho internacional consuetudinario, debe tenerse en cuenta la práctica de los Estados que no corrobora la supuesta norma²⁴. Es fundamental que se dé suficiente peso a la

²³ *Ibid.* (“[E]s 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, fuera a la vez amplia y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada y que, además, se haya producido de tal modo que muestre un reconocimiento general de la existencia de una norma de derecho u obligación jurídica”).

²⁴ Véase, por ejemplo, *The Case of the S.S. “Lotus”, P.C.I.J., serie A, núm. 10 (1927)*, págs. 28 y 29 (“[B]asta con señalar que las decisiones citadas a veces respaldan una opinión y a veces la contraria ... [H]abida cuenta de que la jurisprudencia nacional está, pues, dividida, difícilmente puede considerarse un indicio de la existencia de la norma restrictiva de derecho internacional que, por sí sola, podría servir de base a la afirmación del Gobierno de Francia”); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 266 y ss., en especial págs. 311 y 312 (opinión disidente del Vicepresidente Schwebel) (“Una manera de superar la antinomia entre la práctica y los principios sería dejar de lado la práctica. Eso es lo que hacen quienes sostienen que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares es ilegal en toda circunstancia. ... La práctica de los Estados demuestra que estos han venido fabricando y desplegando armas nucleares desde hace unos 50 años; que el despliegue de tales armas encierra una amenaza de posible empleo; y que la comunidad internacional, mediante tratados y mediante medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lejos de proscribir el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares en toda circunstancia, ha reconocido expresa o tácitamente que en ciertas circunstancias se pueden emplear armas nucleares o se puede amenazar con usarlas”); *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 277 (“Los hechos puestos en conocimiento de la Corte revelan tantas incertidumbres y contradicciones, tantas fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio del asilo diplomático y en las opiniones oficiales expresadas en diversas ocasiones, ha habido tanta falta de coherencia en la rápida sucesión de convenciones sobre el asilo, ratificadas por algunos Estados y rechazadas por otros, y la práctica se ha visto tan influida por consideraciones de conveniencia política en los distintos casos, que no es posible discernir en ellos un uso constante y uniforme, aceptado como derecho, en lo que respecta a la supuesta norma de la calificación unilateral y definitiva del delito”); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial págs. 134 y 135, párr. 77 (“En opinión de la Corte, la práctica de los Estados en forma de decisiones judiciales demuestra que el Estado sigue gozando, en el marco de los procedimientos civiles, de inmunidad por *acta iure imperii* en los casos de actos con resultado de muerte, lesiones corporales o daños materiales cometidos por las fuerzas armadas y otros órganos del Estado en el marco de un conflicto armado, aun cuando los actos en cuestión se produzcan en el territorio del Estado del foro. Esa práctica va acompañada de *opinio iuris*, como demuestran las posiciones adoptadas por diversos Estados y la jurisprudencia de varios tribunales nacionales, que han indicado claramente que consideraban que el derecho internacional consuetudinario exigía el reconocimiento de esa inmunidad. La ausencia casi total de jurisprudencia en sentido contrario también es significativa, como lo es la ausencia de declaraciones de los Estados, tanto en relación con la labor de la Comisión de Derecho

“práctica negativa”²⁵. Así como la búsqueda de pruebas en contrario para refutar una hipótesis es una práctica metodológica sólida, que forma parte del método científico, el examen de las pruebas en contrario debería formar parte también de la metodología para identificar el derecho internacional consuetudinario.

Por estos motivos, los Estados Unidos consideran que el proyecto de conclusión 8 debería quedar redactado de la siguiente manera:

Conclusión 8

La práctica ha de ser general

1. La práctica pertinente ha de ser general, es decir, debe ser por lo general amplia y virtualmente uniforme, suficientemente extendida y representativa, además de constante en particular entre los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados.
2. No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general.
3. Deben tenerse en cuenta las pruebas de una práctica contraria, es decir, una práctica que ponga de manifiesto una posible interpretación distinta del derecho.

Deben hacerse los cambios correspondientes en el comentario. Por ejemplo, en el párrafo 4) del comentario del proyecto de conclusión 8 sería útil explicar con más detalle por qué es importante tener en cuenta “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”. En particular, que es probable que la cantidad y calidad de la práctica de los Estados especialmente implicados en la actividad en cuestión sea “considerablemente mayor” que la práctica de los Estados que no tienen una experiencia considerable en la materia²⁶.

Internacional sobre la inmunidad del Estado y la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas como en cualquier otro contexto de que la Corte ha podido tener conocimiento, en el sentido de que el derecho internacional consuetudinario no impone la inmunidad en esos casos”).

²⁵ John B. Bellinger, III y William J. Haynes II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866 (2007), pág. 445 (“En cuarto lugar, aunque en el estudio se reconoce, en principio, la importancia de la práctica negativa, especialmente entre los Estados que no son partes en los tratados en cuestión, en algunos casos significativos no se le otorga la importancia que merece”).

²⁶ John B. Bellinger, III y William J. Haynes II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866 (2007), págs. 445 y 446; véase también Theodor Meron, “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, vol. 90 (1996), págs. 235 a 249 (“Me resulta difícil aceptar la opinión que se ha esgrimido en algunas ocasiones de que todos los Estados, cualquiera que sea su situación geográfica, poder militar e intereses, entre otros factores, tengan un papel igual en este ámbito. La beligerancia es solo uno de los factores. Podemos sin duda extraer más enseñanzas sobre el derecho consuetudinario en materia de neutralidad de la práctica y la opinión de Suiza, por ejemplo, como Estado neutral, que de la práctica de los Estados que no suscriben una política de neutralidad y no han seguido ninguna práctica nacional en la materia. La práctica de los ‘Estados especialmente afectados’ (como las potencias nucleares, otras grandes potencias militares y los Estados ocupantes y ocupados) que tienen un historial de declaraciones, práctica y políticas es particularmente reveladora. No pretendo cuestionar la igualdad de los Estados, sino simplemente reconocer la mayor participación de algunos Estados en el desarrollo del derecho de la guerra, no solo mediante la

C. Cuarta parte — Aceptada como derecho (*opinio iuris*)

1. Proyecto de conclusión 9 — Requisito de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)

Belarús

[Original: ruso]

Cualquier comportamiento de un Estado que indique que está aplicando una norma de derecho internacional consuetudinario pese a tener que renunciar a algunas ventajas y beneficios es una forma de prueba de la aceptación de la norma como derecho. Este aspecto debería incluirse en el proyecto de conclusión 9.

China

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 8.]

Israel

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 8.]

Países Bajos

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 8.]

Singapur

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 6.]

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Opinio iuris y “derechos”

Los Estados Unidos observan que, históricamente, la práctica de los Estados que contribuye a la formación del derecho internacional consuetudinario ha sido descrita a menudo como la práctica que se sigue por “el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica”²⁷. El proyecto de conclusiones y los comentarios amplían esta definición para incluir la práctica que se sigue con el convencimiento de la existencia de un derecho. En particular, en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 9 se dispone lo siguiente:

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

práctica operacional sino también mediante políticas expresadas, por ejemplo, en los manuales militares”).

²⁷ Véase, por ejemplo, *Restatement Third of the Foreign Relations Law of the United States*, secc. 102 2); y John B. Bellinger, III y William J Haynes II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866 (2007), pág. 444.

de la existencia de una obligación jurídica o un derecho. (sin subrayar en el original)

2. ...

En los comentarios figuran expresiones similares, incluidas reiteradas referencias al requisito de que la práctica de los Estados debe ir acompañada de la convicción de que el derecho internacional consuetudinario la “permite, exige o prohíbe”²⁸ (sin subrayar en el original).

Como cuestión preliminar, sugerimos que se utilice “por” en lugar de “con”, ya que “por” transmite más claramente que la totalidad de la práctica debe seguirse por el convencimiento de que existe una obligación jurídica. Por ejemplo, podría seguirse una práctica que esté motivada solo parcialmente por consideraciones jurídicas. Así, cabría entender que la totalidad de la práctica se sigue “con” el convencimiento de que existe una obligación jurídica, pero únicamente la parte de la práctica que se sigue “por” el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica constituiría la práctica aceptada como derecho.

Los Estados Unidos están de acuerdo, en principio, en que el derecho internacional reconoce que los Estados tienen ciertos derechos (como el derecho inmanente de legítima defensa, o los derechos de navegación y los derechos del Estado ribereño de conformidad con el derecho del mar), y que los Estados pueden ejercer esos derechos creyendo que, jurídicamente, tienen derecho a hacerlo. Sin embargo, creemos que, en este contexto, la inclusión expresa del concepto de derecho en el proyecto de conclusión 9 es innecesaria, ya que los Estados, por lo general, han interpretado la expresión “por el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica” en el sentido de que abarca, cuando procede, la práctica de los Estados seguida por el convencimiento de que existe un derecho o una obligación jurídica (o, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, el “reconocimiento general de la existencia de una norma de derecho u obligación jurídica”²⁹). Por ejemplo, la obligación jurídica de un Estado puede describirse a veces como un derecho de otros Estados (por ejemplo, la obligación de un Estado de no cometer actos de agresión es también el derecho de otros Estados a no ser objeto de actos de agresión), y viceversa. Con la adición de “o un derecho” en el proyecto de conclusión se corre el riesgo de crear la falsa impresión de que el concepto de derechos no está incluido ya en la expresión “el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica”.

