



# Asamblea General

Distr. limitada  
25 de julio de 2014  
Español  
Original: inglés

---

## Comisión de Derecho Internacional

### 66° período de sesiones

Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014

## Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones

*Relator:* Sr. Dire D. Tladi

### Capítulo X Identificación del derecho internacional consuetudinario

#### Índice

- A. Introducción
- B. Examen del tema en el actual período de sesiones
  - 1. Presentación por el Relator Especial de su segundo informe
  - 2. Resumen del debate
    - a) Observaciones generales
    - b) Términos empleados
    - c) Enfoque básico
    - d) "Una práctica general"
    - e) "Aceptada como derecho"
  - 3. Conclusiones del Relator Especial

GE.14-09506 (S) 040814 050814



\* 1 4 0 9 5 0 6 \*

Se ruega reciclar



## Capítulo X

### Identificación del derecho internacional consuetudinario

#### A. Introducción

1. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario" y nombró Relator Especial al Sr. Michael Wood<sup>1</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial (A/CN.4/653)<sup>2</sup>. También en ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podían ser de particular interés para este tema<sup>3</sup>.

2. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/663), así como el memorando de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/659)<sup>4</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió cambiar el título del tema a "Identificación del derecho internacional consuetudinario".

#### B. Examen del tema en el actual período de sesiones

3. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/672). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3222<sup>a</sup> a 3227<sup>a</sup>, celebradas del 11 al 18 de julio de 2014.

##### 1. Presentación por el Relator Especial de su segundo informe

4. El segundo informe se centró en los dos elementos constitutivos de las normas de derecho internacional consuetudinario: "una práctica general" y "aceptada como derecho". En el informe se proponían 11 proyectos de conclusión, divididos en cuatro partes ("introducción", "dos elementos constitutivos", "una práctica general" y "aceptada como derecho").

[5]. Tras una introducción en la que se recordaban los antecedentes del tema, la primera parte del informe presentaba el alcance y los resultados previstos de la labor al respecto. El alcance y los límites del ámbito de aplicación del proyecto de conclusiones se abordaban en

---

<sup>1</sup> En su 3132ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párr. 157). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 63º período de sesiones (2011), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del Informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10)*, párrs. 305 a 314).

<sup>2</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párrs. 157 a 202.

<sup>3</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>4</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/68/10)*, párr. 64.

el proyecto de conclusión 1<sup>5</sup>, y algunos de los términos que se consideraba útil definir a los efectos de la labor se reflejaron en el proyecto de conclusión 2<sup>6</sup>. A continuación, en su segunda parte, el informe se centraba en los aspectos fundamentales del tema, a saber, el enfoque básico para la identificación del derecho internacional consuetudinario. El proyecto de conclusión 3 exponía con claridad el enfoque basado en dos elementos<sup>7</sup>, y el proyecto de conclusión 4 constituía una disposición general sobre la valoración de la prueba a tal fin<sup>8</sup>. Los dos elementos se trataban con mayor grado de detalle en las dos partes siguientes, respectivamente. La tercera parte contenía cinco proyectos de conclusión relativos al carácter y la prueba de "una práctica general", a saber, la función de la práctica (proyecto de conclusión 5), la atribución del comportamiento (proyecto de conclusión 6), las formas de la práctica (proyecto de conclusión 7), la ponderación de la prueba de la práctica (proyecto de conclusión 8) y la generalidad y uniformidad de la práctica (proyecto de conclusión 9)<sup>9</sup>. En la cuarta parte se abordaba el segundo de los dos elementos, "aceptada

<sup>5</sup> El proyecto de conclusión 1 decía lo siguiente:

***Alcance***

1. Los presentes proyectos de conclusión se refieren a la metodología para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.
2. Los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de la metodología relativa a otras fuentes del derecho internacional y de las cuestiones relacionadas con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*).

<sup>6</sup> El proyecto de conclusión 2 decía lo siguiente:

***Términos empleados***

A los efectos de los presentes proyectos de conclusión:

- a) Por "derecho internacional consuetudinario" se entienden las normas de derecho internacional que se derivan de una práctica general aceptada como derecho y la reflejan;
- b) Por "organización internacional" se entiende una organización intergubernamental;
- c) ...

<sup>7</sup> El proyecto de conclusión 3 decía lo siguiente:

***Enfoque básico***

Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y su contenido es necesario comprobar que existe una práctica general aceptada como derecho.