La inclusión de las palabras “o un derecho” también puede crear confusión al sugerir que, para dilucidar si los Estados *pueden* actuar de cierta manera, es necesario realizar la misma investigación de la práctica de los Estados y la *opinio iuris* que para determinar si los Estados *deben* actuar de esa manera. Los Estados Unidos consideran que es importante que el proyecto de conclusión y el comentario se ciñan al lenguaje habitual y ampliamente utilizado sobre esta cuestión, tanto para evitar sugerir cualquier conflicto con la práctica actual de los Estados como para evitar malas interpretaciones que afecten al principio de larga data según el cual los Estados tienen libertad para actuar cuando no existen restricciones jurídicas (véase la causa del S.S. “*Lotus*”, P.C.I.J., serie A, núm. 10 (1927), pág. 18). Los Estados no están obligados a acreditar una *opinio iuris* o una práctica general y constante de los Estados que respalde la licitud de una acción para que puedan seguir lícitamente una práctica que no está sujeta de otro modo a restricciones jurídicas.

Habida cuenta de los posibles malentendidos sobre esta cuestión y del uso de larga data de la expresión “convencimiento de la existencia de una obligación

²⁸ Véase, por ejemplo, el párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 9.

²⁹ *North Sea Continental Shelf*, fallo, I.C.J. Reports 1969, págs. 3 y ss., en especial pág. 43, párr. 74.

jurídica”, consideramos que el texto del proyecto de conclusión debería conservar la formulación habitual y omitir “o un derecho”, que no figuraba en el borrador inicial del proyecto de conclusión elaborado por el Relator Especial³⁰. Creemos que en el comentario se debería explicar que la fórmula ampliamente utilizada del “convencimiento de la existencia de una obligación jurídica” puede abarcar no solo las obligaciones jurídicas, sino también, en las circunstancias adecuadas, los derechos. En el comentario también se debería mencionar expresamente que, cuando no hay restricciones jurídicas, un Estado no necesita identificar un derecho específico derivado del derecho internacional consuetudinario para justificar su acción, sino que, por el contrario, puede basarse en el principio general según el cual los Estados tienen libertad para actuar si no existen restricciones jurídicas.

Por estos motivos, los Estados Unidos consideran que el proyecto de conclusión 9 debería quedar redactado de la siguiente manera:

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~~ por 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.

En cualquier caso, los Estados Unidos también consideran que en el comentario debería añadirse texto del siguiente tenor:

(#) La aceptación de una norma como derecho (*opinio iuris*) ha sido descrita habitualmente como el “convencimiento de la existencia de una obligación jurídica”, y el proyecto de conclusión 9 se ciñe a esta formulación para evitar sugerir cambios en esta interpretación común. Sin embargo, los Estados han interpretado desde hace mucho tiempo que, en las circunstancias adecuadas, el concepto abarca tanto los derechos como las obligaciones jurídicas (es decir, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, el “reconocimiento general de la existencia de una norma de derecho u obligación jurídica”)³¹.

(##) Sin embargo, el proyecto de conclusión 9 no significa que, si no existe ninguna restricción jurídica, el Estado deba identificar un derecho específico derivado del derecho internacional consuetudinario para justificar su acción. En otras palabras, de conformidad con el principio de larga data según el cual los Estados tienen libertad para actuar si no existen restricciones jurídicas, no es necesario acreditar una *opinio iuris* o una práctica general y constante de los Estados que respalde la licitud de una acción para que un Estado pueda realizar la actividad en cuestión (véase la causa del S.S. “*Lotus*”, P.C.I.J., serie A, núm. 10 (1927), pág. 18).

³⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66º período de sesiones (2014), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, págs. 258 y 259, nota de pie de página 830.

³¹ *North Sea Continental Shelf*, fallo, I.C.J. Reports 1969, págs. 3 y ss., en especial pág. 43, párr. 74.

2. Proyecto de conclusión 10 — Formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)

Austria

[Original: inglés]

Del mismo modo, el proyecto de conclusión 10 (“Formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)”) únicamente se refiere a la aceptación como derecho por los Estados. Sería útil aclarar cómo se establece la *opinio iuris* en relación con las organizaciones internacionales.

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 4.]

Belarús

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 6.]

República Checa

[Original: inglés]

La falta de reacción como prueba de la opinio iuris: proyecto de conclusión 10, párrafo 3

Según el proyecto de conclusión 10, párrafo 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”. En el comentario de este proyecto de conclusión se añaden dos requisitos que deben cumplirse en este caso, a saber: en primer lugar, que “es fundamental que la práctica en cuestión exija una reacción”; y, en segundo lugar, 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”.

Observaciones:

La República Checa opina que este proyecto de conclusión (junto con el comentario correspondiente) no refleja adecuadamente los diferentes tipos de inacción o de “falta de reacción” de los Estados y la distinta importancia que pueden tener para la existencia o creación de una norma de derecho consuetudinario.

Puede haber diversas razones para que los Estados no reaccionen ante la práctica de otros Estados, aun cuando supuestamente puedan hacerlo. Los Estados pueden no reaccionar, o negarse a hacerlo, sencillamente por consideraciones diplomáticas y políticas o por falta de capacidad o de interés directo en el comportamiento en cuestión de otro Estado (o Estados). Así, es posible que las razones por las que los Estados no reaccionan en un caso concreto no tengan nada que ver con la valoración jurídica de la práctica y su (falta de) reacción ante esa práctica.

Por consiguiente, la República Checa sugiere que se preste más atención, entre otras cosas, a la distinción entre, por una parte, la falta de reacción de los Estados que se ven particularmente (especialmente, directamente) afectados o concernidos por la práctica pertinente de otros Estados y son conscientes de la importancia jurídica de su reacción o de su falta de reacción y, por otra parte, la inacción o la falta de reacción de otros Estados que se base en consideraciones políticas o prácticas, o en otras consideraciones extrajurídicas, y que no se derive del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica consuetudinaria.

Además, opinamos que la Comisión también debería analizar las diferencias entre la falta de reacción ante la práctica pertinente en, por una parte, los casos en que podría crearse una nueva norma de derecho internacional consuetudinario en ámbitos que no hubieran sido regulados aún por ninguna norma de derecho internacional consuetudinario y, por otra parte, los casos en que una nueva norma pudiera apartarse de una norma consuetudinaria ya establecida. El hecho de que ya exista una determinada norma consuetudinaria es un factor estabilizador y, en general, reduce la necesidad de reaccionar ante la práctica de otros Estados que se desvía de esa norma (el principio es que la desviación respecto de una norma ya establecida se considera una violación de esa norma y no el comienzo de la creación de una nueva norma).

Teniendo en cuenta estas observaciones, la República Checa propone que el proyecto de conclusión 10, párrafo 3, se elimine o se reformule sustancialmente.

Israel

[Original: inglés]

La falta de reacción como opinio iuris

Texto actual: El proyecto de conclusión 10 se refiere a la posibilidad de deducir la *opinio iuris* de un Estado de las situaciones en que dicho Estado “no reacciona”.

Observaciones:

- Consideramos que el proyecto de conclusión 10 no refleja adecuadamente la dificultad y complejidad que implica basarse en la falta de reacción como prueba de la *opinio iuris*.
- Es cierto que, en términos generales, una inacción *deliberada* motivada por el *convencimiento de cumplir una norma de derecho internacional consuetudinario* es una práctica negativa del Estado que es pertinente para la identificación del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, cuando un Estado se abstiene deliberadamente de recurrir a la tortura porque considera que tiene la obligación consuetudinaria de abstenerse, la inacción constituye la práctica del Estado. Sin embargo, la mera falta de reacción, por sí sola, no constituye práctica: cuando un Estado simplemente se abstiene de actuar, *carece* de práctica. Por este motivo, únicamente las pruebas expresas que expliquen las razones del Estado para abstenerse de actuar pueden indicar si carece de práctica con respecto a la supuesta norma consuetudinaria (como debería ser por defecto) o si se abstuvo deliberadamente por *opinio iuris* y, por tanto, tiene una práctica negativa.
- Esta conclusión también se aplica, *mutatis mutandis*, a la falta de reacción de un Estado ante la práctica de otro Estado en las circunstancias previstas en el proyecto de conclusión 10. La *opinio iuris* es un elemento subjetivo que representa la creencia real del Estado en cuanto a sus derechos y obligaciones con arreglo al derecho internacional consuetudinario y que, por tanto, debe manifestarse activa y expresamente. En consecuencia, cuando un Estado no protesta contra otro Estado que pesca en sus zonas marítimas, por ejemplo, su falta de reacción, por sí sola, no constituye una *opinio iuris* que indique que, a su juicio, dicha actividad pesquera es admisible en virtud del derecho internacional. Puede ocurrir perfectamente que el motivo para no protestar y para permitir la práctica sea político o diplomático, o que el Estado esté, en realidad, protestando por la práctica pero, por distintas razones, solo lo haga de manera privada y confidencial. Por consiguiente, el silencio del Estado en estas circunstancias no puede considerarse, por sí solo, *opinio iuris*.
- En otras palabras, y a diferencia de lo que se establece en el proyecto de conclusión 10, párrafo 3, y en el párrafo 7) de su comentario, la falta de reacción

requiere algo más que el hecho de que las circunstancias concretas exijan una reacción y que el Estado esté en condiciones de reaccionar: también es necesario demostrar que la propia falta de reacción se deriva del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica consuetudinaria.

Modificaciones propuestas:

- Proponemos que el proyecto de conclusión 10 y su comentario aborden la dificultad práctica de encontrar pruebas de práctica “negativa” o de *opinio iuris* “negativa” y destaquen, de conformidad con las observaciones que figuran más arriba, que la falta de reacción de un Estado no puede interpretarse en sí misma (y en ausencia de otras pruebas) como un indicio de práctica o de *opinio iuris*.
- Como alternativa, proponemos que no se aborde directamente la situación de la falta de reacción de un Estado, ya que el tipo de pruebas necesarias para establecer los dos elementos no es diferente al de otras situaciones.

Actos y declaraciones nacionales como prueba de la práctica de los Estados y la opinio iuris: las decisiones de los tribunales nacionales superiores

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 6.]

Países Bajos

[Original: inglés]

El proyecto de conclusión 10 incluye las decisiones de los tribunales nacionales como forma de prueba de la *opinio iuris*. A nuestro juicio, esta cuestión debería matizarse. Las decisiones de los tribunales nacionales solo pueden constituir prueba de la *opinio iuris* cuando esas decisiones no son rechazadas por el poder ejecutivo del Estado. Cabe afirmar que existe tal rechazo cuando el poder ejecutivo considera y presenta externamente esas decisiones como decisiones que no representan la posición del Estado sobre la cuestión. Esta matización se basa en la idea de que la *opinio iuris* requiere uniformidad entre los distintos poderes del Estado.

El proyecto de conclusión 10, en su párrafo 3, se refiere a la falta de reacción ante una práctica como prueba de la *opinio iuris*. Valoramos el enfoque en general prudente de no extraer demasiadas conclusiones del silencio o la inacción de los Estados y de subrayar que lo esencial es que solo pueden atribuirse consecuencias a la falta de reacción cuando quepa esperar que se produzca tal reacción. Esto implica que la norma no es que el silencio suponga una aquiescencia, sino más bien que esta se produce en una situación particular en que esté claro que las circunstancias exigen una reacción, pero tal reacción no se produzca. Sugerimos que el comentario tenga en cuenta, en este contexto, el papel de las explicaciones que los Estados pueden dar en una etapa posterior para determinadas posiciones y su posible silencio. También sugerimos que en el comentario se preste atención a la posibilidad de que un Estado proteste pero lo haga de manera confidencial o, al menos, no pública. En este último caso, opinamos que el hecho de que no haya ninguna reacción pública ante determinada conducta no puede considerarse prueba de la aceptación como derecho de esa conducta.

El proyecto de conclusión 10 no hace referencia alguna a la *opinio iuris* de las organizaciones internacionales. Sugerimos que se incluya una referencia al respecto en el comentario y se indique claramente que también existe la posibilidad de *opinio iuris* de una organización internacional. Ello se desprende de la personalidad jurídica internacional de dichas organizaciones, como ya se menciona más arriba.

Nueva Zelanda

[Original: inglés]

Proyecto de conclusión 10, párrafo 3: la falta de reacción como prueba de la opinio iuris

Nueva Zelanda comparte la cautela expresada por otros Estados en relación con la falta de reacción de un Estado ante la práctica de otro Estado y la medida en que esa falta de reacción puede utilizarse para deducir la existencia de una *opinio iuris*. La falta de reacción puede, en algunas circunstancias, entrañar la aceptación como derecho, pero esa aceptación no puede darse por sentada. Hay muchas razones legítimas por las que un Estado puede no reaccionar públicamente, o protestar, ante los actos de otro Estado. Los Estados deben establecer un equilibrio entre diversos intereses al examinar la conveniencia y la manera de responder a las acciones de otro Estado, entre ellos el mantenimiento de relaciones de amistad y el funcionamiento eficaz de los asuntos internacionales. Así ocurre, en particular, cuando un Estado no se ha visto directamente afectado por las acciones realizadas o no tiene otro interés particular en ellas. En otros casos, el Estado puede considerar más adecuado reaccionar de manera confidencial.

Por consiguiente, Nueva Zelanda apoya la reserva que figura en el proyecto de conclusión 10, párrafo 3, en el sentido de que la falta de reacción solo servirá de prueba de la *opinio iuris* cuando el Estado interesado esté en condiciones de reaccionar y las circunstancias exijan una reacción pública oficial. Nueva Zelanda también está de acuerdo con las precisiones sobre esta reserva que figuran en el párrafo 7) del comentario, y considera que sería más adecuado incluir en el texto del proyecto de conclusión los elementos adicionales mencionados en dicho párrafo. En particular, Nueva Zelanda considera que el Estado debe haberse visto directamente afectado por la práctica en cuestión, haber tenido conocimiento de esa práctica y haber tenido tiempo suficiente y capacidad para responder.

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 6.]

República de Corea

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 6.]

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Inacción

Las situaciones en que la inacción de un Estado refleja la *opinio iuris* de ese Estado son aún más excepcionales que las situaciones en que la inacción del Estado es deliberada y puede, por lo tanto, constituir práctica. La mayoría de las conductas de los Estados (tanto la acción como la inacción) no están motivadas por consideraciones jurídicas internacionales. Por consiguiente, la inacción de un Estado rara vez pone de manifiesto su opinión sobre el derecho internacional. Por ejemplo, de la decisión de un Estado de no ejercer la protección diplomática en una determinada circunstancia no se puede deducir que el Estado haya concluido que un acto concreto (un reglamento u otra medida) no sea ilícito en virtud del derecho internacional. Hay muchos casos en que un Estado puede considerar que tiene motivos válidos para ejercer la protección diplomática y que el otro Estado ha incurrido en responsabilidad internacional pero, por razones políticas o prácticas, decide no formular ninguna reclamación (por ejemplo, para evitar factores de

irritación bilateral, por consideraciones políticas internas o por otros motivos extrajurídicos).

En consecuencia, recomendamos que se introduzcan cambios tanto en el texto del proyecto de conclusión 10 como en el párrafo 7) del comentario.

A fin de dejar claro que, para poder reflejar una *opinio iuris*, la inacción deliberada de los Estados debe estar motivada por consideraciones jurídicas, recomendamos que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10 se revise para que quede redactado de la siguiente manera:

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~~ el Estados estuviera en condiciones de reaccionar y que las circunstancias exigiesen una reacción, y que la decisión del Estado de no reaccionar se adoptase por el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica.

Además, si bien estamos de acuerdo con los dos “requisitos” que se establecen en el párrafo 7) del comentario del proyecto de conclusión 10 para que el silencio sirva de prueba de la aceptación como derecho, consideramos que el primer requisito debe ser revisado a fin de reflejar el hecho de que, con frecuencia, los Estados deciden, por motivos políticos (internacionales o nacionales) o de otra índole, como la escasez de recursos públicos, abstenerse de realizar actos jurídicamente admisibles.

Por lo tanto, consideramos que la oración que comienza con “En primer lugar” en el párrafo 7) debería tener el siguiente tenor:

En primer lugar, es fundamental que la práctica en cuestión exija una reacción: 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, hasta el punto o en circunstancias tales que su falta de reacción constituye una prueba de su posición jurídica. [se omiten las notas de pie de página]

[Véanse también más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 6.]

Otras cuestiones

Véanse las consideraciones expuestas más arriba en relación con las preocupaciones de los Estados Unidos respecto de las circunstancias en que la inacción o el silencio de un Estado puede considerarse práctica estatal o prueba de la *opinio iuris* del Estado de que se trate.

Los Estados Unidos también desean señalar, con respecto al párrafo 5) del comentario del proyecto de conclusión 10, que se debe proceder con cautela al valorar qué constituye prueba de la *opinio iuris* del Estado. Por ejemplo, las publicaciones gubernamentales oficiales con frecuencia (si no en la mayoría de los casos) reflejan políticas y consideraciones jurídicas nacionales en lugar de, o además de, factores de derecho internacional. Además, como señalaron los Estados Unidos en su respuesta al estudio del CICR sobre *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, “[s]i bien es cierto que los manuales [militares] pueden ser un importante indicador de la conducta de los Estados y de la *opinio iuris*, no podrían reemplazar a una evaluación pertinente de la práctica operacional del Estado en sus operaciones militares efectivas”³². Del mismo modo, las decisiones de los tribunales nacionales suelen basarse en el derecho interno y no en el derecho internacional. Por tanto, las

³² John B. Bellinger, III y William J Haynes II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866 (2007), pág. 445.

pruebas disponibles deben evaluarse cuidadosamente a fin de determinar si, de hecho, reflejan las opiniones del Estado acerca del estado actual del derecho internacional consuetudinario.

Además, en muchos casos la escasa información sobre toda la gama de práctica pertinente de los Estados o la *opinio iuris* justifica que se actúe con cautela al extraer conclusiones acerca de si se ha formado una norma de derecho consuetudinario. Algunas prácticas de los Estados pueden ser conocidas por otros Estados, pero no ser de dominio público. Además, la mayor parte del asesoramiento jurídico que se presta dentro del poder ejecutivo de los Estados es de carácter confidencial. Debe hacerse todo lo posible por tener en cuenta toda la práctica y *opinio iuris* pertinente, incluso la práctica y la *opinio iuris* que no sea de dominio público, antes de extraer conclusiones acerca de si existe una norma de derecho consuetudinario³³.

D. Quinta parte — Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario

1. Proyecto de conclusión 11 — Tratados

Belarús

[Original: ruso]

Con respecto a la interacción entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional de los tratados (proyecto de conclusión 11), hay que seguir examinando el concepto de un tratado internacional multilateral universal que se “convierte” en costumbre internacional (proyecto de conclusión 11, párrafo 1, apartado c)). Hay que determinar los criterios cualitativos y cuantitativos de esa “conversión”, así como los factores que la impulsan y su alcance jurídico.

Israel

[Original: inglés]

Los tratados como prueba de la costumbre

Texto actual: El proyecto de conclusión 11 y el comentario que lo acompaña se refieren a “la importancia de los tratados, en particular los tratados multilaterales ampliamente ratificados, para la identificación del derecho internacional consuetudinario”. En el párrafo 3) del comentario se destaca que “los tratados que han obtenido una aceptación cuasiuniversal pueden considerarse particularmente indicativos a ese respecto”.