<sup>8</sup> El proyecto de conclusión 4 decía lo siguiente:

***Valoración de la prueba***

Al valorar la prueba de la existencia de una práctica general aceptada como derecho, debe tenerse en cuenta el contexto, incluidas las circunstancias que rodean el caso.

<sup>9</sup> La tercera parte (proyectos de conclusión 5 a 9) decía lo siguiente:

***Una práctica general***

Proyecto de conclusión 5

***Función de la práctica***

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

Proyecto de conclusión 6

***Atribución del comportamiento***

La práctica del Estado consiste en un comportamiento que es atribuible a un Estado, ya sea en el ejercicio de funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.

como derecho", en dos proyectos de conclusión sobre la función y la prueba de la aceptación como derecho (proyectos de conclusión 10 y 11, respectivamente)<sup>10</sup>.

Proyecto de conclusión 7

***Formas de la práctica***

1. La práctica puede adoptar gran variedad de formas e incluye tanto actos físicos como verbales.
2. Las manifestaciones de la práctica incluyen, entre otras cosas, el comportamiento de los Estados "sobre el terreno", la correspondencia y los actos diplomáticos, la legislación, las sentencias de los tribunales nacionales, las publicaciones oficiales en el ámbito del derecho internacional, las declaraciones formuladas en nombre de los Estados relativas a la labor de codificación, la práctica relacionada con los tratados y los actos relacionados con resoluciones de órganos de organizaciones y conferencias internacionales.
3. La inacción también puede constituir práctica.
4. Los actos (o la inacción) de organizaciones internacionales también pueden constituir práctica.

Proyecto de conclusión 8

***Ponderación de la prueba de la práctica***

1. No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica.
2. Se tendrá en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate. Cuando los órganos del Estado no mantengan una posición unánime, se dará menos peso a su práctica.

Proyecto de conclusión 9

***La práctica debe ser general y uniforme***

1. Para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debe ser general, es decir, deber ser suficientemente generalizada y representativa. La práctica no tiene que ser universal.
2. La práctica debe ser, en general, uniforme.
3. Siempre que la práctica sea suficientemente general y uniforme, no se requiere que tenga una duración concreta,
4. Al examinar la práctica, se ha de prestar la debida consideración a la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados.

<sup>10</sup> La cuarta parte (proyectos de conclusión 10 y 11) decía lo siguiente:

***Aceptada como derecho***

Proyecto de conclusión 10

***Función de la aceptación como derecho***

1. El requisito, como elemento del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho quiere decir que la práctica en cuestión debe ir acompañada de un sentido de obligación jurídica.
2. La aceptación como derecho es lo que distingue una norma de derecho internacional consuetudinario de un simple hábito o uso.

Proyecto de conclusión 11

***Prueba de la aceptación como derecho***

1. La prueba de la aceptación de una práctica general como derecho puede adoptar gran diversidad de formas, que pueden variar según la naturaleza de la norma y las circunstancias en que esta deba aplicarse.
2. Las formas de la prueba incluyen, entre otras cosas, las declaraciones de los Estados que indican qué constituye o no una norma de derecho internacional consuetudinario, la correspondencia diplomática, la jurisprudencia de los tribunales nacionales, las opiniones de los asesores jurídicos de los gobiernos, las publicaciones oficiales en ámbitos del derecho internacional, la práctica convencional y los actos relacionados con resoluciones de órganos de organizaciones internacionales y conferencias internacionales.

5. En su introducción, el Relator Especial recordó aspectos de los debates sobre el alcance y los resultados del tema mantenidos en el período de sesiones de 2013 de la Comisión. Señaló, en particular, que estaba previsto que el resultado de la labor sobre el tema fuera un conjunto de "conclusiones" con comentarios, lo que contaba con el amplio apoyo de la Comisión y la Sexta Comisión. No obstante, se sugirió que la forma final pudiera revisarse a medida que avanzaran los trabajos sobre el tema. El Relator Especial también indicó que no tenía la intención de examinar los principios generales del derecho ni el *jus cogens* como parte del presente tema.

6. El Relator Especial recordó que el tema, como se señalaba en la primera parte del informe, no tenía por objeto determinar el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario, sino referirse a la cuestión metodológica de la identificación de la existencia y del contenido de esas normas.

7. El aspecto principal del segundo informe era el enfoque basado en dos elementos para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial señaló que ese enfoque era ampliamente seguido en la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales y las cortes internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, y que había recibido apoyo en la Sexta Comisión. También había recibido un respaldo general por parte de la doctrina. Asimismo, el Relator Especial recordó la opinión de que en algunos ámbitos del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, podía bastar un solo elemento, a saber, la *opinio juris*, para que exista una norma de derecho internacional consuetudinario, y subrayó que ese punto de vista no estaba respaldado por la práctica de los Estados ni la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, podía haber diferencias en la aplicación del enfoque basado en dos elementos en diferentes campos o con respecto a distintos tipos de normas.