³³ Véase, por ejemplo, Daniel Bethlehem, “The secret life of international law”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, págs. 23 y ss., en especial pág. 24 (2012) (“Y, especialmente en el caso del derecho internacional, la interpretación y aplicación del derecho por los Estados es una parte importante de la creación y el desarrollo del derecho: a través de la práctica de los Estados, a través de la *opinio iuris*, a través de la conducta de los Estados en la interpretación y aplicación de tratados –por ejemplo, con arreglo a algunas de las disposiciones del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como la práctica ulterior en la interpretación de los tratados–, en su conducta pertinente para la interpretación y aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad, etc. En consecuencia, si se quiere realizar un análisis riguroso y atento para decidir cuál es el derecho existente, no es posible limitarse al texto de un instrumento. Es necesario hacer un examen más amplio y analizar toda una gama de otros elementos. Algunos de ellos son conocidos y están recopilados, por ejemplo, en el *British Yearbook, British practice*. La mayoría de ellos, sin embargo, son invisibles para el mundo en general porque se producen dentro de los Estados y nunca se deben hacer, y a veces no es adecuado que se hagan, públicos”).

Observaciones y modificaciones propuestas:

- Como acertadamente se indica en el proyecto de conclusión 11 y en el comentario que lo acompaña, los tratados y la costumbre son fuentes de derecho internacional diferentes que deben mantenerse separadas. De hecho, los Estados pueden optar por adherirse a los tratados precisamente porque sus características normativas son diferentes (por ejemplo, si bien no es posible una retirada *ex post* de la costumbre, sí es posible, por lo general, en el caso de los tratados).
- Una diferencia importante entre los tratados y la costumbre tiene que ver con la naturaleza del consentimiento del Estado. Cuando un Estado se adhiere a un tratado, consiente en asumir ciertas obligaciones *para sí mismo*. Sin embargo, cuando un Estado articula su *opinio iuris*, expresa su creencia de que *otros Estados* también están obligados. Por consiguiente, es imposible utilizar el consentimiento de un Estado a un tratado por sí solo como prueba de que necesariamente existe *opinio iuris*.
- Si bien en el párrafo 7) del comentario del proyecto de conclusión 11 se distingue acertadamente entre tratados y costumbre en este contexto, puede dar la impresión de que ambos se confunden en el párrafo 3) del comentario, en especial con respecto a los tratados que gozan de una amplia aceptación convencional, aunque no necesariamente reflejen el derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, proponemos que se suprima el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 11. Como alternativa, sugerimos que se omita la referencia al final del párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 11 a los tratados que aún no han entrado en vigor o que todavía no han logrado una participación generalizada.

Nueva Zelandia

[Original: inglés]

Nueva Zelandia apoya el enfoque general del proyecto de conclusión 11 respecto de la función de los tratados en la formación de normas de derecho internacional consuetudinario. En opinión de Nueva Zelandia, la formulación de este proyecto de conclusión concuerda con el principio enunciado en el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Nueva Zelandia considera que las tres categorías indicadas en el proyecto de conclusión 11, párrafo 1, apartados a) a c), son útiles y reflejan con precisión el papel que pueden desempeñar los tratados en este contexto. Además, Nueva Zelandia señala la importancia de la expresión “si se establece” que figura en la oración introductoria del proyecto de conclusión 11, párrafo 1, y acoge con beneplácito la aclaración que se hace en el párrafo 4) del comentario de que la existencia de la norma debe estar confirmada por la prueba tanto de la práctica como de la *opinio iuris*.

Nueva Zelandia también apoya la inclusión del proyecto de conclusión 11, párrafo 2, y la particular cautela en relación con los tratados bilaterales expresada en el párrafo 8) del comentario.

Singapur

[Original: inglés]

El proyecto de conclusión 11, párrafo 1, ofrece actualmente tres medios por los que una norma enunciada en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario. En el comentario del proyecto de conclusión se aclara, con respecto al apartado c), que el proceso por el cual una norma convencional genera una nueva norma de derecho consuetudinario no debe presuponerse a la ligera.

En el texto del proyecto de conclusión 11, párrafo 1, no queda claro que se dé este tratamiento distinto según las modalidades por las que una norma convencional puede reflejar el derecho internacional consuetudinario. Por tanto, Singapur propone que se revise el proyecto de conclusión 11, párrafo 1, para que quede reflejada claramente esa distinción en el texto del propio proyecto de conclusión.

Singapur también desea poner de relieve que, para determinar si existe una norma convencional que refleja una norma de derecho internacional consuetudinario, habría que determinar, en primer lugar, el contenido, el alcance y el ámbito de esa norma convencional concreta, aplicando las normas de derecho internacional sobre interpretación de los tratados para interpretar ese texto convencional³⁴. Una norma de derecho internacional consuetudinario no debe suponerse que está reflejada en una norma convencional solo porque se considere que otra norma redactada de modo similar en otro tratado diferente es un reflejo del derecho internacional consuetudinario.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Los Estados Unidos están de acuerdo con el texto del proyecto de conclusión 11 (Tratados) y consideran que refleja con precisión las formas en que la disposición de un tratado puede llegar a reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, estamos preocupados por algunos aspectos del comentario del proyecto de conclusión.

En primer lugar, creemos que habría que suprimir la última frase de la primera oración del párrafo 3) del comentario (“los tratados que han obtenido una aceptación casiuniversal pueden considerarse particularmente indicativos a ese respecto”) y la correspondiente nota de pie de página. Consideramos que es fácil malinterpretar esa frase y que se entienda que muy probablemente los tratados ampliamente ratificados reflejan normas de derecho internacional consuetudinario, cuando no es así. Además, creemos que las citas incluidas en la nota 323 de pie de página pueden dar a entender, erróneamente, que el requisito de que se demuestre la práctica general y la aceptación como *derecho internacional consuetudinario* puede omitirse en el caso de los tratados ampliamente ratificados.

En segundo lugar, habría que modificar la última oración del párrafo 3) del comentario y sustituir “participación” por “ratificación”, que sería un término más preciso. La palabra “participación” podría malinterpretarse y dar a entender que es probable que un tratado negociado solo por un puñado de Estados sea influyente, cuando no lo es. Además, habría que complementar este párrafo con la observación de que la mera ratificación de un tratado por parte de un Estado no supone por sí misma que determinadas disposiciones del tratado puedan corresponder al derecho internacional consuetudinario. En la medida en que, por ejemplo, determinadas disposiciones de un tratado ampliamente ratificado no sean aplicadas en la práctica por los Estados partes en el tratado, esa falta de aplicación pondría en duda la conclusión de que se da la práctica de los Estados requerida para establecer que las normas convencionales en cuestión reflejan el derecho internacional consuetudinario.

En tercer lugar, con respecto al párrafo 2 del proyecto de conclusión, relativo a las normas enunciadas en múltiples tratados, estamos totalmente de acuerdo con la afirmación que figura en el párrafo 8) del comentario, en el sentido de que el hecho de que una norma se enuncie en varios tratados no crea la presunción de que esa

³⁴ Véanse los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

norma refleja el derecho internacional consuetudinario. De hecho, la necesidad de repetir la norma en muchos tratados puede ser prueba exactamente de lo contrario, es decir, que la norma no pertenece al derecho internacional consuetudinario. Para determinar si una disposición convencional que se repite frecuentemente es una norma consuetudinaria, se requiere el mismo examen de la práctica de los Estados y la *opinio iuris* que para cualquier otra posible norma consuetudinaria. No basta con demostrar que los Estados tienen obligaciones convencionales. Los Estados deben demostrar que han expresado la opinión de que también tienen una obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario.

2. Proyecto de conclusión 12 — Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

Belarús

[Original: ruso]

En general, Belarús comparte la opinión de la Comisión respecto de la importancia de las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales y de otros documentos, como se refleja en los proyectos de conclusión 12 a 14. Sin embargo, cabe señalar lo siguiente con respecto a la doctrina de los juristas internacionales y las decisiones de cortes y tribunales internacionales.

Esas fuentes tienen un indudable valor para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario, ya que constituyen el marco de la prueba de la existencia de los elementos constitutivos de una norma de derecho internacional consuetudinario de una manera más accesible, clara y fundamentada. En ese sentido, son, sin duda, relevantes para el tema que estamos examinando. Asimismo, dado que la costumbre internacional se basa exclusivamente en la práctica de los Estados, esas fuentes no se pueden considerar en ningún otro contexto.

En el párrafo 6) del comentario del proyecto de conclusión 12, sería más apropiado hacer referencia no solo a la manifestación por parte de un Estado de objeciones directas a las resoluciones (votando “en contra”), sino también a la falta de un apoyo claro del Estado de que se trate. Incluso las resoluciones que son aprobadas por consenso pueden ser prueba no de la existencia de *opinio iuris*, sino más bien de la falta de interés entre la mayoría de los Estados por las cuestiones de las que se ocupa la resolución o de que sus disposiciones tienen un carácter muy general, lo cual hace que tengan, *ipso facto*, escasas consecuencias jurídicas.

Dinamarca (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

[Original: inglés]

Valoramos la explicación que se hace en el comentario del proyecto de conclusión 12 sobre las resoluciones de las organizaciones internacionales. Tomamos nota, como se sugirió en la Sexta Comisión, de la mención especial a la pertinencia de la Asamblea General como foro de participación prácticamente universal. Como también señaló el Relator Especial Sir Michael Wood en su tercer informe, las resoluciones de la Asamblea General pueden ser especialmente pertinentes como prueba del derecho internacional consuetudinario o para darle impulso. Sin embargo, como también se señala en el informe, es preciso actuar con cautela al determinar el valor normativo de esas resoluciones, ya que “la Asamblea General constituye un órgano político en el cual a menudo no es para nada claro que sus actos tengan trascendencia jurídica”. Los países nórdicos creen que se enriquecería el debate sobre el valor normativo de las resoluciones de la Asamblea General si se ofrecieran más explicaciones en el comentario sobre dos aspectos concretos, a saber, en primer lugar,

un examen más a fondo de las características singulares de la Asamblea General de las Naciones Unidas y lo que la distingue de otras organizaciones internacionales y, en segundo lugar, la importancia del contenido de las resoluciones de la Asamblea General y de las condiciones para su aprobación. En otras palabras, hay esferas concretas en las que las resoluciones tienden a ser expresión de la *opinio iuris*.