8. Después de abordar los aspectos básicos del enfoque basado en dos elementos, el informe examinó más detenidamente cada uno de esos dos elementos. Comenzando por el primero, "una práctica general", el Relator Especial indicó que esa expresión era preferible a "práctica de los Estados", pues reflejaba los términos del artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y reconoció que la práctica de las organizaciones internacionales también podía ser pertinente. Asimismo, se señaló que la formulación del proyecto de conclusión sobre la función de la práctica, que proponía que era principalmente la práctica de los Estados la que contribuía a la creación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario, procedía, en parte, de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. De manera similar, el proyecto de conclusión sobre la atribución del comportamiento propuesto en el informe se basaba, en gran medida, en los *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*.

9. El informe también abordaba con cierto grado de detalle las denominadas "manifestaciones de la práctica", es decir, los actos o las omisiones que podían ser pertinentes para determinar "una práctica general". El Relator Especial se refirió a seis puntos relacionados con esta parte del informe. En primer lugar, la práctica podía consistir en un comportamiento tanto verbal como físico. En segundo lugar, las listas indicativas de las manifestaciones de la práctica eran útiles, en particular dado el objetivo general del tema, si bien ese tipo de listas no iban a ser forzosamente exhaustivas. En tercer lugar, muchos de los tipos de prácticas enumerados también podían servir como prueba de la

---

3. La inacción también puede constituir prueba de la aceptación como derecho.

4. El hecho de que un acto (o una inacción) de un Estado establezca una práctica a los efectos de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario no impide que ese mismo acto constituya una prueba de que la práctica en cuestión es aceptada como derecho.

aceptación de una práctica como derecho. En cuarto lugar, la práctica de los tratados y las resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales constituían en la actualidad dos de las manifestaciones de la práctica más importantes, y se examinarían con más detalle en el próximo informe. En quinto lugar, no debía pasarse por alto la importancia práctica de la inacción o el silencio. Por último, la práctica de algunas organizaciones internacionales podía ser cada vez más importante, si bien debía evaluarse con cautela.

10. El Relator Especial señaló que no había una jerarquía predeterminada entre las diversas formas de la práctica, y que debía tenerse en cuenta toda la práctica disponible del Estado en cuestión. Además, la práctica tenía que ser general y uniforme. Para ser de carácter general, debía ser suficientemente generalizada y representativa, aunque no era necesario que fuera universal. Siempre que se cumplieran esas condiciones, no se requería que la práctica tuviera una duración concreta mínima. Asimismo, se había de prestar la debida consideración a la práctica de los Estados cuyos intereses se veían especialmente afectados.

11. En cuanto al segundo de los dos elementos, "aceptada como derecho", el Relator Especial subrayó que muchas de las dificultades habitualmente asociadas con ese elemento habían sido más teóricas que prácticas. Para que fuera aceptada como derecho, la práctica general debía entrañar una obligación jurídica, y eso era lo que distinguía una norma de derecho internacional consuetudinario de un mero uso o costumbre. También señaló que era preferible emplear la expresión "aceptada como derecho", tomada del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que referirse a la *opinio juris* o a otros términos utilizados en la jurisprudencia, ya que describía mejor lo que sucedía en la práctica que otras expresiones de uso común. El empleo de la expresión "aceptada como derecho" también evitaría tener que interpretar la expresión latina *opinio juris sive necessitatis*, que seguía siendo discutible.

12. A continuación, se abordaba en el informe la cuestión fundamental de la manera de probar la aceptación (o no aceptación) de la práctica como derecho. Se llegaba a la conclusión de que la aceptación podía venir indicada por la práctica o inferirse de ella, aunque se destacó que el elemento subjetivo era, no obstante, un requisito distinto de la "práctica general" que debía identificarse por separado en cada caso. El Relator Especial señaló que tal vez fuera preciso elaborar otro proyecto de conclusión para aclarar ese punto. Al igual que en el caso de la "práctica", la prueba de la "aceptación como derecho" podía adoptar diversas formas, y el informe ofrecía una lista indicativa, no exhaustiva, de tales formas.

13. El Relator Especial expresó su profundo agradecimiento por las contribuciones y el apoyo que había recibido para la elaboración del segundo informe, así como por las comunicaciones escritas sobre el tema enviadas por varios gobiernos. Señaló que en su tercer informe, que presentaría el año siguiente, se examinarían con más detalle otros aspectos relacionados con el tema y, en ese sentido, dijo que seguiría agradeciendo cualquier opinión o aportación que se hiciera a medida que la labor sobre el tema avanzase. Además de la cuestión de la interacción de los dos elementos, el Relator Especial pidió opiniones sobre la función de la práctica de los agentes no estatales, el papel de las resoluciones de las organizaciones y las conferencias internacionales, la función de los tratados (y la relación con ellos), la tarea de valorar la prueba de la práctica y la aceptación como derecho, y la manera de abordar los retos relacionados con la valoración de la práctica de los Estados y su prueba.

14. El Relator Especial también señaló que las cuestiones relativas al derecho internacional consuetudinario "especial" o "regional", incluida la "costumbre bilateral", que se habían planteado en la Sexta Comisión en 2013, se tratarían en su tercer informe, en 2015.

## 2. Resumen del debate

### a) Observaciones generales

15. La orientación general y el enfoque del Relator Especial recibieron un amplio apoyo. El enfoque basado en dos elementos fue acogido favorablemente de manera unánime. Hubo un amplio consenso en que el resultado de la labor debía ser un instrumento práctico de especial utilidad para los profesionales que no eran especialistas en derecho internacional. En ese sentido, se recomendó que el proyecto de conclusiones fuera claro y reflejara los matices y precisiones necesarias. También hubo un acuerdo general en que el proyecto de conclusiones no debía ser excesivamente prescriptivo y debía reflejar la flexibilidad inherente al derecho internacional consuetudinario.

16. Sin embargo, se plantearon algunas cuestiones en relación con el alcance del tema. Algunos miembros de la Comisión pidieron que se hiciera una referencia más directa al proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario, además del examen de la prueba del derecho internacional consuetudinario. Asimismo, inquietaba a varios miembros que no se hubiera hecho un examen detallado de la relación existente entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes de derecho internacional, en particular los principios generales del derecho. También se señaló que convendría examinar la relación con los usos y la cortesía.

17. Se elogiaron los esfuerzos del Relator Especial por basarse en la práctica de diferentes lugares del mundo, aunque varios miembros destacaron la dificultad de determinar qué práctica seguían los Estados en la materia. Dada la importancia fundamental de facilitar el acceso a la práctica y su disponibilidad, se consideró útil volver a pedir a los gobiernos que presentaran información sobre su práctica en relación con la identificación del derecho internacional, así como sobre las recopilaciones y otras publicaciones en que figurara la práctica de los Estados sobre este tema. A pesar de las dificultades para determinar la práctica de los Estados, algunos miembros recomendaron no recurrir excesivamente a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en comparación con otros tribunales y cortes internacionales.

18. También hubo un intercambio de opiniones sobre la cuestión conexas de determinar en quién recaía la carga de la prueba de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros de la Comisión debatieron acerca de si en una controversia sobre la existencia de una determinada norma, la carga de la prueba correspondía a la parte que alegaba o negaba la norma, o si era el juez quien debía adoptar medidas para determinar la prueba.

19. En general, se expresó apoyo al futuro programa de trabajo propuesto por el Relator Especial. Algunos miembros acogieron con satisfacción la propuesta de examinar la interacción entre los dos elementos del derecho internacional consuetudinario, y varios miembros pidieron que se tuvieran en cuenta en particular los aspectos temporales de la interacción. También se acogió con agrado la idea de abordar con más detalle la función de las organizaciones internacionales, así como de la costumbre regional y bilateral y la noción de "objeto persistente". Sin embargo, algunos miembros expresaron reservas respecto del ambicioso ritmo de trabajo propuesto por el Relator Especial y señalaron que el tema abarcaba muchas cuestiones complejas que debían examinarse con cautela y minuciosidad.

### b) Términos empleados

20. Hubo un intercambio de opiniones sobre la conveniencia de incluir las definiciones de "derecho internacional consuetudinario" y de "organizaciones internacionales" propuestas en el proyecto de conclusión sobre los términos empleados. Algunos miembros dudaban de que las definiciones fueran necesarias o adecuadas, mientras que otros

consideraban que las definiciones eran útiles y propusieron que también se definieran otros términos, como los dos elementos del derecho internacional consuetudinario.