Nueva Zelandia

[Original: inglés]

Nueva Zelandia está de acuerdo, en general, con el contenido del proyecto de conclusión 12 y las aclaraciones adicionales que figuran en el comentario que lo acompaña. En opinión de Nueva Zelandia, hay numerosas decisiones judiciales que respaldan la conclusión de que, en determinadas circunstancias, las resoluciones aprobadas por una organización internacional pueden considerarse prueba de la existencia o el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario. Asimismo, Nueva Zelandia está de acuerdo en que dichas resoluciones pueden contribuir al desarrollo de esas normas. En este sentido, Nueva Zelandia es consciente de la contribución de esas resoluciones, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, al desarrollo del derecho internacional consuetudinario. El texto de dichas resoluciones declarativas, cuando está claramente expresado y cuenta con un amplio respaldo, puede ser una prueba concluyente de la *opinio iuris*. Nueva Zelandia también está de acuerdo con la afirmación que figura en los párrafos 1 y 3 del proyecto de conclusión 12 de que, a falta de la correspondiente práctica de los Estados, esas resoluciones, de por sí, no crean derecho internacional consuetudinario. Como puso de manifiesto una delegación en un debate anterior de la Sexta Comisión, las resoluciones pueden “revelar, pero no declarar” una norma de derecho internacional consuetudinario.

Como se ha señalado anteriormente, Nueva Zelandia considera que habría que reconsiderar la relación entre el proyecto de conclusión 12 y el proyecto de conclusión 4, párrafo 2. Como se reconoce en el párrafo 3) del comentario del proyecto de conclusión 12, la aprobación de una resolución es un acto jurídico del órgano de la organización internacional de que se trate. Por tanto, sería útil llevar a cabo un análisis más claro de por qué esos actos no se consideran la “práctica” de dicha organización, conforme a lo dispuesto en el proyecto de conclusión 4, párrafo 2.

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 4.]

Singapur

[Original: inglés]

Singapur está de acuerdo con el proyecto de conclusión 12, párrafos 1 y 3. Singapur también apoya la posición que se refleja en el párrafo 4) del comentario que acompaña al proyecto de conclusión 12, según la cual de las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales “no surgen de manera espontánea ‘costumbres instantáneas’”.

Sin embargo, proponemos que se revise el proyecto de conclusión 12, párrafo 2, de modo que señale que solo “en determinadas circunstancias” 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. La expresión “determinadas circunstancias” es similar a la que utilizó la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza*

o el empleo de armas nucleares³⁵. La expresión también aclararía, en el texto del propio proyecto de conclusión, que no *todas* esas resoluciones pueden constituir un elemento de prueba del derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo.

En el párrafo 6) del comentario del proyecto de conclusión 12 se advierte que “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” mediante la aprobación de una resolución por parte de una organización internacional o en una conferencia intergubernamental. Singapur considera que también sería pertinente para esta evaluación examinar las competencias, la composición y las funciones particulares de la organización internacional o la conferencia intergubernamental³⁶. Por tanto, esos factores se deberían incorporar al comentario del proyecto de conclusión 12.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Los Estados Unidos aprecian el cuidado con el que la Comisión y el Relator Especial se han ocupado de la cuestión de las resoluciones de las organizaciones internacionales y las conferencias intergubernamentales como prueba del derecho internacional consuetudinario. Los Estados Unidos están de acuerdo en que esas resoluciones pueden proporcionar información pertinente sobre una posible norma de derecho internacional consuetudinario, muy probablemente en relación con la *opinio iuris* de los Estados, aunque posiblemente también con su práctica. Sin embargo, como se refleja en el proyecto de conclusión y el comentario, las resoluciones deben abordarse con mucha cautela. Los Estados Unidos señalan que solo la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó 329 resoluciones en su septuagésimo primer período de sesiones. Las organizaciones y conferencias internacionales se ven obligadas a aprobar muchas resoluciones con un mínimo de debate y examen y siguiendo procedimientos (como el consenso) que proporcionan información limitada sobre las opiniones de determinados Estados. Además, habida cuenta del volumen de las resoluciones y de la limitada capacidad de los Estados, la elección de si se vota a favor o en contra de una resolución puede responder a razones políticas o de otra índole, en lugar de ser el resultado de un análisis jurídico de su contenido, o a pesar del desacuerdo con la formulación o la evaluación de una supuesta norma de derecho internacional consuetudinario que se trate en dicha resolución³⁷. Como consecuencia

³⁵ Véase *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, opinión consultiva*, A/51/218, pág. 30, párr. 70: “La Corte observa que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*” (sin cursiva en el original).

³⁶ La Comisión se refirió a las diferencias existentes entre las organizaciones internacionales en cuanto a sus competencias, su composición y sus funciones en el párrafo 8) del comentario del proyecto de conclusión 4, en el contexto de la práctica de las organizaciones internacionales.

³⁷ Los Estados Unidos están de acuerdo con lo indicado en el comentario en relación con la pertinencia de las declaraciones generales, las explicaciones de voto, las explicaciones de posición y las desvinculaciones del consenso al determinar si una resolución concreta es pertinente para la identificación de una determinada norma de derecho internacional consuetudinario. Esas declaraciones pueden indicar que uno o más Estados tenían una opinión que se apartaba de manera significativa de la redacción concreta de una resolución a pesar del apoyo de los Estados a la resolución en su conjunto. Sin embargo, también es importante señalar que no todos los Estados hacen un uso generalizado de esas declaraciones, incluso aunque no apoyen plenamente la redacción de una resolución. Además, incluso en los casos en que se han formulado explicaciones de posición o declaraciones similares, puede resultar complicado

de ello, incluso resoluciones que cuentan con un amplio apoyo pueden proporcionar una información limitada o ambigua sobre la práctica y la *opinio iuris* de los Estados que las respaldan. Por tanto, esas resoluciones deben ser consideradas con cierto grado de escepticismo cuando se presentan como prueba de la práctica de los Estados o la *opinio iuris*. Esas resoluciones son manifiestamente insuficientes por sí solas para probar la existencia de una norma de derecho consuetudinario. Debe establecerse que la disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), conforme se indica en el proyecto de conclusión 12.

A fin de reflejar la cautela con que se deberían examinar las resoluciones al evaluar una posible norma de derecho internacional consuetudinario, y en consonancia con lo manifestado por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, citada en el párrafo 5) del comentario, los Estados Unidos consideran que se deberían añadir las palabras “en determinadas circunstancias” en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 12. El texto del párrafo 2 sería el siguiente:

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

3. Proyecto de conclusión 13 — Decisiones de cortes y tribunales

Belarús

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 12.]

Nueva Zelandia

[Original: inglés]

Proyecto de conclusión 13: Decisiones de tribunales nacionales

Nueva Zelandia está de acuerdo con lo indicado en el párrafo 7) del comentario del proyecto de conclusión 13, en el sentido que se requiere cautela al considerar el parecer de los tribunales nacionales respecto de la existencia o el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario. Los jueces de los tribunales nacionales no siempre son expertos en derecho internacional y, como se ha señalado, tal vez no siempre reciban argumentos de los Estados. Nueva Zelandia está de acuerdo en que se dé mayor peso a los fallos de las cortes y los tribunales internacionales a este respecto y señala que esta idea se podría reflejar de forma más directa en la redacción del propio proyecto de conclusión 13.

Singapur

[Original: inglés]

Singapur señala que el proyecto de conclusión 13 sigue de cerca la redacción del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el que se establece que las decisiones judiciales son un “medio auxiliar” para la determinación de las normas de derecho internacional. Por tanto, Singapur respalda el proyecto de conclusión 13, en la medida en que refleja el derecho vigente con arreglo al Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte.

localizarlas años más tarde, por lo que es difícil determinar si el texto de la resolución reflejaba la opinión de todos los Estados que la apoyaron en el momento de su aprobación.

Con respecto a la definición que hace la Comisión de “tribunales nacionales” en el párrafo 6) del comentario del proyecto de conclusión 13, Singapur considera que en ella se incluiría al Tribunal Comercial Internacional de Singapur, que se encarga de solucionar controversias comerciales de carácter internacional por medio de un grupo de magistrados singapurenses e internacionales.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Los proyectos de conclusión 13 y 14 se refieren a las circunstancias en las que las decisiones de las cortes y los tribunales y la doctrina pueden servir como medios auxiliares para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. En los comentarios de esos proyectos de conclusión se señala acertadamente algo importante, a saber, que, excepto en los casos en que las decisiones de los tribunales nacionales puedan constituir práctica de los Estados, estas no son, de por sí, fuentes de derecho internacional, sino fuentes que pueden ayudar a aclarar las normas de derecho cuando recopilan adecuadamente y analizan con precisión la práctica de los Estados y la *opinio iuris*. En este sentido, recomendamos que la Comisión aclare en el comentario algunas de las limitaciones del valor de las opiniones judiciales como medio auxiliar para identificar el derecho internacional consuetudinario.

Por ejemplo, como se refleja en la precisión establecida en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se omitió en el proyecto de conclusión 13, las decisiones de los tribunales internacionales, en general, solo son vinculantes para las partes en litigio. Ni siquiera la Corte Internacional de Justicia ofrece interpretaciones del derecho internacional consuetudinario vinculantes para todos los Estados.

Así pues, en el contexto de un litigio, los Estados pueden optar por afirmar que las normas son de naturaleza consuetudinaria, o no oponerse a ello, por razones de estrategia procesal y no porque hayan llevado a cabo un examen concienzudo que les conduzca a esa conclusión. En un caso, un tribunal podría aceptar, sin efectuar ningún análisis, que una norma es consuetudinaria basándose exclusivamente en la ausencia de una controversia entre las partes, mientras que, en otro, un tribunal podría examinar detenidamente la cuestión después de que las partes y los *amici curiae* hayan aportado argumentos sólidos. Podrían aplicarse consideraciones similares al examen del derecho consuetudinario realizado por los tribunales penales internacionales, especialmente cuando los Estados no aparecen como partes ni *amici curiae* en el procedimiento para aportar sus opiniones sobre esas cuestiones.

También deberían considerarse los casos en los que los tribunales adoptan decisiones contradictorias o expertos eminentes discrepan sobre cuestiones complejas de derecho internacional consuetudinario. Sería útil recomendar a quienes utilicen esos medios auxiliares que recaben opiniones contradictorias o divergentes para evaluar el derecho de la forma más precisa.

La incorporación de los puntos mencionados al comentario podría ayudar a los lectores a evaluar de manera más crítica los pronunciamientos que sobre el derecho consuetudinario hacen las cortes, los tribunales o los publicistas.

4. Proyecto de conclusión 14 — Doctrina

Belarús

[Original: ruso]

Si bien el principal objetivo de la Comisión, a saber, la codificación del derecho internacional y la elaboración de proyectos de tratados internacionales, es estimable,

la identificación del derecho internacional consuetudinario (por lo general, a los efectos de su futura codificación) ha sido un aspecto fundamental de la labor de la Comisión, en mayor o menor medida, a lo largo de su existencia. Por lo tanto, la doctrina de la Comisión merece ser mencionada expresamente en el proyecto de conclusiones como medio auxiliar para la identificación del derecho internacional consuetudinario (por ejemplo, en el comentario del proyecto de conclusión 14).

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 12.]

Israel

[Original: inglés]

Aplicación del enfoque basado en dos elementos

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 2 y las observaciones sobre el proyecto de conclusión 3].

Se recomienda una modificación similar en el párrafo 4) del comentario del proyecto de conclusión 14 sobre la labor de los publicistas, que también debería ser exhaustiva, empírica y objetiva.

Estados Unidos de América

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 13.]

E. Sexta parte — Objeto persistente

1. Proyecto de conclusión 15 — Objeto persistente

Belarús

[Original: ruso]

Hay algunas contradicciones en el tratamiento del caso del Estado que ha objetado de manera persistente a la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. En el proyecto de conclusión 15 y en el comentario correspondiente se deberían examinar con mayor detalle las circunstancias en las que un Estado puede quedar exento del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de una norma consuetudinaria que ya ha surgido. Esta cuestión se debería examinar junto con la cuestión de la inacción como forma de práctica o como elemento que constituye la aceptación como derecho y la cuestión de la existencia del consentimiento tácito a la formación de una norma consuetudinaria.

A nuestro juicio, la objeción abierta y oficial de un Estado a la formación de una costumbre internacional podría hacer que la norma consuetudinaria no fuera oponible a ese Estado, siempre que no se oponga la mayoría de los demás Estados por razones de importancia para la comunidad internacional y para preservar la integridad del sistema jurídico internacional en su conjunto.

En el proyecto de conclusión 15, párrafo 1, hay que especificar el plazo para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. Se debería prestar especial atención al principio de la igualdad soberana de los Estados y a la idea de que no se puede imponer a los Estados obligaciones sin su consentimiento claro y expreso. Tal vez debería señalarse en este punto que la norma incipiente no es vinculante y no crea obligaciones para el objeto persistente.

No está totalmente claro cómo se puede obligar a un Estado a mantener su objeción de manera persistente mientras una norma está en proceso de formación y que se acepte que es vinculante (proyecto de conclusión 15, párrafo 2). Además, ese

requisito resulta oneroso para los Estados. Es posible que la ausencia de objeción de un Estado dentro de un plazo algo breve se pueda malinterpretar como una aceptación tácita de la norma y conllevar la aceptación por el Estado objetor de la existencia de una obligación conforme al derecho internacional. En nuestra opinión, esto podría dar lugar a expectativas infundadas sobre el futuro comportamiento del Estado de que se trate. Proponemos que se desarrolle este aspecto aún más y, siguiendo el ejemplo del proyecto de conclusión 10, párrafo 3, que en el proyecto de conclusión se incluya una referencia a si el Estado estaba en condiciones de reaccionar y si las circunstancias exigían esa reacción.

China

[Original: chino]

En cuanto al proyecto de conclusión 15, que establece normas sobre “objetores persistentes”, con respecto a la determinación de si una objeción se ha mantenido “de manera persistente”, en el comentario se indica que “no obstante, no cabe esperar que los Estados reaccionen en cada ocasión, en especial cuando su posición ya es bien conocida”. China considera que esa afirmación, en general, se adecua a la práctica internacional. Sin embargo, la determinación de que un país sea “objedor persistente” debería depender del contexto y deberían considerarse de forma amplia diferentes factores, en particular si, en un caso determinado, el país en cuestión está en condiciones de expresar su oposición. Además, si el país de que se trate ha expresado anteriormente su oposición inequívoca en el momento oportuno, no tiene que volver a hacerlo. China recomienda que se añadan nuevas aclaraciones a este respecto en el comentario del proyecto de conclusión 15.

Dinamarca (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

[Original: inglés]

Recordando las observaciones que formulamos en años anteriores, acogemos con beneplácito la inclusión de la norma del objedor persistente. Los países nórdicos comparten la opinión de que cuando un Estado ha objetado de manera persistente a una norma incipiente de derecho internacional consuetudinario y ha mantenido su objeción después de que la norma haya cristalizado, esa norma no le es oponible. En este contexto, se debe prestar especial atención a la categoría de la norma a la que el Estado haya objetado y se debe tener en cuenta el respeto universal de las normas fundamentales, en particular las que atañen a la protección de las personas. También compartimos la opinión de que, una vez que ha nacido una norma de derecho internacional consuetudinario, ningún Estado distinto de los objetores persistentes podrá ampararse en una objeción. Por último, estamos de acuerdo con el comentario en que la inclusión de un proyecto de conclusión sobre el objedor persistente se entiende sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*.

El Salvador

[Original: español]

Cabe señalar que, en el proyecto de conclusión 15, que se refiere a la figura del “objedor persistente”, es importante precisar que el ejercicio de tal figura se entiende sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*, a fin de dar mayor claridad a su regulación.

En definitiva, ninguna figura puede contradecir el carácter universal y obligatorio de las normas de *ius cogens*. Así se ha reconocido en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, que, refiriéndose a la obligación internacional de

asegurar la represión legal efectiva de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, ha sostenido que “la imprescriptibilidad de dichos delitos se afirma como expresión de un reconocimiento común y consuetudinario de los Estados, **elevado a la categoría de principio imperativo de derecho internacional (*ius cogens*), general y obligatorio**, independientemente de su incorporación en convenciones específicas o en el derecho interno, es decir, sin necesidad de un vínculo específico, derivado de un tratado internacional determinado” (Inconstitucionalidad, procesos 44-2013/145-2013, de 13 de julio de 2016).

Israel

[Original: inglés]

Objeción persistente

Texto actual: En el párrafo 9) del comentario del proyecto de conclusión 15 se interpreta la idea de que el requisito de que la objeción “se mantenga de manera persistente” implica que la objeción debe “reiterarse cuando las circunstancias exigen una reafirmación” y se señala que esto ocurriría en circunstancias en que el silencio o la inacción pueden llevar razonablemente a la conclusión de que el Estado ha renunciado a su objeción.

Observaciones:

- Consideramos que conviene incluir criterios claros no solo para la objeción persistente, sino también para retractarse de esa objeción. Sugerimos que en el texto del proyecto de conclusión 15 se precise que la retractación de una objeción debe **expresarse claramente** como forma de reconsideración de la *opinio iuris* del Estado. Sería problemático interpretar que el mero silencio, la falta de una reiteración de la posición o la inacción implican una retractación (especialmente porque el silencio o la inacción pueden deberse a otras consideraciones que no tengan carácter jurídico). En efecto, a la luz del principio de la soberanía del Estado, no sería apropiado tratar de anular la objeción de un Estado soberano expresada claramente tan solo sobre la base de la interpretación de su comportamiento.
- También nos preocupa que se pueda malinterpretar la idea de que la objeción ha de ser “mantenida de manera persistente”, que figura en el proyecto de conclusión 15, cuando se lee junto con el proyecto de comentario, y pueda dar a entender que hay que repetir la objeción constantemente para que tenga efecto. Aunque no sea esta la intención del comentario, por principio y a fin de que las relaciones diplomáticas y conferencias internacionales sean eficaces, parece necesario y útil aclarar que una objeción expresada claramente por un Estado soberano durante el proceso de formación de una norma consuetudinaria es suficiente para establecer esa objeción y, por lo general, no hay que repetirla para que se mantenga en vigor.