21. Con respecto a la definición del derecho internacional consuetudinario propuesta por el Relator Especial en el proyecto de conclusión 2, se mantuvo un extenso debate sobre dos puntos en torno a los cuales había opiniones diferentes: la conveniencia de basar esa definición en la formulación del artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la de utilizar la expresión *opinio juris*. Varios miembros apoyaron la idea de basar la definición en el texto del Estatuto, aunque algunos señalaron que esta definición había sido muy criticada en la doctrina. Algunos miembros observaron que *opinio juris* era la expresión más comúnmente empleada en la jurisprudencia y la doctrina, y pidieron que se sustituyera la expresión "aceptada como derecho" por "*opinio juris*", mientras que otros miembros propusieron que se incluyeran referencias a ambas expresiones.

**c) Enfoque básico**

22. Hubo acuerdo general en el enfoque básico de dos elementos para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. En particular, la opinión de que el enfoque básico no variaba de una esfera a otra del derecho internacional en general recibió el apoyo de los miembros de la Comisión. No obstante, algunos miembros señalaron que había enfoques diferentes respecto de la identificación en los distintos ámbitos pero reconocieron que la variación podía ser una diferencia en la aplicación del enfoque basado en dos elementos más que un enfoque distinto.

23. A la espera del examen que realizaría el Relator Especial en su próximo informe sobre la interacción entre ambos elementos, varios miembros formularon observaciones sobre los aspectos temporales del enfoque basado en dos elementos. Preocupaba que el enfoque, tal como se articulaba en el proyecto de conclusión 3, parecía dar a entender que la "aceptación como derecho" siempre debía ir precedida de "una práctica general". Varios miembros indicaron que lo fundamental era la existencia de los dos elementos, no el orden temporal.

24. En cuanto a la valoración de la prueba de una práctica general aceptada como derecho, hubo diferentes opiniones con respecto a la frase "debe tenerse en cuenta el contexto, incluidas las circunstancias que rodean el caso" propuesta en el proyecto de conclusión 4. Algunos miembros acogieron con agrado la mención del contexto, pues indicaba que el proceso era intrínsecamente flexible, mientras que otros miembros pidieron criterios más claros y específicos. También se planteó si el enfoque propuesto para la identificación reflejaba la realidad de la práctica internacional. Se señaló que el examen exhaustivo de la práctica de los Estados y la *opinio juris* era un ejercicio excepcional, ya que la prueba de la existencia de una norma casi siempre se buscaba primero en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y la labor de la Comisión de Derecho Internacional, o en las resoluciones de la Asamblea General y los tratados.

**d) "Una práctica general"**

25. Hubo distintos puntos de vista sobre la redacción del proyecto de conclusión 5, que en su parte pertinente proponía "[...] una práctica general significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la creación [...] de las normas de derecho internacional consuetudinario". Se sugirió que se aclarara la formulación para que la disposición indicara con precisión cuál es la práctica pertinente para determinar la existencia de "una práctica general", si bien la manera de aclararla divergía. En opinión de algunos miembros de la Comisión, el uso del término "principalmente" era inadecuado, ya que daba a entender que la práctica de entidades distintas del Estado también podía ser pertinente. Esos miembros consideraban que la práctica de las organizaciones



internacionales no debía tenerse en cuenta en el proceso de identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Otros miembros estimaban que la práctica de las organizaciones internacionales solo era pertinente en la medida en que reflejara la práctica de los Estados. Sin embargo, hubo otros que estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en que la práctica de las organizaciones internacionales como tal podía ser pertinente para el establecimiento de normas consuetudinarias, en particular en relación con determinadas esferas de actividad englobadas en los mandatos de esas organizaciones. Esos miembros mencionaron esferas como los privilegios e inmunidades, la responsabilidad de las organizaciones internacionales y la función de depositario de los tratados, en las que la práctica de las organizaciones internacionales era especialmente pertinente.

26. Los miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial de seguir examinando en el tercer informe la función de las organizaciones internacionales en relación con la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. En la medida en que la práctica de las organizaciones internacionales podía ser pertinente, algunos miembros pidieron que se analizaran las formas concretas que podía adoptar esa práctica. Algunos miembros también señalaron que podía ser útil, en su caso, el estudio de la función de la práctica de los agentes no estatales.

27. Con respecto a la cuestión de la atribución del comportamiento, varios miembros propusieron que se revisara la formulación del proyecto de conclusión 6, basado en gran medida en los *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. En opinión de esos miembros, la atribución debía concebirse de manera diferente en ese contexto, ya que, a los efectos del derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debía estar autorizada por el Estado. En los casos en que un órgano actuaba *ultra vires*, se cuestionaba si ese comportamiento debía considerarse una práctica de los Estados. También se puso en duda si el comportamiento de los agentes no estatales que actuaban en nombre del Estado constituía práctica pertinente al respecto.