Modificaciones propuestas:

- En consonancia con el espíritu de la causa de las *Pesquerías (Reino Unido c. Noruega)*, proponemos que se modifique el proyecto de conclusión 15, de modo que diga lo siguiente: “[...] siempre que *consERVE* su objeción”.
- Recomendamos que en el proyecto de conclusión y en el comentario se incluyan criterios claros para retractarse de una objeción, en el sentido de que debe expresarse claramente como un cambio en la *opinio iuris* del Estado y comunicarse a otros Estados y no simplemente deducirse. También recomendamos que en el comentario se aclare que, como regla, una objeción expresada claramente en el momento adecuado es suficiente para que el Estado

se convierta en objeto a la formación de una determinada norma consuetudinaria y no es necesario reiterarla constantemente. En este contexto, también quisiéramos proponer que, en el párrafo 5) del comentario del proyecto de conclusión 15, se admita que es difícil reconocer el momento exacto de la cristalización de una norma, porque el proceso de formación no está claramente definido y delimitado.

Estados especialmente afectados y práctica general

Texto actual: Además, en el párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 15 se establece lo siguiente: “El caso del objeto 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)”.

Observaciones:

- Con respecto al párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 15 anteriormente mencionado, nos preocupa el hecho de que la referencia a la necesidad de “un gran número” de Estados que se opongan a una norma para impedir su aparición como derecho consuetudinario pueda malinterpretarse como la inversión de la carga debidamente establecida en las causas de la *Plataforma continental del mar del Norte*, que permite que surja una costumbre únicamente cuando existe una práctica extendida, representativa y virtualmente uniforme.

Modificaciones propuestas:

- Además, a fin de evitar la interpretación errónea indicada y teniendo en cuenta las observaciones antes mencionadas sobre los Estados especialmente afectados, proponemos que se modifique el párrafo 2) del comentario del proyecto de conclusión 15 de modo que tenga la siguiente redacción: “la objeción de un número *suficiente* de Estados a la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario impide por completo su conformación”.

[Véanse más arriba las observaciones sobre el proyecto de conclusión 8.]

Países Bajos

[Original: inglés]

Quisiéramos reiterar nuestra objeción persistente, formulada por primera vez en 2015 durante el debate del informe de la Comisión en la Sexta Comisión, al requisito establecido en el proyecto de conclusión 15 de que una objeción ha de ser “mantenida de manera persistente”. Quisiéramos saber de dónde procede este requisito, ya que no parece ser correcto ni desde un punto de vista teórico ni lógico. La noción central en que se basa la norma del objeto persistente es que el derecho internacional es un sistema consensual. Si bien la necesidad del consentimiento explícito es evidente en el establecimiento de los tratados, no lo es tanto en el caso del derecho internacional consuetudinario. En la formación del derecho internacional consuetudinario no se requiere el consentimiento explícito para que los Estados estén obligados. Por el contrario, solo las objeciones explícitas, coherentes y expresadas claramente impiden que un Estado quede vinculado por él. Para ello, se debe dar una condición fundamental, que consiste en que esas objeciones deben hacerse durante la formación de la norma, de modo que las objeciones posteriores no tendrán el efecto deseado de no estar vinculado por ella. En ese caso, es lógico que, una vez que se ha fijado la posición del objeto persistente, dando los pasos necesarios, y se ha establecido la norma consuetudinaria, no es necesario mantener esa posición manifestando

continuamente la objeción. No puede haber una obligación de reiterar el deseo de no estar obligado por una norma, si el Estado ha dejado suficientemente claro dicho deseo durante su período de formación. Consideramos que, de hecho, la regla es la contraria, es decir, el Estado perderá esa posición únicamente cuando el objetor persistente tenga una práctica ulterior o exprese una opinión jurídica en apoyo de la “nueva” norma, desviándose de su posición inicial como tal objetor persistente. Por consiguiente, sugerimos que, con respecto a los objetores persistentes, en el proyecto de comentario se aclare que, por regla general, una objeción expresada claramente durante la formación de una norma es suficiente para que el Estado se convierta en objetor persistente, a menos que este tenga una práctica ulterior o exprese una opinión jurídica en apoyo de la “nueva” norma, desviándose de su posición inicial como tal objetor persistente.

Nueva Zelandia

[Original: inglés]

Nueva Zelandia respalda, en general, la articulación de la norma del objetor persistente que figura en el proyecto de conclusión 15. Nueva Zelandia apoya la aclaración que se hace en el proyecto de conclusión 15, párrafo 1, en el sentido de que la existencia de un objetor persistente por sí sola no impide la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. Asimismo, Nueva Zelandia reconoce que, en los casos en que varios Estados hayan formulado objeciones, es poco probable que la práctica esté suficientemente extendida para que se cumpla el primer elemento constitutivo de la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. Este extremo se explica en el párrafo 8) del comentario del proyecto de conclusión 15, lo cual resulta de gran utilidad.

Nueva Zelandia está de acuerdo con otros Estados que han señalado anteriormente que no es posible que un Estado mantenga una objeción persistente a una norma de *ius cogens*. Además, Nueva Zelandia no considera que el párrafo 10) del comentario del proyecto de conclusión 15 sea adecuado a este respecto. Nueva Zelandia no considera que la relación entre la norma del objetor persistente y el *ius cogens* necesariamente quede fuera del alcance del presente tema y le preocupa que el proyecto de conclusiones quede incompleto si no se aborda este principio. A juicio de Nueva Zelandia, el principio debería reflejarse más detalladamente en el comentario y en el texto del propio proyecto de conclusión.

República de Corea

[Original: inglés]

En cuanto al proyecto de conclusión 15, que se ocupa del llamado “objetor persistente”, el Gobierno de la República de Corea observa que la doctrina del objetor persistente es una de las cuestiones más controvertidas de la teoría del derecho internacional consuetudinario. Nuestro Gobierno considera que esta doctrina tiene importantes consecuencias para el proceso de creación de normas en el derecho internacional, lo que exige que se siga examinando con gran cautela.

Singapur

[Original: inglés]

Singapur afirma la existencia del principio del “objetor persistente”, como se indica en el proyecto de conclusión 15, párrafo 1, y considera que es una cuestión de *lex lata*.

Con respecto al proyecto de conclusión 15, párrafo 2, Singapur acoge con beneplácito, en particular, el reconocimiento que hace la Comisión de que, para

mantener su objeción persistente, no cabe esperar que un Estado objete en cada ocasión, en especial cuando su posición ya es bien conocida, y la determinación de si se ha cumplido el requisito de que la objeción de un Estado se mantenga de manera persistente debería hacerse “de manera pragmática, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso”.

Por último, Singapur observa que la inclusión por la Comisión del proyecto de conclusión 15 se entiende sin perjuicio de las cuestiones de *ius cogens* y que la Comisión está llevando a cabo una labor aparte sobre el tema de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Estamos de acuerdo en que, habida cuenta de que la labor relativa a los dos temas se encuentra en etapas diferentes, tal vez sea prematuro que la Comisión establezca una posición sobre la relación entre el *ius cogens* y el principio del objetor persistente.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

Los Estados Unidos están de acuerdo con la observación que figura en el párrafo 9) del comentario del proyecto de conclusión 15 de que la determinación de si una objeción a una norma de derecho internacional consuetudinario se ha mantenido de manera persistente debe hacerse de manera pragmática, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, y también con su importante afirmación de que “no cabe esperar que los Estados [reiteren su objeción] en cada ocasión, en especial cuando su posición ya es bien conocida”. En este contexto, nos preocupa que el ejemplo concreto utilizado en el párrafo 9) relativo a “una conferencia a la que asistiera el Estado objetor y en la que se reafirmara la norma” pueda inducir a error. En nuestra opinión, rara vez sería necesario, tal vez nunca, que un Estado formule en una conferencia concreta una objeción a una norma de derecho internacional consuetudinario aceptada por otros Estados para mantener su condición de objetor persistente. Por ejemplo, un Estado podría optar por no formular una declaración en una conferencia diplomática por diversas razones políticas o prácticas que no entrañen necesariamente una opinión jurídica y parece extraño que una declaración formulada después de la conferencia no tenga el mismo efecto con arreglo al derecho internacional consuetudinario que una declaración formulada en la conferencia. En términos más generales, el ejemplo podría dar a entender, erróneamente, que las conferencias internacionales tienen una particular importancia como foros para establecer la práctica pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario, lo cual, a nuestro juicio, es incorrecto. Por tanto, creemos que este ejemplo debería suprimirse del comentario.

F. Séptima parte — Derecho internacional consuetudinario particular

1. Proyecto de conclusión 16 — Derecho internacional consuetudinario particular

Belarús

[Original: ruso]

Con respecto al proyecto de conclusión 16, sería útil encontrar una alternativa más apropiada que sustituyera a la expresión “costumbre particular”, aunque la redacción propuesta cumple el objetivo principal, es decir, reconocer la existencia del fenómeno y el hecho de que no está determinado exclusivamente por la geografía. Por ejemplo, se acepta, en general, que hay ciertas costumbres seguidas por las “naciones que realizan actividades espaciales” o por otras naciones en materia de alta tecnología.

En algunos casos, la práctica que da lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario puede depender de fortalezas o características tecnológicas, científicas, geográficas o de otra índole de los Estados. Por consiguiente, puede ser conveniente introducir una categoría de Estados “cuyos intereses se vean especialmente afectados” (como una de las posibles expresiones alternativas que se pueden utilizar en lugar de “derecho internacional consuetudinario particular” en el proyecto de conclusión 16). La formación de las normas de derecho internacional consuetudinario por esos Estados no debe afectar a los intereses legítimos de los demás sujetos de derecho internacional ni al principio de la igualdad soberana de los Estados.

Los requisitos para establecer la existencia de una costumbre particular deben ser más estrictos que los de las normas de derecho internacional consuetudinario. Es muy importante que la aceptación de la costumbre particular (o local) sea expresada claramente por todos los Estados interesados.

A nuestro juicio, el proyecto de conclusión 16 mejoraría si se añadieran algunos criterios según los cuales los Estados estarían incluidos en algún grupo de Estados para el cual se constituye un derecho internacional consuetudinario particular. Se debería dar más peso a los criterios objetivos (geográficos, históricos, militares y políticos, tecnológicos o de otro tipo) frente a las declaraciones de los Estados con respecto a la formación de grupos, coaliciones y otros.

República Checa

[Original: inglés]

Derecho internacional consuetudinario particular “no localizado geográficamente” – proyecto de conclusión 16, párrafo 1

Conforme a la conclusión 16, párrafo 1, del proyecto de conclusiones, “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”. En el párrafo 5) de su comentario, la Comisión añade 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”.

Observaciones:

La República Checa desea expresar reservas respecto de este proyecto de conclusión, en concreto, sobre el análisis del derecho internacional consuetudinario particular “no localizado geográficamente”.

La República Checa quisiera señalar que la existencia del derecho internacional consuetudinario particular, que tiene carácter excepcional, es una cuestión estrictamente de prueba, es decir, el criterio de valoración de la prueba es más exigente que en los casos en los que se alega una costumbre ordinaria o general. Además, como también se indicó en los debates de la Comisión sobre el tema, la principal jurisprudencia hasta la fecha en esta esfera se ha basado en el nexo geográfico (considerándose la existencia de la costumbre “no localizada” un concepto teórico).

En este sentido, observamos que ni la Comisión ni el Relator Especial, que han propuesto esta conclusión en su comentario y en su informe, respectivamente, han aportado ningún ejemplo práctico de esa presunta costumbre particular “no

localizada”. Además, no está claro cómo podría detectarse claramente en la práctica un criterio vago como el de “una causa, un interés o una actividad comunes” (o una “comunidad de interés”) y constituir una base sólida para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario particular que se desvía de las normas de derecho internacional consuetudinario general.

Por consiguiente, proponemos que la Comisión amplíe y profundice sustancialmente su análisis sobre la supuesta existencia del derecho internacional consuetudinario “no localizado geográficamente”, utilizando ejemplos concretos pertinentes, si los hubiera, de la práctica de los Estados. Como alternativa, proponemos que en el proyecto de conclusiones no se aborde el derecho internacional consuetudinario “no localizado geográficamente”.

Dinamarca (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

[Original: inglés]

Por último, en lo que respecta a la cuestión del derecho internacional consuetudinario particular, estamos de acuerdo con que la Comisión utilice esta expresión en lugar de “costumbre particular” para destacar que el proyecto de conclusión 16 también se refiere a normas de derecho y no a meras costumbres o usos. Como se ha señalado, puede haber costumbres locales entre Estados que no sean normas de derecho internacional. Convenimos en que suele existir cierta afinidad geográfica entre los Estados a los que se aplica una norma de derecho internacional consuetudinario particular. No descartamos que, en principio, el derecho internacional consuetudinario particular pueda desarrollarse entre Estados unidos por otras causas, intereses o actividades comunes. Sin embargo, consideramos que es importante destacar que esos denominadores comunes deberían ser muy claramente identificables entre los Estados interesados. También procede destacar la importancia de la claridad con respecto a la práctica general y su aceptación como derecho. En este contexto, estamos de acuerdo en que la práctica debe ser general, en el sentido de que ha de ser una práctica constante entre los Estados interesados y cada uno de esos Estados debe haber aceptado la práctica como derecho aplicable entre ellos.

El Salvador

[Original: español]

Al respecto, aunque se considere un poco impreciso el término “particular”, El Salvador comparte la definición establecida en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 16. En efecto, las normas de derecho internacional consuetudinario de carácter no general que se aplican a determinados ámbitos o regiones son aquellas que corresponden a lo que la doctrina especializada reconoce como “costumbre regional”.

La costumbre regional se caracteriza por haber nacido entre un grupo de Estados con sus características propias. Por ejemplo, desde 1991, con la firma y la posterior ratificación del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, la República de El Salvador ha formado parte de la comunidad económico-política de Estados denominada Sistema de la Integración Centroamericana. En ella, el ejercicio de la Presidencia *Pro Tempore* ha consistido en una práctica consuetudinaria, conforme a la cual un Estado parte del Sistema desempeña la función de articulación entre los Gobiernos y los órganos e instituciones del Sistema para el desarrollo continuado de la Agenda de la Integración Regional, durante un período de seis meses, según el orden de rotación que los propios Estados centroamericanos acuerden en un instrumento normativo. En el contexto del proceso de integración centroamericana, se encuentra vigente hasta el momento el Reglamento de la Presidencia *Pro Tempore* del Sistema de la Integración

Centroamericana, aprobado en marzo de 2009, que constituye un instrumento jurídico en el que ha cristalizado ya esta figura consuetudinaria, pues los Estados han reconocido la convicción jurídica en su desarrollo.

Por tanto, dadas las particularidades que representa la configuración de estos tipos de prácticas consuetudinarias regionales, El Salvador considera que la frase “Estados interesados” que figura en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 16 no parece apropiada para el correcto sentido que puede atribuirse a tales prácticas consuetudinarias, pues los Estados se obligan a ellas en virtud de la convicción jurídica que les atribuyen, lo cual es un aspecto que va más allá de la sola expresión de interés.

Países Bajos

[Original: inglés]

El proyecto de conclusión 16 se refiere a una norma de derecho internacional consuetudinario “que [...] se aplica entre un número limitado de Estados”. Opinamos que el uso del verbo “se aplica” podría generar confusión en este contexto. Sugerimos que se sustituya por “que solo obliga a un número limitado de Estados”.

Nueva Zelandia

[Original: inglés]

Proyecto de conclusión 16: normas de derecho internacional consuetudinario particular

Nueva Zelandia apoya la inclusión del proyecto de conclusión 16, relativo a las normas de derecho internacional consuetudinario particular. Esas normas pueden desarrollarse para aplicar normas generales de derecho internacional en un determinado contexto geográfico común o de otra índole o cuando no exista dicha norma general de derecho internacional. Sin embargo, a juicio de Nueva Zelandia, esas normas no pueden sustituir o suspender la aplicación de los principios fundamentales del derecho internacional, incluidas las normas de *ius cogens*, ni las obligaciones *erga omnes*. Este extremo se debería reflejar en el comentario que acompaña al proyecto de conclusión.

Es importante que quede muy claro qué Estados han participado en la formación de esas normas y, por tanto, puede considerarse que están obligados por ellas. En este sentido, Nueva Zelandia apoya la precisión que figura en el párrafo 7) del comentario de que la práctica debe ser constante entre todos los Estados a los que se considera que se aplica la norma de derecho internacional consuetudinario particular. Se trata de una precisión importante, que Nueva Zelandia considera que debería reflejarse en el texto del propio proyecto de conclusión 16, párrafo 2.

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

El proyecto de conclusión 16, titulado “Derecho internacional consuetudinario particular”, es también motivo de preocupación para los Estados Unidos por dos razones. En primer lugar, nos preguntamos si en el párrafo 2 del proyecto de conclusión se define adecuadamente cuándo debería determinarse que existe una norma de derecho internacional consuetudinario particular. Cabe señalar que al afirmar únicamente que “es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho (*opinio iuris*)”, el proyecto de conclusión deja abierta la cuestión de la naturaleza de la *opinio iuris* que deben tener los Estados interesados. Como consecuencia de ello, no está claro si

el requisito de la *opinio iuris* se cumpliría si los Estados interesados simplemente tienen la creencia errónea de que la norma es una norma de derecho internacional consuetudinario general o si deben entender correctamente la norma para aplicarla solo entre ellos.

El segundo motivo de preocupación se refiere a las ideas de costumbre bilateral y costumbre entre grupos de Estados distintos de los grupos regionales. El comentario no aporta ninguna prueba de que la práctica de los Estados haya reconocido en general la existencia de derecho internacional consuetudinario bilateral o de derecho internacional consuetudinario particular entre Estados que no tienen alguna relación a nivel regional. En este sentido, agradecemos la redacción del párrafo 5) del comentario, en el que se indica que “*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 algo distinto de la geografía (sin cursiva en el original). Sin embargo, no consideramos que este texto aclare al lector que el derecho internacional consuetudinario particular entre Estados que no estén vinculados por la geografía, y el derecho internacional consuetudinario bilateral en general, son únicamente conceptos teóricos y que no son aún partes reconocidas del derecho internacional. Creemos que es importante que este extremo se aclare en el comentario para no confundir a los lectores.

Por estos motivos, los Estados Unidos proponen que se modifique el proyecto de conclusión 16, que tendría la siguiente redacción:

Conclusión 16

Derecho internacional consuetudinario particular

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, ~~o 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*) aplicable solo entre los Estados interesados.

El comentario se tendría que adecuar a los cambios indicados. Si se siguiera debatiendo acerca de la costumbre bilateral o “de otra índole”, creemos que el comentario debería dejar claro que los conceptos aún no están reconocidos en el derecho internacional, sino que constituyen ejemplos de desarrollo progresivo.

IV. Observaciones sobre la forma definitiva del proyecto de conclusiones

Belarús

[Original: ruso]

El tema es demasiado limitado para justificar la elaboración de una convención basada en la labor de la Comisión. Por el contrario, la Comisión podría limitarse a formular conclusiones, directrices u otros materiales que proporcionen a los profesionales del derecho internacional herramientas para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario.

China

[Original: chino]

Con respecto a la forma definitiva que debe adquirir el tema, China no tiene objeciones al plan para formular un conjunto de conclusiones y espera que las conclusiones y los comentarios, así como los resultados del estudio realizado por la Secretaría, puedan proporcionar una orientación armonizada y clara sobre el derecho internacional y la práctica.