28. Se expresó amplio apoyo a las formas propuestas del comportamiento de los Estados que podían constituir "una práctica general". En particular, varios miembros se felicitaron de que se incluyeran los actos tanto verbales como físicos, aunque algunos pidieron que se aclarase qué actos verbales eran pertinentes. Se dudaba de si los actos exclusivamente verbales podían dar lugar a "una práctica general" y de si los actos verbales debían transcribirse o reproducirse. Se recomendó que el proyecto de conclusiones abordara específicamente otras formas de actos verbales, como los actos diplomáticos de reconocimiento y de protesta. También se sugirió que los actos administrativos se mencionaran de manera explícita. Por último, se debatió la pertinencia de las alegaciones ante los tribunales y cortes internacionales como práctica de los Estados.

29. En cuanto a la inclusión de la "inacción" como una forma de práctica, en general se coincidió en que la cuestión debía estudiarse más a fondo y aclararse. Varios miembros consideraban que las condiciones concretas en que la inacción cobraba interés debían examinarse y señalaron que el silencio o la inacción solo podían ser pertinentes cuando las circunstancias requerían algún tipo de reacción. También se expresó la opinión de que la inacción o el silencio podían tener mayor o menor importancia dependiendo de si la inacción se refería a una norma restrictiva o a una práctica de terceros que el propio Estado no realizaba.

30. Con respecto a la valoración de la prueba de la práctica, se plantearon dudas en cuanto al sentido exacto de la oración "[n]o existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de la práctica" que figuraba en el proyecto de conclusión 8. Varios miembros señalaron que la práctica de determinados órganos del Estado era más importante que la de otros, mientras que algunos miembros observaron que los distintos órganos estaban en mayor o menor medida facultados para reflejar la posición internacional del Estado. Se propuso que, al evaluar la práctica de un órgano, se tuviera en cuenta si su

mandato estaba directamente relacionado con el contenido de la norma en cuestión y si actuaba en nombre del Estado en el ámbito internacional. También se expresó la opinión de que la práctica de los tribunales nacionales en la materia debía examinarse con cautela.

31. En cuanto a la cuestión conexa de si la falta de uniformidad en la práctica de un Estado debía disminuir el peso atribuido a la práctica de ese Estado, algunos miembros señalaron que esa falta de coherencia era material, mientras que otros opinaron que la práctica discordante de los órganos de rango inferior, o entre esos órganos, no debía incidir en el valor probatorio. También se expresó preocupación por que la formulación propuesta en el proyecto de conclusión 8 respecto de esa falta de coherencia interna era demasiado prescriptiva y mermaría la flexibilidad del proceso de identificación.

32. También se propuso que se tuvieran en cuenta otros criterios al determinar si las manifestaciones de la práctica eran válidas a los efectos de la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, se dijo que la práctica válida debía ser pública, cumplir la legislación nacional y estar relacionada de algún modo con el contenido de la norma en cuestión.

33. Hubo acuerdo general en que, para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica debía ser general y uniforme, aunque varios miembros expresaron inquietud por los términos concretos empleados en el proyecto de conclusión 9. En opinión de algunos miembros, había que analizar con detenimiento y aclarar las expresiones "suficientemente representativa" y "suficientemente extendida". Varios miembros también propusieron incluir el término "uniforme" o la expresión "prácticamente uniforme" en esa conclusión, así como la frecuencia o repetición de la práctica. Por último, se señaló que tal vez fuera conveniente estudiar con mayor detenimiento los casos en que la práctica divergente se dejaba de lado como una violación irrelevante de una norma existente o como una excepción en el proceso de formación.

34. El concepto de "Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados" que figuraba en el proyecto de conclusión 9, párrafo 4, fue objeto de un intenso debate. Varios miembros opinaron que el concepto era incompatible con la igualdad soberana de los Estados y no debía incluirse en el proyecto de conclusiones. Se señaló la escasa jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la materia, y algunos miembros observaron que la Corte no había considerado el concepto de aplicación general y solo había determinado que la práctica de los Estados especialmente afectados debía examinarse en el contexto específico de cada caso. Los miembros que no se oponían a incluir ese concepto en el proyecto de conclusiones subrayaron que no era una manera de otorgar un mayor peso a los Estados poderosos ni de determinar si la práctica estaba suficientemente extendida. Se sugirió que en última instancia se aclarara el papel que, en su caso, pudiera corresponder a los Estados especialmente afectados, incluido el papel que pudiera desempeñar ese concepto en el contexto de las normas regionales o bilaterales.

**e) "Aceptada como derecho"**

35. Hubo acuerdo general entre los miembros de la Comisión con respecto a la función de la "aceptación como derecho" en la determinación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, a algunos miembros les preocupaba que la referencia a "la creencia de que se trata de una obligación jurídica" no bastara para aclarar el papel del elemento subjetivo. Se señaló que, en ese sentido, tal vez fuera conveniente abordar la función de la práctica discordante en los casos en que un Estado trataba de modificar una norma existente.

36. Con respecto a la prueba de la aceptación como derecho, se debatió la noción de que un acto (o la inacción) pudiera establecer la existencia de una práctica y su aceptación como derecho. Algunos miembros señalaron que en general la aceptación de una práctica como

obligatoria en virtud del derecho no podía probarse mediante una mera referencia a la prueba de la propia práctica. En cambio, varios miembros señalaron que el denominado "doble cómputo" no les planteaba ningún problema y que la prueba de los dos elementos podía identificarse sobre la base de un examen del propio comportamiento. Se propuso estudiar más a fondo esa cuestión al examinar la interacción entre los dos elementos.

37. Se formularon algunas observaciones más sobre la prueba de la aceptación como derecho. Según algunos miembros, dicha aceptación debía ser prácticamente universal para poder establecer una norma. Otros miembros propusieron que se estudiara la función de las resoluciones de las organizaciones internacionales como posible prueba de la *opinio juris*. También se pidieron aclaraciones sobre algunos puntos. Por ejemplo, se consideró que era necesario examinar con más detenimiento los métodos utilizados para identificar la *opinio juris*, además de las formas de prueba enumeradas en el proyecto de conclusión 11. Dado el propósito práctico de la labor que se estaba llevando a cabo, sería conveniente aclarar la manera de distinguir entre las prácticas que ponían de manifiesto la aceptación como derecho y otros comportamientos. Por último, se indicó que era preciso prestar atención a la función de la valoración del elemento subjetivo por el Comité Internacional de la Cruz Roja, así como por las organizaciones profesionales y los juristas.

### 3. Conclusiones del Relator Especial

38. El Relator Especial observó que el "enfoque de dos elementos" seguía teniendo amplio apoyo entre los miembros de la Comisión y señaló que los aspectos temporales de los dos elementos, así como la relación entre ellos, merecían un examen más profundo. También destacó el acuerdo general entre los miembros de la Comisión en que las decisiones de los tribunales y las cortes internacionales eran una fuente importante de orientación sobre el particular. En cuanto al resultado del tema, los miembros de la Comisión seguían coincidiendo en que la labor al respecto debería dar lugar a la adopción de una guía práctica para ayudar a los profesionales en la tarea de identificar el derecho internacional consuetudinario, lo que mantendría un equilibrio entre la orientación y la flexibilidad. En opinión del Relator Especial, aún no estaba clara la necesidad de abordar expresamente el aspecto relativo a la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario.

39. El Relator Especial indicó que esa guía práctica debía adoptar la forma de un proyecto conciso de conclusiones sólidas y completas que se leyera juntamente con sus comentarios. Los comentarios, que constituirían un complemento indispensable al proyecto de conclusiones, debían ser relativamente breves, referirse únicamente a la práctica, los casos y la doctrina clave y basarse en los *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* o la *Responsabilidad de las organizaciones internacionales*.

40. El Relator Especial reiteró la importancia de la información presentada por los Estados sobre su práctica en materia de derecho internacional consuetudinario, así como la información sobre los compendios y las publicaciones conexas de los países, y señaló la utilidad para la labor de la Comisión de formular una petición a los Estados en ese sentido.

41. Con respecto a la cuestión general de qué práctica debía considerarse pertinente, el Relator Especial reconoció que se podía indicar con más claridad que el proyecto de conclusiones se refería antes que nada a la práctica de los Estados. No obstante, destacó que no podía desestimarse la práctica de algunas organizaciones internacionales en determinadas esferas, por ejemplo, en relación con los tratados, los privilegios e inmunidades o el derecho interno de las organizaciones internacionales.

42. En cuanto a la terminología empleada en el proyecto de conclusión 1, el Relator Especial reconoció que el término "metodología" planteaba dificultades, pero señaló que no necesariamente estas se habían resuelto mediante otras propuestas formuladas durante el debate. Hizo hincapié en que el texto de esa conclusión debía indicar que su objetivo era aclarar que el propósito del proyecto de conclusiones no era tratar de identificar las normas sustantivas de derecho internacional consuetudinario, sino el enfoque para identificar esas normas. El Relator Especial también reiteró sus dudas sobre la necesidad de mantener las definiciones propuestas en el proyecto de conclusión 2 en lugar de en el comentario.

43. El Relator Especial subrayó la importancia fundamental del enfoque básico establecido en el proyecto de conclusión 3 y su preferencia por mantener la formulación empleada en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Indicó que probablemente esa formulación era más pertinente que otras expresiones comunes, ya que daba cabida a prácticas diferentes de la de los Estados y una noción amplia del elemento subjetivo. No obstante, habida cuenta de las controversias en torno a la expresión "aceptada como derecho", el Relator Especial propuso complementarla con la expresión de uso común "*opinio juris*". También señaló que la opinión general era que no había enfoques diferentes respecto de la identificación de normas en los distintos ámbitos del derecho internacional, si bien se reconocía que la aplicación del enfoque básico podía variar en función de los diversos tipos de normas.

44. En cuanto al uso del término "principalmente" en el proyecto de conclusión 5, el Relator Especial aclaró que se empleó a fin de subrayar la función primordial de la práctica de los Estados, dejando abierta la posibilidad a que se tomara en consideración la práctica de las organizaciones internacionales.

45. El Relator Especial reconoció la necesidad de estudiar más a fondo si las normas sobre atribución adoptadas a los efectos de la responsabilidad de los Estados eran aplicables al contexto actual. También se refirió a la necesidad de seguir reflexionando sobre las cuestiones relativas a la licitud de las prácticas.

46. El amplio apoyo que había recibido el proyecto de conclusión 7, párrafos 1 y 2, era un motivo de satisfacción, en particular en lo referente a la inclusión de los actos tanto verbales como físicos. No obstante, el Relator Especial reconoció que era preciso abordar en el próximo informe las cuestiones sobre la inacción suscitadas por los párrafos 3 y 4.

47. Con respecto a la cuestión de una posible jerarquía entre las formas de la práctica y la práctica discordante dentro de un Estado, el Relator Especial aclaró que lo importante era que no existía una jerarquía "predeterminada", y que en absoluto estaba dando a entender que las acciones de los órganos inferiores tuvieran el mismo peso que la práctica de los órganos superiores.

48. El Relator Especial se felicitó del amplio apoyo que había recibido el proyecto de conclusión 9, si bien reconoció que la referencia a los "Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados" había sido polémica. Explicó que la formulación de la conclusión era cautelosa y que su intención no era sugerir que la práctica de determinados Estados poderosos debía considerarse esencial para la formación de normas de derecho internacional consuetudinario. Los Estados de que se tratase podían variar de una norma a otra, y la expresión no se refería a ningún Estado en particular.

49. Con respecto a los dos proyectos de conclusión sobre "aceptada como derecho", el Relator Especial reconoció que su formulación debía ajustarse más a la de los proyectos de conclusión sobre "una práctica general". Asimismo, dijo que la cuestión del denominado "doble cómputo" de un mismo comportamiento como prueba de la práctica y *opinio juris* había de seguir examinándose, ya que los miembros de la Comisión habían expresado puntos de vista diferentes al respecto.

50. En cuanto al futuro programa de trabajo sobre el tema, el Relator Especial señaló que el tercer informe trataría, en particular, de los diversos aspectos relacionados con las organizaciones internacionales, la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados, y las resoluciones de las organizaciones internacionales. En el tercer informe también se abordarían las cuestiones relativas al "objeto persistente" y la costumbre regional, local y bilateral. Asimismo, el Relator Especial subrayó la necesidad de examinar más a fondo el tema de la prueba y la cuestión conexa de la carga de la prueba.

51. El Relator Especial reconoció que el plan de presentar un informe final en 2016 con un proyecto revisado de conclusiones y sus comentarios podía ser ambicioso, pero aseguró a los miembros de la Comisión que no iba a forzar el avance de la labor en detrimento de la calidad. También propuso que, en la medida en que los proyectos de conclusión fueran aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el actual período de sesiones, por el momento se presentarían a título informativo en sesión plenaria<sup>11</sup> y se examinarían oficialmente en sesión plenaria en 2015.

---

<sup>11</sup> El informe del Presidente, que contiene el texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 66º período de sesiones, figura en el documento ... . La declaración del Presidente del Comité de Redacción en la que presenta ese informe se encuentra disponible en el sitio web de la Comisión: [www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc).