

Capítulo V

Identificación del derecho internacional consuetudinario

A. Introducción

53. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario” y nombró Relator Especial a Sir Michael Wood⁶⁵⁶. En el párrafo 7 de su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, la Asamblea General observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió cambiar el título del tema a “Identificación del derecho internacional consuetudinario”⁶⁵⁷.

54. En sus períodos de sesiones 65º (2013) a 68º (2016), la Comisión examinó cuatro informes del Relator Especial⁶⁵⁸ y dos memorandos de la Secretaría⁶⁵⁹.

55. En su 68º período de sesiones (2016), la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de 16 proyectos de conclusión, con sus comentarios, sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario⁶⁶⁰. Decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de conclusiones, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formularan comentarios y observaciones⁶⁶¹.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

56. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/717), una adición a dicho informe con una bibliografía actualizada sobre el tema (A/CN.4/717/Add.1), y los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos (A/CN.4/716). La Comisión también tuvo ante sí un memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710).

57. La Comisión examinó el quinto informe del Relator Especial en sus sesiones 3396ª a 3402ª, del 7 al 14 de mayo de 2018. En su 3402ª sesión, celebrada el 14 de mayo de 2018, la Comisión remitió los proyectos de conclusión 1 a 16 al Comité de Redacción y le encomendó que procediera a la segunda lectura del proyecto de conclusiones sobre la base de las propuestas del Relator Especial, teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de los Gobiernos y el debate celebrado en sesión plenaria sobre el informe del Relator Especial.

58. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.908) en su 3412ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 2018, y aprobó, en segunda lectura, el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (secc. E.1 *infra*).

⁶⁵⁶ 3132ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 157). 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 (*ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, págs. 327 a 336). En su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 65.

⁶⁵⁸ Véanse A/CN.4/663 (primer informe), A/CN.4/672 (segundo informe), A/CN.4/682 (tercer informe) y A/CN.4/695 y Add.1 (cuarto informe y adición).

⁶⁵⁹ Véanse A/CN.4/659 (memorando de la Secretaría) y A/CN.4/691 (memorando de la Secretaría).

⁶⁶⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 57 y 59.

⁶⁶¹ *Ibid.*, párr. 60.

59. En su 3402ª sesión, celebrada el 14 de mayo de 2018, la Comisión decidió constituir un grupo de trabajo, presidido por el Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, para que prestara asistencia al Relator Especial en la preparación del proyecto de comentarios al proyecto de conclusiones que debía aprobar la Comisión. El grupo de trabajo celebró dos reuniones entre los días 3 y 4 de mayo de 2018.

60. En sus sesiones 3441ª a 3443ª, celebradas los días 2 y 3 de agosto de 2018, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones anteriormente mencionado (secc. E.2 *infra*).

61. En su 3441ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2018, la Comisión pidió que el memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710) se publicará nuevamente a fin de reflejar el texto del proyecto de conclusiones y los comentarios aprobados en segunda lectura.

62. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de conclusiones, junto con la recomendación que figura a continuación.

C. Recomendación de la Comisión

63. En su 3444ª sesión, celebrada el 6 de agosto de 2018, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar que la Asamblea General:

a) tome nota del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario en una resolución, adjunte el proyecto de conclusiones como anexo de la resolución y vele por su máxima difusión;

b) señale el proyecto de conclusiones y sus comentarios a la atención de los Estados y de todos aquellos que puedan estar llamados a identificar normas de derecho internacional consuetudinario;

c) tome conocimiento de la bibliografía preparada por el Relator Especial (A/CN.4/717/Add.1);

d) tome conocimiento del memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710), en el que se analiza el estado actual de la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario y se sugieren mejoras;

e) dé seguimiento a las sugerencias que figuran en el memorando de la Secretaría:

i) señalando a la atención de los Estados y las organizaciones internacionales la conveniencia de que publiquen repertorios y estudios de su práctica en relación con el derecho internacional, de que sigan difundiendo ampliamente la práctica de los Estados en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial y de que hagan todo lo posible por apoyar las publicaciones y bibliotecas existentes especializadas en derecho internacional;

ii) solicitando a la Secretaría que siga ampliando y mejorando las publicaciones de las Naciones Unidas que recogen pruebas relativas al derecho internacional consuetudinario y que asegure su publicación oportuna; y

iii) solicitando también a la Secretaría que difunda la información que figura en los anexos del memorando sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710) mediante una base de datos en línea que se actualice periódicamente con la información recibida de los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades interesadas⁶⁶².

⁶⁶² A/CN.4/710, párrs. 7 a 10.

D. Agradecimiento al Relator Especial

64. En su 3444ª sesión, celebrada el 6 de agosto de 2018, la Comisión, tras aprobar el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

“*La Comisión de Derecho Internacional,*

Habiendo aprobado el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional,

Expresa su profundo reconocimiento y su sincera felicitación al Relator Especial, Sir Michael Wood, por la extraordinaria contribución realizada, con su inagotable esfuerzo y su concienzuda labor, a la preparación del proyecto de conclusiones, así como por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.”

E. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario

1. Texto del proyecto de conclusiones

65. A continuación se reproduce el texto del proyecto de conclusiones aprobado por la Comisión, en segunda lectura, en su 70º período de sesiones:

Identificación del derecho internacional consuetudinario

Primera parte

Introducción

Conclusión 1

Alcance

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

Segunda parte

Enfoque básico

Conclusión 2

Dos elementos constitutivos

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

Conclusión 3

Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

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

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

Tercera parte

Una práctica general

Conclusión 4

Requisito de la práctica

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

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

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

Conclusión 5

Comportamiento del Estado como práctica del Estado

La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.

Conclusión 6

Formas de práctica

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

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

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

Conclusión 7

Valoración de la práctica de un Estado

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

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

Conclusión 8

La práctica ha de ser general

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

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

Cuarta parte
Aceptada como derecho (*opinio iuris*)

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

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

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

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

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

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

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

Quinta parte
Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario

Conclusión 11
Tratados

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

- a) ha codificado una norma de derecho internacional consuetudinario existente en el momento en que se celebró el tratado;
- b) ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado; o
- c) ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.

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

Conclusión 12
Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

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

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

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

Conclusión 13

Decisiones de cortes y tribunales

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

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

Conclusión 14

Doctrina

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

Sexta parte

Objetor persistente

Conclusión 15

Objetor persistente

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

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

3. La presente conclusión se entiende sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

Séptima parte

Derecho internacional consuetudinario particular

Conclusión 16

Derecho internacional consuetudinario particular

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

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

2. Texto del proyecto de conclusiones y sus comentarios

66. El texto del proyecto de conclusiones, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en segunda lectura figura a continuación.

Identificación del derecho internacional consuetudinario

Comentario general

1) Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de conclusiones ha de leerse con sus comentarios.

2) El presente proyecto de conclusiones se refiere a la metodología para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Trata de ofrecer orientaciones prácticas sobre la forma de determinar la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido. Es una cuestión que no solo interesa a los especialistas en derecho internacional público: otros, como quienes trabajan en cortes y tribunales nacionales, se encuentran con una frecuencia cada vez mayor ante la necesidad de identificar normas de derecho internacional consuetudinario. En cada caso, ello requiere un minucioso proceso estructurado de análisis y evaluación jurídicos para asegurar la debida identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, promoviendo así la credibilidad de una determinación particular y del derecho internacional consuetudinario en general.

3) El derecho internacional consuetudinario es un derecho no escrito, derivado de la práctica aceptada como derecho. Sigue siendo una importante fuente del derecho internacional público⁶⁶³. El derecho internacional consuetudinario es una de las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que, en su apartado b), menciona “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”⁶⁶⁴. Ese enunciado refleja los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario: la práctica general y su aceptación como derecho (esta última a menudo denominada *opinio iuris*)⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Algunos importantes ámbitos del derecho internacional todavía se rigen esencialmente por el derecho internacional consuetudinario, ya que los tratados aplicables son escasos o inexistentes. Incluso cuando hay un tratado en vigor, las normas de derecho internacional consuetudinario continúan rigiendo las cuestiones no reguladas en el tratado y se siguen aplicando en las relaciones con quienes no son parte en él y entre estos. Además, los tratados pueden remitir a normas de derecho internacional consuetudinario, y esas normas pueden tenerse en cuenta para la interpretación de un tratado de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331 (“Convención de Viena de 1969”). Además, a veces puede ser necesario determinar el derecho aplicable en el momento en que se produjeron ciertos actos (“el derecho intertemporal”), que puede ser el derecho internacional consuetudinario incluso si ya hay un tratado en vigor. En cualquier caso, una norma de derecho internacional consuetudinario puede seguir existiendo y siendo aplicable, al margen de un tratado, incluso cuando ambos tienen el mismo contenido e incluso entre las partes en el tratado (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 págs. 93 a 96, párrs. 174 a 179; y *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 3 y ss., en especial págs. 47 y 48, párr. 88).

⁶⁶⁴ Ese enunciado fue propuesto por el Advisory Committee of Jurists, establecido en 1920 por la Sociedad de las Naciones para elaborar un proyecto de estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y se mantuvo sin cambios en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en 1945. Si bien se ha criticado la redacción por imprecisa, en general se considera que la fórmula capta la esencia del derecho internacional consuetudinario.

⁶⁶⁵ En el proyecto de conclusiones y sus comentarios, se ha mantenido la expresión latina “*opinio iuris*” junto con “aceptación como derecho” por su prevalencia en el discurso jurídico (incluida la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia) y porque puede captar mejor la naturaleza particular del elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario como referencia a la convicción jurídica y no al consentimiento formal.

4) La identificación del derecho internacional consuetudinario es una cuestión sobre la que hay gran cantidad de material, incluidas jurisprudencia y doctrina⁶⁶⁶. El proyecto de conclusiones refleja el enfoque adoptado por los Estados, así como por las cortes, tribunales y organizaciones internacionales y la mayoría de los autores. Reconociendo que el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario no siempre se presta a formulaciones exactas, el proyecto de conclusiones trata de ofrecer una orientación clara sin ser excesivamente prescriptivo.

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

Primera parte

Introducción

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

Conclusión 1

Alcance

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

Comentario

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

2) La expresión “derecho internacional consuetudinario” se utiliza en todos los proyectos de conclusión por ser de uso común y la que refleja más claramente la naturaleza de esta fuente del derecho internacional. A veces hay instrumentos jurídicos, jurisprudencia y doctrina que contienen otras expresiones como “costumbre”, “costumbre internacional” y “derecho consuetudinario internacional”, así como “derecho de gentes” y “derecho internacional general”⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ El presente comentario no contiene referencias a la doctrina en la materia, aunque puede ser útil (y se mencionó de manera pormenorizada en los informes del Relator Especial). En el anexo II del quinto informe (A/CN.4/717/Add.1) figura una bibliografía que incluye secciones que corresponden a las cuestiones tratadas en los distintos proyectos de conclusiones, así como secciones relativas al derecho internacional consuetudinario en diversas esferas.

⁶⁶⁷ Algunas de estas expresiones pueden utilizarse en otros sentidos; en particular, el “derecho internacional general” se utiliza de diversas formas (que no siempre se especifican claramente), entre otras para referirse a las normas de derecho internacional de aplicación general, ya se trate de derecho de los tratados, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho. Véase un análisis judicial de la expresión “derecho internacional general” en *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 665 y ss., en especial pág. 782 (opinión separada de la Magistrada Donoghue, párr. 2) y págs. 846 a 849 (opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard, párrs. 12 a 17).

3) En el presente proyecto de conclusiones y sus comentarios, la referencia a las “normas” de derecho internacional consuetudinario incluye aquellas que pueden considerarse “principios” por ser de carácter más general y fundamental⁶⁶⁸.

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

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

6) Hay otras cuestiones que no se tratan en los proyectos de conclusión. En primer lugar, estos no abordan el contenido del derecho internacional consuetudinario: se ocupan únicamente de la cuestión metodológica de la manera en que han de identificarse las normas de derecho internacional consuetudinario⁶⁶⁹. En segundo lugar, no intentan explicar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (las convenciones internacionales, sean generales o particulares, y los principios generales del derecho); los proyectos de conclusión solo abordan esta cuestión en la medida en que es necesario para explicar la manera en que han de identificarse las normas de derecho internacional consuetudinario. En tercer lugar, los proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de las cuestiones de jerarquía entre las normas de derecho internacional, en particular en el caso de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), o de las cuestiones relativas a la naturaleza *erga omnes* de determinadas obligaciones. En cuarto lugar, los proyectos de conclusión no se ocupan de la posición del derecho internacional consuetudinario en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por último, los proyectos de conclusión no abordan en términos generales la cuestión de una posible carga de la prueba de ese derecho.

Segunda parte

Enfoque básico

La segunda parte enuncia el enfoque básico de la identificación del derecho internacional consuetudinario. Consta de dos proyectos de conclusión y especifica que la determinación de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere que se establezca la existencia de dos elementos constitutivos: una práctica

⁶⁶⁸ Véase también *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 246 y ss., en especial págs. 288 a 290, párr. 79 (“la asociación de los términos ‘normas’ y ‘principios’ no es más que el uso de una expresión dual para transmitir una misma y única idea, ya que en este contexto [de definir el derecho internacional aplicable] el término ‘principios’ designa claramente principios del derecho, de manera que comprende también las normas de derecho internacional, en cuyo caso puede justificarse el uso del término ‘principios’ debido a su carácter más general y fundamental”).

⁶⁶⁹ Así pues, en los presentes comentarios se hace referencia a determinadas resoluciones de cortes y tribunales para ilustrar la metodología de las decisiones, no su contenido.

general y la aceptación de esa práctica como derecho (*opinio iuris*). Ello requiere un análisis detallado de la prueba respecto de cada elemento.

Conclusión 2

Dos elementos constitutivos

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 establece el enfoque básico, según el cual la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere que se investiguen dos cuestiones distintas, aunque conexas: si hay una práctica general y si esa práctica general es aceptada como derecho (es decir, va acompañada de la *opinio iuris*). En otras palabras, es preciso examinar lo que los Estados hacen realmente y tratar de determinar si reconocen una obligación o un derecho de actuar de ese modo. Esta metodología, el enfoque “basado en dos elementos”, fundamenta los proyectos de conclusión y cuenta con un amplio apoyo por parte de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina. Sirve para asegurar que el ejercicio de identificación de normas de derecho internacional consuetudinario solo dé lugar a la determinación de normas que existen realmente⁶⁷⁰.

2) Una práctica general y la aceptación de esa práctica como derecho (*opinio iuris*) son los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario: juntos son condiciones esenciales para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, la identificación de una norma de ese tipo entraña un examen minucioso de las pruebas disponibles para establecer su presencia en un caso determinado. Esto se ha visto confirmado, entre otras cosas, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que señala que “deben cumplirse dos condiciones”⁶⁷¹ y ha afirmado reiteradamente que “la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de ‘una práctica establecida’ junto con la *opinio iuris*”⁶⁷². Así pues, para determinar si una reclamación relativa a la existencia o el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario está bien fundada, es preciso buscar una práctica que haya adquirido tal aceptación entre los Estados que pueda considerarse la expresión de un derecho o una obligación jurídica (es decir, que se requiere, permite o prohíbe en derecho)⁶⁷³. El criterio a seguir ha de ser siempre: ¿existe una práctica general aceptada como derecho?

3) Cuando no pueda establecerse la existencia de una práctica general aceptada como derecho, se concluirá que la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no existe. Por ejemplo, en la causa relativa al *Derecho de asilo*, la Corte Internacional de

⁶⁷⁰ No basta con que las partes en una causa estén de acuerdo; es necesario cerciorarse de que efectivamente existe una práctica general que es aceptada como derecho. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 663 *supra*), págs. 97 y 98, párr. 184 (“Cuando dos Estados convienen en incorporar una determinada norma en un tratado, ese acuerdo basta para convertir esa norma en jurídica y vinculante para ellos; en cambio, en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran una norma no es suficiente. La Corte deberá cerciorarse de que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados se confirma con la práctica”).

⁶⁷¹ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 44, párr. 77.

⁶⁷² Véanse, por ejemplo, *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; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 13 y ss., en especial págs. 29 y 30, párr. 27; y *North Sea Continental Shelf* (véase la nota *supra*), pág. 44, párr. 77.

⁶⁷³ Por ejemplo, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, un amplio estudio de la práctica de los Estados en forma de legislación nacional, decisiones judiciales y reclamaciones y otras declaraciones oficiales, que se consideró que iba acompañada de la *opinio iuris*, sirvió para determinar el alcance de la inmunidad del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 672 *supra*), págs. 122 a 139, párrs. 55 a 91).

Justicia consideró que los hechos relativos a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (particular) ponían de manifiesto:

demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio de asilo diplomático y en las opiniones oficiales expresadas en diversas ocasiones; ha habido demasiada falta de coherencia en la rápida sucesión de convenciones sobre asilo, ratificadas por algunos Estados y rechazadas por otros, y la práctica se ha visto demasiado influida por consideraciones de conveniencia política en los distintos casos para que sea posible discernir en ellos un uso constante y uniforme, aceptado como derecho, en lo que respecta a la supuesta norma de calificación unilateral y definitiva del delito⁶⁷⁴.

4) Como aclara el proyecto de conclusión 2, la presencia de un solo elemento constitutivo no es suficiente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. La práctica sin aceptación como derecho (*opinio iuris*), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante, mientras que la convicción de que algo es (o debe ser) derecho sin respaldo en la práctica es una mera aspiración; deben concurrir ambas condiciones para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario⁶⁷⁵. Si bien a veces los autores han tratado de concebir enfoques alternativos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, destacando un elemento constitutivo frente al otro o incluso excluyendo totalmente alguno de los elementos, esas teorías no han sido adoptadas por los Estados ni la jurisprudencia.

5) El enfoque basado en dos elementos se califica a menudo de “inductivo”, a diferencia de los posibles enfoques “deductivos” que permitirían determinar la existencia de normas sin recurrir a pruebas empíricas de una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio iuris*). De hecho, el enfoque basado en dos elementos no excluye el ejercicio de deducción como herramienta, empleada con prudencia, para contribuir a su aplicación, 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 y la reflejan⁶⁷⁶, o al concluir que posibles normas de derecho internacional forman parte de un “régimen indivisible”⁶⁷⁷.

6) El enfoque basado en dos elementos se aplica a la identificación de la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario en todos los ámbitos del

⁶⁷⁴ *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 277.

⁶⁷⁵ En la causa relativa al *Derecho de paso*, por ejemplo, la Corte dictaminó que nada demostraba que la práctica recurrente de paso a través del territorio indio de las fuerzas armadas y la policía armada de Portugal entre Daman y los enclaves portugueses en la India, o entre los propios enclaves, estuviera autorizada o se ejerciera como derecho. La Corte explicó que, “habida cuenta de las circunstancias especiales del caso, esa necesidad de autorización previa del paso constituye, en opinión de la Corte, una denegación del derecho de paso. La práctica supone que el Estado soberano tenía la facultad discrecional de retirar o denegar su autorización. Se afirma que esa autorización siempre se concedía, pero, en opinión de la Corte, ello no influye en la situación jurídica. Nada en el expediente demuestra que los británicos o los indios estuvieran obligados a dar su autorización” (*Right of Passage over Indian Territory* (fondo), fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 6 y ss., en especial págs. 40 a 43). En la causa relativa a la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares*, la Corte consideró que: “La aparición, como *lex lata*, de una norma consuetudinaria que prohíba expresamente el uso de armas nucleares como tales es obstaculizada por las continuas tensiones entre la naciente *opinio iuris*, por una parte, y, por la otra, la aún firme adhesión a la doctrina de la disuasión” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 255, párr. 73). Véase también *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, causa núm. SCSL-2004-14-AR72(E), decisión sobre la moción preliminar fundada en la falta de competencia (reclutamiento de niños) de 31 de mayo de 2004, Tribunal Especial para Sierra Leona, pág. 13, párr. 17.

⁶⁷⁶ Ese parece ser el enfoque adoptado en la causa relativa a las *Plantas de celulosa (Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay))*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 55 y 56, párr. 101.

⁶⁷⁷ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 624 y ss., en especial pág. 674, párr. 139.

derecho internacional. Esto se confirma en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia, y va en consonancia con la unidad y coherencia del derecho internacional, que es un sistema jurídico único y no está dividido en diferentes ramas con su propio enfoque con respecto a las fuentes⁶⁷⁸. Si bien la aplicación práctica del enfoque básico puede perfectamente tener en cuenta las circunstancias particulares y el contexto en que ha surgido y funciona la supuesta norma⁶⁷⁹, la naturaleza esencial del derecho internacional consuetudinario como una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) debe respetarse siempre.

Conclusión 3

Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 3 se refiere a la valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario⁶⁸⁰. Ofrece orientación general para el proceso de determinación de la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario a partir de los diversos medios disponibles en el momento de la valoración, lo que refleja tanto el análisis sistemático y riguroso que se requiere como el carácter dinámico del derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional.

2) El párrafo 1 enuncia un principio general que subyace a todos los proyectos de conclusión, a saber, que la valoración de todos los medios disponibles debe ser cuidadosa y contextual. La existencia de una práctica general que sea aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) debe ser cuidadosamente investigada en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes⁶⁸¹. Ese análisis no solo hace más creíble cualquier decisión en particular, sino que también permite aplicar el enfoque basado en dos elementos, con la necesaria flexibilidad, en todos los ámbitos del derecho internacional.

3) El requisito de que se tome en consideración el contexto general refleja la necesidad de aplicar el enfoque basado en dos elementos teniendo en cuenta la materia que se afirma que regula la supuesta norma. Esto significa que, en cada caso, es preciso tener en cuenta los principios fundamentales del derecho internacional que puedan ser aplicables a la materia⁶⁸². Además, el tipo de medios consultados (y el examen de su disponibilidad o no)

⁶⁷⁸ Véanse también las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párr. 251 1).

⁶⁷⁹ Véase el proyecto de conclusión 3 *infra*.

⁶⁸⁰ El término “medios” se utiliza en este caso como un amplio concepto que designa todo el material que pueda considerarse como base para la identificación del derecho internacional consuetudinario, no en el sentido técnico empleado por determinadas cortes y tribunales o en determinados sistemas jurídicos.

⁶⁸¹ Véase también *North Sea Continental Shelf* (nota 671 *supra*), opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 175 (“Decidir si existen o no esos dos factores en el proceso de formación de una norma jurídica consuetudinaria es una cuestión delicada y difícil. La repetición, el número de ejemplos de práctica de los Estados y el tiempo necesario para la generación del derecho consuetudinario no pueden decidirse de manera matemática y uniforme. Cada uno de los hechos debe evaluarse en función de los diferentes casos y circunstancias”); *Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, [2018] EWCA Civ 1719 (19 de julio de 2018), párr. 19 (donde se afirma que la determinación del derecho internacional consuetudinario entraña un análisis exhaustivo y cuidadoso de una amplia variedad de medios).

⁶⁸² En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia estimó que la norma consuetudinaria de la inmunidad del Estado se derivaba del principio de la

depende de las circunstancias, y ciertas formas de práctica y de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) pueden revestir particular importancia en función del contexto. Por ejemplo, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia consideró que

[e]n el presente contexto, la práctica de los Estados, que sea especialmente trascendente, debe buscarse en las sentencias de las cortes y tribunales nacionales que han tenido ante sí la cuestión de si un Estado goza de inmunidad, en la legislación de los Estados que han sancionado leyes relativas a la inmunidad, en las pretensiones de inmunidad aducidas por los Estados ante cortes o tribunales extranjeros y en las declaraciones hechas por los Estados, primero en el curso del estudio amplio del tema llevado a cabo por la Comisión de Derecho Internacional y, después, en el contexto de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas [sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes]. La *opinio iuris* en este contexto se refleja en particular en la afirmación por los Estados que reclaman inmunidad de que el derecho internacional les reconoce un derecho a la inmunidad respecto de la jurisdicción de otros Estados; en el reconocimiento, por los Estados que conceden la inmunidad, de que el derecho internacional les impone la obligación de hacerlo; y, a la inversa, en la afirmación por los Estados, en otros casos, de un derecho a ejercer la jurisdicción sobre Estados extranjeros⁶⁸³.

4) La naturaleza de la norma en cuestión también puede ser importante a la hora de valorar los medios para establecer la existencia de una práctica general que es aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*). En particular, cuando se trata de normas que establecen prohibiciones, a veces puede ser difícil encontrar muchos ejemplos de práctica afirmativa de los Estados (por oposición a la inacción⁶⁸⁴); lo más probable es que las causas en que se examinan ese tipo de normas se orienten a valorar si la inacción es aceptada como derecho.

5) Habida cuenta de que el comportamiento puede estar plagado de ambigüedades, el párrafo 1 indica además que hay que tener en cuenta las circunstancias propias de cada uno de los medios; solo entonces puede valorarse debidamente. Por ejemplo, en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte

igualdad soberana de los Estados y, en ese contexto, debía considerarse conjuntamente con el principio de que cada Estado tiene soberanía sobre su propio territorio y que de esa soberanía emana la jurisdicción del Estado sobre los actos que se produzcan en ese territorio y las personas que se encuentren en él (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 672 *supra*), págs. 123 y 124, párr. 57). Véase también *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (nota 667 *supra*), opinión separada de la Magistrada Donoghue (párrs. 3 a 10). Asimismo, se ha señalado que “una norma de derecho internacional, ya sea consuetudinario o convencional, no se aplica de manera aislada; se aplica en relación con hechos y en el contexto de un marco más amplio de normas jurídicas del que tan solo es una parte” (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1980*, págs. 73 y ss., en especial pág. 76, párr. 10).

⁶⁸³ *Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 672 *supra*), pág. 123, párr. 55. En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, donde se planteó la cuestión de si la práctica de larga data de pescar con fines de subsistencia (reconocida por ambas partes en la causa) había pasado a ser una norma de derecho internacional consuetudinario (particular), la Corte Internacional de Justicia observó que “no es probable que la práctica, por su naturaleza concreta, especialmente dadas la lejanía de la zona y su escasa y dispersa población, esté documentada formalmente en ningún registro oficial. En opinión de la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho surgido de la práctica que ha permanecido ininterrumpido e incontestable durante un largo período de tiempo es especialmente significativo” (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial págs. 265 y 266, párr. 141). La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha señalado la dificultad de observar la práctica de los Estados en el campo de batalla: *Prosecutor v. Tadić*, causa IT-94-1-AR72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, de 2 de octubre de 1995, párr. 99.

⁶⁸⁴ Véase la inacción como forma de práctica en el proyecto de conclusión 6 *infra* y el párrafo 3) de su comentario.

Internacional de Justicia, al tratar de establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (particular), dijo lo siguiente:

Hay expresiones aisladas que figuran en la correspondencia diplomática que, si se consideran al margen de su contexto, podrían interpretarse como un reconocimiento de las pretensiones de los Estados Unidos de ejercer la jurisdicción consular y otros derechos establecidos mediante capitulación. Por otra parte, la Corte [no puede] ignorar el tenor general de la correspondencia, que indica que Francia y los Estados Unidos trataron en todo momento de encontrar una solución basada en un acuerdo mutuo y que ninguna de las partes tenía la intención de abandonar su posición jurídica⁶⁸⁵.

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

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

7) Aunque el derecho internacional consuetudinario se manifiesta en ejemplos de comportamiento que van acompañados de *opinio iuris*, los actos que constituyen la práctica pertinente no son en sí pruebas de la aceptación como derecho. Además, se requiere la aceptación como derecho (*opinio iuris*) no solo respecto de los que siguen la práctica, sino también de los que están en condiciones de reaccionar ante ella⁶⁸⁶. Así pues, no cabe una simple inferencia de la aceptación como derecho de la práctica en cuestión; según la Corte Internacional de Justicia, “actuar, o convenir en actuar, de determinada manera no demuestra de por sí nada en el plano jurídico”⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo de 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 200.

⁶⁸⁶ Véase también el párrafo 5) del comentario al proyecto de conclusión 9 *infra*.

⁶⁸⁷ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 44, párr. 76. En la causa *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo asimismo que: “Aunque las escasas decisiones judiciales dictadas en las causas mencionadas fueran suficientes para probar efectivamente la circunstancia aducida [...] ello demostraría solamente que, en la práctica, los Estados con frecuencia se abstendrían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional. La suposición del hecho no permite inferir que los Estados han sido conscientes de tener ese deber” (*The Case of the S.S. “Lotus”*, *P.C.I.J.*, Serie A, núm. 10 (1927), pág. 28). Véase también el proyecto de conclusión 9, párrafo 2, *infra*.

8) El párrafo 2 destaca que la existencia de un elemento no puede deducirse únicamente de la existencia del otro y que es necesario realizar una investigación por separado de cada uno de ellos. No obstante, el párrafo no excluye la posibilidad de que se usen los mismos medios para establecer la práctica y la aceptación como derecho (*opinio iuris*). Por ejemplo, la decisión de una corte o tribunal nacional puede ser una práctica pertinente y también indicar que el resultado de ella es obligatorio en virtud del derecho internacional consuetudinario. De manera análoga, el informe oficial de un Estado puede entenderse como práctica (o contener información sobre la práctica de ese Estado) y dar fe de las opiniones jurídicas en que se basa. No obstante, lo importante sigue siendo que los medios deben examinarse como parte de dos investigaciones distintas, para establecer la práctica y para establecer la aceptación como derecho.

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

Tercera parte

Una práctica general

Como se indica en el proyecto de conclusión 2 *supra*, para la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario es indispensable cerciorarse de la existencia tanto de una práctica general como de la aceptación de esa práctica como derecho (*opinio iuris*). La tercera parte proporciona una orientación más detallada sobre el primero de estos dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, “una práctica general”. También conocido como el elemento “material” u “objetivo”⁶⁸⁸, se refiere a los ejemplos de comportamiento que (cuando van acompañados de la aceptación como derecho) contribuyen a la creación o expresión del derecho internacional consuetudinario. Hay que tener en cuenta una serie de factores al valorar si una práctica general existe efectivamente.

Conclusión 4

Requisito de la práctica

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 4 especifica cuál es la práctica que se ha de tener en cuenta para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.

⁶⁸⁸ Llamado también a veces *usus* (uso), pero ello puede hacer que se confunda con el “simple uso o el simple hábito”, que debe distinguirse del derecho internacional consuetudinario: véase el proyecto de conclusión 9, párrafo 2, *infra*.

2) El párrafo 1 deja claro que es principalmente la práctica de los Estados la que debe examinarse para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario; de hecho, el elemento material del derecho internacional consuetudinario se denomina a menudo “práctica de los Estados”⁶⁸⁹. Dado que son los principales sujetos del ordenamiento jurídico internacional y gozan de competencias generales, los Estados desempeñan una función preponderante en la formación del derecho internacional consuetudinario y es fundamentalmente su práctica la que debe ser examinada para identificarla. De hecho, en muchos casos, la práctica de los Estados será la única pertinente para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, para poder “examinar cuáles son las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables al presente litigio [...] tiene que dirigir su atención a la práctica y la *opinio iuris* de los Estados”⁶⁹⁰.

3) El término “principalmente” tiene un doble propósito. Además de destacar la función primordial de la práctica de los Estados en la formación y la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, remite al lector a otra práctica que contribuye, en algunos casos, a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, que se aborda en el párrafo 2.

4) El párrafo 2 indica que, “en algunos casos”, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario⁶⁹¹. Si bien las organizaciones internacionales suelen servir de foros o catalizadores de la práctica de los Estados, el párrafo se refiere a la práctica que se atribuye a las propias organizaciones internacionales, y no a la práctica de los Estados que actúan dentro de ellas o en relación con ellas (que se atribuye a los Estados en cuestión)⁶⁹². En los casos en que la práctica de las propias organizaciones internacionales es pertinente (como se describe más adelante), debe entenderse que las referencias del proyecto de conclusiones y sus comentarios a la práctica de los Estados incluyen, *mutatis mutandis*, la práctica de las organizaciones internacionales.

5) Las organizaciones internacionales no son Estados⁶⁹³. Son entidades establecidas y dotadas de facultades por Estados (o por Estados y/u otras organizaciones internacionales)

⁶⁸⁹ La práctica de los Estados tiene otras funciones importantes en el derecho internacional público, en particular en relación con la interpretación de los tratados, pero escapan al alcance del presente proyecto de conclusiones.

⁶⁹⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 663 *supra*), pág. 97, párr. 183. De manera análoga, en la causa relativa a *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, la Corte señaló que “[e]s ciertamente axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio iuris* de los Estados...” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*) (véase la nota 672 *supra*), pág. 29, párr. 27); y en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte también confirmó que es “la práctica de los Estados de la que se deriva el derecho internacional consuetudinario” (*Jurisdictional Immunities of the State*) (véase la nota 672 *supra*), pág. 143, párr. 101).

⁶⁹¹ En el presente proyecto de conclusiones, por “organizaciones internacionales” se entienden las organizaciones establecidas por instrumentos regidos por el derecho internacional (por lo general, tratados) y que tienen personalidad jurídica internacional propia. La expresión no engloba a las organizaciones no gubernamentales.

⁶⁹² Véanse también los proyectos de conclusión 6, 10 y 12 *infra* que, entre otras cosas, se refieren a la práctica y la aceptación como derecho de los Estados en el seno de organizaciones internacionales.

⁶⁹³ Véase también el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en 2011, párrafo 7) del comentario general: “Las organizaciones internacionales son muy distintas de los Estados, y también se diferencian mucho entre ellas. A diferencia de los Estados, no gozan de competencias generales y se crearon para ejercer funciones específicas (‘principio de especialidad’). Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas” (*Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), pág. 53). Véase también *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss.,

para desempeñar ciertas funciones y, a tal fin, tienen personalidad jurídica internacional, es decir, tienen sus propios derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional. La práctica de esas organizaciones en las relaciones internacionales⁶⁹⁴ (cuando va acompañada de la *opinio iuris*) puede considerarse práctica que contribuye a la creación o constatación de normas de derecho internacional consuetudinario, pero solo las normas a) cuyo objeto esté comprendido en el mandato de las organizaciones, y/o b) que estén dirigidas específicamente a ellas (como las referentes a su responsabilidad internacional o las relativas a tratados en que las organizaciones internacionales pueden ser partes). La expresión “en algunos casos” que figura en el párrafo 2, indica, de hecho, que la práctica de las organizaciones internacionales no será pertinente para la identificación de todas las normas de derecho internacional consuetudinario, y que puede que solo sea pertinente la práctica de algunas organizaciones internacionales, no de todas.

6) En este marco, la práctica comprendida en el ámbito del párrafo 2 se plantea más claramente cuando los Estados miembros han transferido competencias exclusivas a la organización internacional, de manera que esta ejerce algunas de las competencias públicas de sus Estados miembros y, por tanto, la práctica de la organización puede equipararse a la práctica de los Estados. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de algunas competencias de la Unión Europea. La práctica comprendida en el ámbito del párrafo 2 también puede plantearse cuando los Estados miembros no han transferido competencias exclusivas, pero han conferido a la organización internacional competencias que son funcionalmente equivalentes a las competencias de los Estados. Así, la práctica de las organizaciones internacionales cuando celebran tratados, actúan como depositarias de tratados, despliegan fuerzas militares (por ejemplo, para el mantenimiento de la paz), administran territorios o toman posición sobre el alcance de las prerrogativas e inmunidades de la organización y sus funcionarios puede contribuir a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario en esas esferas⁶⁹⁵.

7) Al mismo tiempo, es preciso evaluar con cautela el peso de la práctica de una organización internacional como parte de una práctica general. Existen grandes diferencias entre las organizaciones internacionales, no solo en lo que respecta a sus competencias, sino también en cuanto a su composición y funciones. Por regla general, cuanto más directamente se ejerza la práctica de 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. Otros factores que pueden tener que tomarse en consideración al evaluar la práctica son los siguientes: la naturaleza de la organización, la naturaleza del órgano cuyo comportamiento se examina, si el comportamiento es *ultra vires* respecto de la organización o el órgano y si el comportamiento está en consonancia con el de los Estados miembros de la organización.

8) El párrafo 3 señala de manera explícita que el comportamiento de entidades que no son Estados ni organizaciones internacionales —por ejemplo, organizaciones no gubernamentales (ONG) y personas físicas, además de empresas transnacionales y grupos armados no estatales— ni crea derecho internacional consuetudinario ni es expresión de

en especial pág. 178 (“Los sujetos de derecho de cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en lo que respecta al alcance de sus derechos”).

⁶⁹⁴ La “práctica establecida” de la organización (esto es, la práctica que forma parte de las reglas de la organización en el sentido del artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales) no está comprendida en el alcance de las presentes conclusiones.

⁶⁹⁵ En este sentido, en las condiciones generales de préstamos, garantías y otros acuerdos de financiación del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y en las condiciones generales de préstamos garantizados por el Estado del Banco Asiático de Inversiones en Infraestructura se reconoce que las fuentes de derecho internacional público que pueden ser de aplicación en caso de controversia entre el Banco y una de las partes en el acuerdo de financiación incluyen, entre otras, “... formas de costumbre internacional, incluida la práctica de los Estados y de las instituciones financieras internacionales, de una generalidad, coherencia y duración tales que creen obligaciones jurídicas” (Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, Standard Terms and Conditions (1 de diciembre de 2012), art. 8.04 b) vi) C); Banco Asiático de Inversiones en Infraestructura, General Conditions for Sovereign-backed Loans (1 de mayo de 2016), art. 7.04 vii) c) (sin cursiva en el original).

este. Por consiguiente, su comportamiento no contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario y puede no servir de prueba directa (primaria) de la existencia y el contenido de esas normas. No obstante, el párrafo reconoce que ese comportamiento puede desempeñar una función indirecta en la identificación del derecho internacional consuetudinario, al estimular o registrar la práctica y la aceptación como derecho (*opinio iuris*) de los Estados y las organizaciones internacionales⁶⁹⁶. Por ejemplo, a veces los actos de los particulares pueden ser pertinentes para la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, pero únicamente en la medida en que los Estados los han refrendado o han reaccionado al respecto⁶⁹⁷.

9) Las declaraciones oficiales del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), como los llamamientos y memorandos sobre el respeto del derecho internacional humanitario, también pueden contribuir de manera importante a configurar la práctica de los Estados en respuesta a tales declaraciones; y las publicaciones del CICR pueden ayudar a determinar la práctica pertinente. Esas actividades pueden contribuir así al desarrollo y la determinación del derecho internacional consuetudinario, pero no son práctica en sí mismas⁶⁹⁸.

Conclusión 5 **Comportamiento del Estado como práctica del Estado**

La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.

Comentario

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

2) Para ser considerado práctica de los Estados, el comportamiento en cuestión debe ser “del Estado”. El comportamiento de cualquier órgano del Estado ha de considerarse comportamiento de ese Estado, ya ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al Gobierno central como a una dependencia territorial del Estado. Se entenderá que órgano incluye a toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado; también se considerará comportamiento “del Estado” el comportamiento de una persona o entidad que esté facultada de otro modo por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad⁶⁹⁹.

3) La práctica pertinente de los Estados no se limita al comportamiento respecto de otros Estados u otros sujetos de derecho internacional; el comportamiento dentro del

⁶⁹⁶ En el segundo caso, su actuación puede entrar en el ámbito del proyecto de conclusión 14 *infra*. La Comisión ha examinado una cuestión similar con respecto a la práctica de los “actores no estatales” en el marco del tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”: véase el proyecto de conclusión 5, párrafo 2, aprobado en segunda lectura en el marco de ese tema (véase el capítulo IV *supra*).

⁶⁹⁷ Véase, por ejemplo, *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 683 *supra*), págs. 265 y 266, párr. 141.

⁶⁹⁸ Esto se entiende sin perjuicio de la importancia de los actos realizados por el CICR en el desempeño de funciones específicas que le han sido encomendadas, en particular, por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra.

⁶⁹⁹ Véanse los artículos 4 y 5 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, resolución 56/83 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véanse el proyecto de artículos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

Estado, como el trato que da un Estado a sus propios nacionales, también puede estar relacionado con cuestiones de derecho internacional.

4) La práctica de los Estados puede ser de un solo Estado o de dos o más Estados que actúen de consuno. Cabe citar como ejemplo de este último tipo de práctica la actuación conjunta de varios Estados que patrullan en alta mar para luchar contra la piratería o que cooperan en el lanzamiento de un satélite en órbita. Esa actuación conjunta debe distinguirse de la actuación de las organizaciones internacionales⁷⁰⁰.

5) Para contribuir a la formación e identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, la práctica ha de ser conocida por otros Estados (sea o no de dominio público)⁷⁰¹. De hecho, el comportamiento confidencial de un Estado difícilmente puede contribuir a tal fin si otros Estados no tienen conocimiento de él.

Conclusión 6 **Formas de práctica**

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 6 indica los tipos de comportamiento abarcados por el término “práctica” con ejemplos de estos y afirma que ninguna forma de práctica prevalece *a priori* sobre otra en la identificación del derecho internacional consuetudinario. Se refiere a las formas de práctica como hechos empíricamente verificables y, a los fines del presente proyecto, evita distinguir entre un acto y su prueba.

2) Como los Estados ejercen sus competencias de diversas formas y no se limitan únicamente a algunos tipos de acto, el párrafo 1 dispone que la práctica puede revestir una gran variedad de formas. Si bien algunos han afirmado que solo puede considerarse práctica a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario lo que los Estados “hacen”, y no lo que “dicen”, en la actualidad se ha aceptado de manera general que el comportamiento verbal (ya sea escrito u oral) también puede considerarse práctica; en efecto, la práctica a veces puede consistir exclusivamente en actos verbales, como las protestas diplomáticas.

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; no se puede suponer simplemente que la no actuación es deliberada. Entre los ejemplos de esas omisiones (denominadas a veces “práctica negativa”) cabe citar el abstenerse de iniciar actuaciones

⁷⁰⁰ Véase también el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, *supra*, y su comentario.

⁷⁰¹ En el caso del derecho internacional consuetudinario particular, debe tener conocimiento de la práctica por lo menos otro Estado o grupo de Estados interesados (véase el proyecto de conclusión 16 *infra*).

penales contra los funcionarios de Estados extranjeros, de ofrecer protección a determinadas personas naturalizadas y de hacer uso de la fuerza⁷⁰².

4) El párrafo 2 contiene una lista de formas de práctica que suelen considerarse útiles para la identificación del derecho internacional consuetudinario. Como pone de relieve la expresión “sin reducirse a ello”, no se trata de una lista exhaustiva: dado que es inevitable que se produzcan cambios políticos y tecnológicos, y teniendo en cuenta el ritmo al que se producen, no tendría sentido elaborar una lista exhaustiva de todas las formas que puede revestir la práctica⁷⁰³. Las formas de práctica enumeradas no son más que ejemplos que, además, pueden solaparse (por ejemplo, “los actos y la correspondencia diplomáticos” y “el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas”).

5) El orden en que se enumeran las formas de práctica en el párrafo 2 no obedece a intención alguna. Cada una de las formas mencionadas ha de interpretarse en sentido amplio para reflejar las múltiples y diversas formas en que los Estados actúan y reaccionan. Por ejemplo, la expresión “comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas” se refiere en general a cualquier forma de acto ejecutivo, como las órdenes, los decretos y demás medidas ejecutivas, las declaraciones oficiales formuladas en el ámbito internacional o ante una cámara legislativa y las pretensiones ante cortes y tribunales nacionales o internacionales. Del mismo modo, la expresión “actos legislativos y administrativos” abarca las diversas formas de disposiciones reglamentarias adoptadas por una autoridad pública. La expresión “comportamiento en operaciones ‘sobre el terreno’” incluye el mantenimiento del orden y la incautación de bienes, así como las actividades en el campo de batalla u otras actividades militares, como el movimiento de tropas o buques o el despliegue de ciertas armas. La expresión “comportamiento en relación con los tratados” se refiere a los actos relacionados con la negociación y celebración de tratados y su aplicación; mediante la celebración de un tratado un Estado puede estar siguiendo una práctica en el ámbito al que se refiere el tratado, como los acuerdos de delimitación marítima o los acuerdos con el país anfitrión. La referencia al “comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental” también incluye los actos realizados por los Estados en relación con la negociación, aprobación y aplicación de resoluciones, decisiones y otros actos adoptados en el seno de organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales, con independencia de su designación y de que sean o no jurídicamente vinculantes. La pertinencia de cualquiera de estos ejemplos de formas de práctica en un caso concreto dependerá de la norma en cuestión y de todas las circunstancias significativas⁷⁰⁴.

6) Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales a todos los niveles pueden considerarse práctica de los Estados⁷⁰⁵ (si bien es probable que se dé mayor peso a las de las cortes y tribunales superiores); las decisiones que hayan sido revocadas en ese aspecto concreto por lo general no se consideran pertinentes. Es preciso distinguir la función de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales como forma de práctica de los Estados de su

⁷⁰² A título ilustrativo, véanse *The Case of the S.S. “Lotus”* (nota 687 *supra*), pág. 28; *Nottebohm Case* (segunda fase), fallo de 6 de abril de 1955, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22; y *Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 672 *supra*), págs. 134 y 135, párr. 77.

⁷⁰³ Véanse también “Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available”, *Yearbook...*, 1950, vol. II (Part Two), pág. 368, párr. 31, y el documento [A/CN.4/710](#): Medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario: Memorando de la Secretaría (2018).

⁷⁰⁴ Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 3 *supra*.

⁷⁰⁵ Véanse, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 672 *supra*), págs. 131 a 135, párrs. 72 a 77; y *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 24, párr. 58. La expresión “cortes y tribunales nacionales” también puede incluir a las cortes y tribunales con un elemento internacional que operan en uno o más sistemas jurídicos nacionales, como las cortes y tribunales con una composición mixta nacional e internacional.

función potencial como “medio auxiliar” de determinación de normas de derecho internacional consuetudinario⁷⁰⁶.

7) El párrafo 2 se aplica *mutatis mutandis* a las formas de práctica de las organizaciones internacionales en los casos en que, de conformidad con el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, *supra*, esa práctica contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario.

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

Conclusión 7

Valoración de la práctica de un Estado

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

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

Comentario

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

2) El párrafo 1 establece, en primer lugar, que, para determinar la posición del Estado de que se trate sobre el asunto en cuestión, es preciso tener en cuenta toda la práctica disponible de ese Estado. Esto significa que la práctica examinada debe ser exhaustiva (atendiendo a su disponibilidad) e incluir la práctica pertinente de todos los órganos del Estado y toda la práctica pertinente de un órgano en particular. El párrafo también deja claro que la práctica pertinente no debe valorarse de manera aislada, sino en su conjunto; solo entonces podrá determinarse la posición real del Estado.

3) La necesidad de valorar la práctica disponible “en su conjunto” queda patente en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, en la que la Corte Internacional de Justicia tomó nota de que, aunque el Tribunal Supremo Helénico había decidido en una causa que, en virtud del principio de “responsabilidad civil territorial”, no se reconocía la inmunidad del Estado prevista en el derecho internacional consuetudinario respecto de los actos realizados por las fuerzas armadas durante un conflicto armado, el Tribunal Supremo Especial de Grecia adoptó una posición diferente, al igual que el Gobierno de Grecia al negarse a ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo Helénico y defender esa posición ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el propio Tribunal Supremo Helénico en una decisión ulterior. La valoración de esa práctica “en su conjunto” llevó a la Corte a concluir que “la práctica del Estado griego tomada en su conjunto en realidad contradice, más que apoya, el argumento de Italia” de que no se reconoce la inmunidad del Estado prevista en el derecho internacional consuetudinario respecto de los actos realizados por las fuerzas armadas durante un conflicto armado⁷⁰⁷.

4) El párrafo 2 se refiere de manera explícita a las situaciones en que la práctica del Estado de que se trate no es, o no parece ser, constante. Como se acaba de indicar, puede

⁷⁰⁶ Véase el proyecto de conclusión 13, párrafo 2, *infra*. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden servir de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*); véase al respecto el proyecto de conclusión 10, párrafo 2, *infra*.

⁷⁰⁷ *Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 672 *supra*), pág. 134, párr. 76, y pág. 136, párr. 83. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 663 *supra*), pág. 98, párr. 186.

darse ese caso cuando diferentes órganos o poderes del Estado siguen distintas líneas de conducta con respecto al mismo asunto o cuando la práctica de un órgano varía con el tiempo. Si, en tales circunstancias, se considera que la práctica de un Estado en su conjunto no es constante, la contribución de ese Estado a “una práctica general” podrá reducirse.

5) La expresión “dependiendo de las circunstancias” que figura en el párrafo 2 indica que esa valoración se debe realizar con prudencia y que la conclusión no será necesariamente la misma en todos los casos. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que “no debe concederse demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes [...] en la práctica de Noruega, fácilmente entendibles a la luz de los diferentes hechos que se produjeron y condiciones prevalecientes en el dilatado período”⁷⁰⁸. Así, es poco probable que, en caso de diferencia en la práctica de los órganos inferiores y superiores del mismo Estado, se dé menos peso a la práctica del órgano superior. La práctica de los órganos de un Gobierno central a menudo será más importante que la de los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado. La práctica del poder ejecutivo suele ser la más pertinente en el plano internacional y tiene, por tanto, un peso particular en lo que respecta a la identificación del derecho internacional consuetudinario, aunque puede ser necesario tener en cuenta la situación constitucional de los diversos órganos de que se trate⁷⁰⁹.

Conclusión 8

La práctica ha de ser general

1. La práctica pertinente ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de constante.
2. No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general.

Comentario

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

2) En el párrafo 1 se explica que la noción de generalidad, que se refiere a la suma de los casos en que se ha seguido la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario, entraña dos requisitos. En primer lugar, la práctica ha de ser suficientemente extendida y representativa. En segundo lugar, debe haber una constancia en esa práctica. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la práctica en cuestión debe ser “amplia y virtualmente uniforme”⁷¹⁰; debe ser una “práctica establecida”⁷¹¹. Como se explica más adelante, no puede aplicarse una norma absoluta a los requisitos; el umbral exigido en cada caso debe evaluarse teniendo en cuenta el contexto⁷¹². No obstante, en cada caso la práctica debe ser de naturaleza tal que permita discernir un uso casi uniforme. La práctica contradictoria o incoherente debe tenerse en cuenta para evaluar si se puede llegar a esa conclusión⁷¹³.

⁷⁰⁸ *Fisheries case*, fallo de 18 de diciembre de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., en especial pág. 138.

⁷⁰⁹ Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 672 *supra*), pág. 136, párr. 83 (en donde la Corte señaló que, “conforme a la legislación griega”, la opinión expresada por el Tribunal Supremo Especial de Grecia prevalecía sobre la del Tribunal Supremo Helénico).

⁷¹⁰ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 43, párr. 74. Se ha utilizado una gran variedad de términos para describir la exigencia de generalidad, incluso por parte de la Corte Internacional de Justicia, sin que haya verdaderas diferencias en cuanto a su sentido.

⁷¹¹ *Ibid.*, pág. 44, párr. 77.

⁷¹² Véase también el proyecto de conclusión 3 *supra*.

⁷¹³ Las divergencias respecto de la supuesta norma pueden indicar que esta no existe o poner de manifiesto, entre otras cosas, una excepción consuetudinaria admisible, un cambio en una norma anterior, una norma de derecho internacional consuetudinario particular o la existencia de uno o más

3) El requisito de que la práctica sea “extendida y representativa” no se presta a formulaciones exactas, ya que las circunstancias pueden variar enormemente de un caso a otro (por ejemplo, la frecuencia con que se plantean circunstancias que requieren una acción)⁷¹⁴. En el caso de las relaciones diplomáticas, por ejemplo, en las que todos los Estados participan periódicamente, la práctica puede tener que estar ampliamente extendida, mientras que cuando se trate de algunas otras cuestiones la práctica exigida puede ser perfectamente menos extendida. Ello se refleja en la palabra “suficientemente”, que implica que el número y la distribución de los Estados que han de seguir la práctica pertinente (al igual que el número de ejemplos de práctica) no puede determinarse en abstracto. No obstante, es evidente que no se requiere un seguimiento universal: no es necesario demostrar que todos los Estados han seguido la práctica en cuestión. Deben seguirla los Estados que hayan tenido la oportunidad o la posibilidad de aplicar la supuesta norma⁷¹⁵. Es importante que esos Estados sean representativos, lo que ha de valorarse teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidos los distintos intereses en juego y/o las diversas regiones geográficas. Sin embargo, es preciso aclarar que no se debe interpretar que la expresión “Estados especialmente afectados” se refiere al poder relativo de los Estados.

4) Así pues, al evaluar la generalidad, un factor indispensable que se debe tener en cuenta es el grado de seguimiento de la práctica por parte de los Estados que estén especialmente implicados en la actividad en cuestión o que más probabilidades tengan de verse afectados por la supuesta norma (“Estados especialmente afectados”)⁷¹⁶. Aunque en muchos casos todos o casi todos los Estados se verán igualmente afectados, es evidente que sería poco práctico determinar, por ejemplo, la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario relativa a la navegación en zonas marítimas sin tener en cuenta la práctica de los Estados ribereños y los Estados del pabellón pertinentes, o la existencia y el contenido de una norma sobre inversión extranjera sin evaluar la práctica de los Estados exportadores de capital y la de los Estados receptores de inversiones. No obstante, es preciso dejar claro que no se debe interpretar que la expresión “Estados especialmente afectados” se refiere al poder relativo de los Estados.

5) La exigencia de que la práctica sea constante significa que, cuando los actos en cuestión difieren hasta el punto de que no puede distinguirse una pauta de comportamiento, no cabe afirmar la existencia de ninguna práctica general (y, por lo tanto, de ninguna norma correspondiente de derecho internacional consuetudinario). Por ejemplo, en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías*, la Corte Internacional de Justicia dictaminó que “algunos Estados han adoptado la norma de las 10 millas [...], pero otros han adoptado una anchura diferente; por consiguiente, la norma de 10 millas no ha adquirido la autoridad de una norma general de derecho internacional”⁷¹⁷.

objetores persistentes. También podría ser pertinente examinar cuándo la práctica no ha sido constante, en particular si ocurrió en el pasado y después sí lo ha sido.

⁷¹⁴ Véase también la sentencia del Tribunal Federal de Australia, de 4 de febrero de 2016, en la causa *Ure v. The Commonwealth of Australia* [2016] FCAFC 8, párr. 37 (“dudamos en afirmar que es imposible demostrar la existencia de una norma de [derecho] internacional consuetudinario a partir de un pequeño número de casos de práctica de los Estados. Aceptaríamos la propuesta menos prescriptiva de que, cuanto menor es el número de casos de práctica estatal, más difícil resulta la tarea”).

⁷¹⁵ Así pues, puede bastar con que un número relativamente pequeño de Estados siga una determinada práctica si de hecho esa práctica, así como la falta de respuesta de otros Estados, es generalmente aceptada como derecho (va acompañada de la *opinio iuris*).

⁷¹⁶ La Corte Internacional de Justicia ha dicho que “sería un requisito indispensable que, durante el período en cuestión, por breve que haya sido, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido tanto extensa como casi uniforme”, *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 43, párr. 74.

⁷¹⁷ *Fisheries case* (véase la nota 708 *supra*), pág. 131. Una sala de la Corte Internacional de Justicia sostuvo en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* que, cuando la práctica demuestra “que cada caso concreto difiere a fin de cuentas de todos los demás [...] queda excluida la posibilidad de que se den las condiciones necesarias para la formación de principios y normas de derecho consuetudinario” (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (véase la nota 668 *supra*), pág. 290, párr. 81). Véanse también, por ejemplo,

6) Al determinar si la práctica es constante, por supuesto es importante examinar ejemplos de comportamiento que sean, de hecho, comparables, es decir, en los que se hayan planteado cuestiones idénticas o similares, de manera que esos ejemplos puedan proporcionar realmente una orientación fiable. En la causa *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió a “precedentes que presenten una estrecha analogía con la causa que se examina; ya que solo a partir de este tipo de precedentes puede establecerse la existencia de un principio general [de derecho internacional consuetudinario] aplicable a la causa en particular”⁷¹⁸.

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

[n]o cabe esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya de ser perfecta [...] La Corte no considera que, para el establecimiento de una norma consuetudinaria, la práctica correspondiente deba ajustarse de manera totalmente estricta a la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte estima que es suficiente con que la conducta de los Estados sea, en términos generales, coherente con esas normas...⁷¹⁹.

8) El hecho de que la falta de constancia se plasme en el incumplimiento de una norma tampoco impide necesariamente el establecimiento de una práctica general. Así ocurre, en particular, cuando el Estado de que se trate niega la infracción o expresa apoyo a la norma. Como ha observado la Corte Internacional de Justicia:

los casos en que el comportamiento de un Estado denote falta de coherencia con una determinada norma deben considerarse, por lo general, como una vulneración de esa norma, no como señal del reconocimiento de la existencia de una norma nueva. Si un Estado obra de una forma *prima facie* incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la propia norma, entonces, tanto si la conducta del Estado es en realidad justificable sobre esa base como si no, esa actitud confirma la norma en lugar de desautorizarla⁷²⁰.

9) El párrafo 2 se refiere al elemento temporal, y deja claro que la duración relativamente breve de una práctica general no impide, en sí misma, establecer la existencia de una norma correspondiente de derecho internacional consuetudinario. Si bien una larga duración puede hacer que la práctica sea más extensa, para que exista una norma consuetudinaria no es necesario que haya una práctica general desde tiempos inmemoriales

Colombian-Peruvian asylum case (nota 674 *supra*), pág. 277 (“Los hechos presentados a la Corte revelaban demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio de asilo diplomático [...] para que sea posible discernir en ellos un uso constante y uniforme [...] en lo que respecta a la supuesta norma de calificación unilateral y definitiva del delito”), e *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, opinión consultiva de 17 de julio de 1965, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards* (U.N.R.I.A.A.), vol. XVI (núm. de venta: E/F.69.V.1), págs. 75 a 108, en especial pág. 100 (“Es cierto que solo una práctica constante, efectivamente observada e invariable puede constituir una norma de derecho internacional consuetudinario”).

⁷¹⁸ *The Case of the S.S. “Lotus”* (véase la nota 687 *supra*), pág. 21. Véanse también *North Sea Continental Shelf* (nota 671 *supra*), pág. 45, párr. 79, y *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, causa núm. SCSL-04-14-A, fallo (Sala de Apelaciones) de 28 de mayo de 2008, Tribunal Especial para Sierra Leona, párr. 406.

⁷¹⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 663 *supra*), pág. 98, párr. 186.

⁷²⁰ *Ibid.* Véase también, por ejemplo, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (nota 675 *supra*), párr. 51. Lo mismo se aplica al valorar la práctica del Estado de que se trate: véase el proyecto de conclusión 7 *supra*.

o durante un tiempo considerable o determinado⁷²¹. La Corte Internacional de Justicia confirmó este extremo en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, al afirmar que “el transcurso de un corto período de tiempo no impide necesariamente la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario”⁷²². No obstante, este pasaje deja claro que debe transcurrir algún tiempo para que surja una práctica general; no existe la “costumbre instantánea”.

Cuarta parte

Aceptada como derecho (*opinio iuris*)

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

Conclusión 9

Requisito de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)

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

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

Comentario

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

2) El párrafo 1 explica que la aceptación como derecho (*opinio iuris*), como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, se refiere al requisito de que la práctica pertinente ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho, es decir, debe ir acompañada de la convicción de que el derecho internacional consuetudinario la permite, exige o prohíbe⁷²³. Por tanto, es esencial establecer, en cada caso, que los Estados han actuado de cierto modo porque sintieron o consideraron que estaban jurídicamente obligados o tenían derecho a hacerlo en razón de una norma de derecho internacional consuetudinario: deben haber seguido la práctica como cuestión de derecho, o haberse sometido a ella como obligación. Como destacó la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*:

[L]os actos en cuestión no solo deben representar una práctica establecida, sino que además deben ser tales, o llevarse a cabo de un modo tal, que demuestren la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de la presencia de esa convicción, es

⁷²¹ En esferas como el derecho internacional del espacio o el derecho del mar, por ejemplo, el derecho internacional consuetudinario en ocasiones se ha desarrollado rápidamente.

⁷²² *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 43, párr. 74.

⁷²³ Si bien la aceptación de una determinada práctica como derecho (*opinio iuris*) a menudo se ha descrito como “el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica”, el proyecto de conclusión 9 utiliza una expresión más amplia —“el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho”—, ya que los Estados tienen tanto derechos como obligaciones con arreglo al derecho internacional consuetudinario y pueden actuar con la convicción de que tienen un derecho o una obligación. Del proyecto de conclusión no se desprende que, cuando no existe una prohibición, el Estado deba señalar un derecho para justificar su acción.

decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la propia noción de la *opinio iuris sive necessitatis*. Los Estados en cuestión deben, por ende, creer que están ajustando su conducta a lo que constituye una obligación legal⁷²⁴.

3) La aceptación como derecho (*opinio iuris*) debe distinguirse de otros motivos no jurídicos para la acción, como la cortesía, la conveniencia o el interés político: si la práctica en cuestión está motivada exclusivamente por esas otras consideraciones, no se identifica ninguna norma de derecho internacional consuetudinario. Así, en la causa relativa al *Derecho de asilo*, la Corte Internacional de Justicia se negó a reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario cuando, en los supuestos casos de práctica, no se demuestra, entre otras cosas, que la norma:

ha sido aplicada por los Estados que conceden el asilo como un derecho que les corresponde y respetada por los Estados territoriales como un deber que les incumbe y no únicamente por razones de conveniencia política [...] la conveniencia o el puro interés político parecen haber llevado al Estado territorial a reconocer el asilo sin que tal decisión sea dictada por el sentimiento de que existe una obligación jurídica⁷²⁵.

4) El tratar de cumplir una obligación convencional como obligación convencional, al igual que el tratar de cumplir el derecho interno, no constituye una aceptación como derecho a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario y la práctica seguida con esa intención no lleva en sí misma a inferir la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario⁷²⁶. Un Estado puede reconocer que está sujeto a una determinada obligación en razón tanto del derecho internacional consuetudinario como de un tratado, pero ello tendría que probarse. En cambio, cuando los Estados actúan de conformidad con las disposiciones de un tratado por el que no están obligados o aplican disposiciones convencionales en sus relaciones con Estados que no son parte en el tratado, ello puede ser una prueba de que existe aceptación como derecho (*opinio iuris*), salvo que se demuestre lo contrario.

5) La aceptación como derecho (*opinio iuris*) ha de verse respecto de los Estados que siguen la práctica pertinente y los que están en condiciones de reaccionar ante ella; se debe demostrar que han considerado que la práctica se ajusta al derecho internacional consuetudinario⁷²⁷. No es necesario establecer que todos los Estados han reconocido (aceptado como derecho) la supuesta norma como norma de derecho internacional

⁷²⁴ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 44, párr. 77; véase también el párrafo 76 (donde se hace referencia al requisito de los Estados de “creer que están aplicando una norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario”). La Corte también se ha referido, entre otras cosas, a “una práctica que ponga de manifiesto la creencia en una suerte de derecho general de los Estados” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 663 *supra*), pág. 108, párr. 206).

⁷²⁵ *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 674 *supra*), págs. 277 y 286. Véanse también *The Case of the S.S. “Lotus”* (nota 687 *supra*), pág. 28 (“Aunque las escasas decisiones judiciales dictadas en las causas mencionadas fueran suficientes para probar efectivamente la circunstancia aducida [...] ello demostraría solamente que, en la práctica, los Estados con frecuencia se abstendían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional. La presunción del hecho no permite inferir que los Estados han sido conscientes de tener ese deber, aunque [...] hay otras circunstancias que demuestran lo contrario”); y *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 663 *supra*), págs. 108 a 110, párrs. 206 a 209.

⁷²⁶ Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf* (nota 671 *supra*), pág. 43, párr. 76. Así pues, puede resultar particularmente difícil determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario cuando un tratado no declaratorio ha tenido una participación prácticamente universal.

⁷²⁷ Véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 663 *supra*), pág. 109, párr. 207 (“Los Estados que realizan esos actos, o bien otros Estados que están en condiciones de reaccionar frente a ellos, deben haber actuado de manera tal que su conducta ‘demuestre la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone’” (donde se cita el fallo en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*)).

consuetudinario; lo que se requiere es que haya una aceptación amplia y representativa y escasa o nula oposición⁷²⁸.

6) El párrafo 2 destaca que, si no es aceptada como derecho (*opinio iuris*), no cabe considerar que una práctica general contribuye a la creación o expresión del derecho internacional consuetudinario; es un simple uso o un simple hábito. En otras palabras, la práctica que los Estados consideran que jurídicamente pueden seguir o ignorar no contribuye a la formación del derecho internacional consuetudinario ni lo refleja (a menos que la propia norma que se ha de identificar prevea esa opción)⁷²⁹. La regularidad de una conducta internacional no siempre tiene trascendencia jurídica; por ejemplo, las cortesías diplomáticas, como la colocación de alfombras rojas para los Jefes de Estado visitantes, no van acompañadas del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica y, por tanto, no pueden generar ningún deber jurídico o derecho de que se actúe en consecuencia ni dar fe de él⁷³⁰.

Conclusión 10

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

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 10 se refiere a la prueba que permite establecer la aceptación como derecho (*opinio iuris*) de una determinada práctica. Refleja el hecho de que la aceptación como derecho puede darse a conocer mediante diversas manifestaciones de la conducta del Estado, que deben evaluarse con detenimiento para determinar si, en un

⁷²⁸ Así pues, cuando “los miembros de la comunidad internacional muestran profundas divisiones” sobre si una determinada práctica viene acompañada de una aceptación como derecho (*opinio iuris*), no cabe afirmar que existe tal aceptación como derecho: véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 675 *supra*), pág. 254, párr. 67.

⁷²⁹ Así, en la causa relativa al *Derecho de paso*, la Corte Internacional de Justicia observó, con respecto al paso de las fuerzas armadas y la policía armada, que “[l]a práctica supone que el Estado soberano tenía la facultad discrecional de retirar o denegar su autorización. Se afirma que esa autorización siempre se concedía, pero, en opinión de la Corte, ello no influye en la situación jurídica. Nada en el expediente demuestra que los británicos o los indios estuvieran obligados a dar su autorización” (*Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 675 *supra*), págs. 42 y 43). En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia también señaló, al tratar de determinar el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, que, “[s]i bien es cierto que en ocasiones los Estados deciden conceder una inmunidad más amplia que la exigida en el derecho internacional, a los efectos que nos ocupan, lo importante es que el otorgamiento de la inmunidad en este caso no va acompañado del requisito de la *opinio iuris* y, por tanto, no arroja ninguna luz sobre la cuestión que la Corte está examinando en este momento” (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 672 *supra*), pág. 123, párr. 55).

⁷³⁰ La Corte Internacional de Justicia señaló al respecto que, en efecto, “[h]ay muchos actos internacionales, por ejemplo en lo relativo a las ceremonias y el protocolo, que se llevan a cabo casi invariablemente, pero solo por razones de cortesía, conveniencia o tradición, y no porque se considere que existe un deber jurídico” (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 44, párr. 77).

determinado caso, reflejan efectivamente la opinión de un Estado sobre la situación actual del derecho internacional consuetudinario.

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

3) El párrafo 2 ofrece una lista no exhaustiva de formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) que incluye aquellas a las que se recurre con más frecuencia a tal fin⁷³¹. Esas formas de prueba también pueden indicar la falta de aceptación como derecho. Existe cierta coincidencia entre las formas de prueba de la aceptación como derecho y las formas de práctica estatal mencionadas en el proyecto de conclusión 6, párrafo 2, *supra*⁷³²; en parte, ello refleja el hecho de que ambos elementos pueden encontrarse a veces en los mismos medios (si bien, aun así, la identificación debe hacerse por separado en cada caso)⁷³³. En cualquier caso, es más probable que las declaraciones transmitan la convicción jurídica del Estado y que a menudo sea más útil considerarlas expresiones de la aceptación como derecho (o de alguna otra manera) que ejemplos de la práctica.

4) Entre las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), una declaración pública hecha en nombre de un Estado en la que se señala que una determinada práctica está permitida, prohibida o establecida en virtud del derecho internacional consuetudinario es la indicación más clara de que el Estado ha evitado o empleado esa práctica (o reconocido que ha sido legítimamente empleada o evitada por otros) con el convencimiento de la existencia de un derecho o una obligación jurídica. Del mismo modo, el efecto de la práctica en consonancia con la supuesta norma puede verse anulado por declaraciones contemporáneas que nieguen la existencia de esa norma⁷³⁴. En cualquier caso, esas declaraciones pueden hacerse, por ejemplo, en debates celebrados en foros multilaterales, al presentar un proyecto de ley ante la cámara legislativa, en alegaciones escritas y orales ante cortes y tribunales, en protestas en que se tache de ilícita la conducta de otros Estados y en respuesta a propuestas de codificación. Pueden ser individuales o conjuntas.

5) Las demás formas de prueba enumeradas en el párrafo 2 también pueden ser de especial ayuda para determinar la posición jurídica de los Estados en relación con ciertas prácticas. Entre ellas, las “publicaciones oficiales” son los documentos publicados en nombre de un Estado, como los manuales militares y los mapas oficiales, en los que puede constatar la aceptación como derecho (*opinio iuris*). Los dictámenes que se publican de asesores legales de los Gobiernos también pueden arrojar luz sobre la posición jurídica de un Estado, salvo que este se haya negado a seguirlos. La correspondencia diplomática puede incluir, entre otras cosas, las circulares dirigidas a las misiones diplomáticas, por ejemplo, las relativas a las prerrogativas e inmunidades. La legislación nacional, aunque casi siempre es el resultado de decisiones políticas, puede ser valiosa como prueba de la aceptación como derecho, en particular cuando se ha señalado (por ejemplo, en el marco de la aprobación de la legislación) que responde al derecho internacional consuetudinario o lo hace efectivo. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden contener ese tipo de declaraciones al pronunciarse sobre cuestiones de derecho internacional.

⁷³¹ Véase el documento [A/CN.4/710](#): Medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario: Memorando de la Secretaría (2018).

⁷³² También hay diferencias en las enumeraciones, pues el propósito es que se refieran a los principales ejemplos relacionados con cada uno de los elementos constitutivos.

⁷³³ Véase el proyecto de conclusión 3, párrafo 2, *supra*.

⁷³⁴ En ocasiones la práctica en sí va acompañada de una negación expresa de la obligación jurídica, como cuando los Estados pagan una indemnización *ex gratia* por los daños causados a bienes diplomáticos extranjeros.

6) Los procesos diplomáticos y de redacción multilaterales pueden proporcionar pruebas valiosas y accesibles sobre las convicciones jurídicas de los Estados respecto del contenido del derecho internacional consuetudinario; de ahí la referencia a las “disposiciones de tratados” y “el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental”. Su posible utilidad para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario se examina con más detenimiento en los proyectos de conclusión 11 y 12 *infra*.

7) El párrafo 2 se aplica *mutatis mutandis* a las formas de prueba de la aceptación del derecho (*opinio iuris*) de las organizaciones internacionales.

8) El párrafo 3 dispone que, en determinadas condiciones, la falta de reacción de los Estados, dentro de un plazo razonable, también puede, en palabras de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías*, “[dar] testimonio de que no consideraron [cierta práctica realizada por otros] contraria al derecho internacional”⁷³⁵. La tolerancia de una determinada práctica puede ser, de hecho, prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) cuando expresa la aquiescencia de esa práctica. No obstante, para que esa falta de objeción o protesta abierta tenga tal valor probatorio, se deben cumplir dos requisitos en las circunstancias de cada caso a fin de que la inacción no resulte de causas ajenas a la legalidad de la práctica en cuestión⁷³⁶. En primer lugar, es fundamental que la práctica en cuestión exija una reacción⁷³⁷: así puede suceder, por ejemplo, cuando la práctica afecta —en general de manera desfavorable— a los intereses o los derechos del Estado que no actúa o se niega a actuar⁷³⁸. En segundo lugar, la referencia a un Estado “en condiciones de reaccionar” significa que el Estado interesado debía tener conocimiento de la práctica (lo que incluye las circunstancias en que, debido a la publicidad dada a la práctica, se debe suponer que el Estado tenía conocimiento de ella), así como tiempo y capacidad suficientes para actuar. En los casos en que el Estado no conocía o no cabía esperar que conociera una determinada práctica, o no tuvo un tiempo razonable para responder, la inacción no puede atribuirse a un reconocimiento de que esa práctica estaba establecida (o permitida) en el derecho internacional consuetudinario. El Estado también puede explicar de otro modo su inacción.

⁷³⁵ *Fisheries case* (véase la nota 708 *supra*), pág. 139. Véanse también *The Case of the S.S. “Lotus”* (nota 687 *supra*), pág. 29 (“la Corte considera que debe hacer hincapié en que no parece que los Estados interesados se hayan opuesto a los procedimientos penales en relación con casos de colisión ante las cortes y tribunales de un país diferente de aquel cuyo pabellón enarbolan, ni que hayan formulado protestas: su conducta no parece haber diferido mucho de la observada en todos los casos de jurisdicción concurrente. Ese hecho se opone frontalmente a la existencia de un consentimiento tácito por parte de los Estados respecto de la jurisdicción exclusiva del Estado cuyo pabellón enarbolan, como el agente del Gobierno francés consideró posible deducir de la escasa frecuencia de cuestiones de jurisdicción ante las cortes y tribunales penales. Parece poco probable, y no estaría en conformidad con la práctica internacional, que el Gobierno francés en la causa *Ortigia-Oncle-Joseph* y el Gobierno alemán en la causa *Ekbatana-West-Hinder* no protestaran contra el ejercicio de la jurisdicción penal por los tribunales de Italia y Bélgica si realmente hubieran pensado que se trataba de una vulneración del derecho internacional”); y *Priebke, Erich s/solicitud de extradición*, causa núm. 16063/94, sentencia de 2 de noviembre de 1995, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, voto del Juez Gustavo A. Bossert, pág. 40, párr. 90.

⁷³⁶ Véase también, en términos más generales, *North Sea Continental Shelf* (nota 671 *supra*), pág. 27, párr. 33.

⁷³⁷ La Corte Internacional de Justicia ha observado, en un contexto diferente, que “la falta de reacción bien puede constituir aquiescencia [...] Es decir, el silencio también puede hablar, pero solo si la conducta del otro Estado exige una respuesta” (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 12 y ss., en especial págs. 50 y 51, párr. 121). Véase también *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 683 *supra*), págs. 265 y 266, párr. 141 (“En opinión de la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho surgido de la práctica que ha permanecido ininterrumpido e incontestable durante un largo período de tiempo es especialmente significativo”).

⁷³⁸ Puede ser que se considere que una determinada práctica afecta a todos o casi todos los Estados.

Quinta parte
Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario

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

2) La propia labor de la Comisión de Derecho Internacional merece especial atención en el presente contexto. Como han reconocido la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales⁷³⁹, una determinación de la Comisión en que se afirme la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario puede tener un valor especial, al igual que una conclusión suya en el sentido de que esa norma no existe. Ello se desprende del singular mandato de la Comisión, en tanto que órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación⁷⁴⁰, de la exhaustividad de sus procedimientos (incluido el examen de numerosos estudios de la práctica estatal y la *opinio iuris*) y de su estrecha relación con la Asamblea General y los Estados (incluida la recepción de comentarios orales y escritos de los Estados a medida que avanza en su labor). No obstante, el peso que debe otorgarse a las determinaciones de la Comisión depende de diversos factores, como las fuentes en que se ha basado, la etapa alcanzada en sus trabajos, y, sobre todo, la acogida que den los Estados a sus resultados⁷⁴¹.

Conclusión 11
Tratados

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

- a) ha codificado una norma de derecho internacional consuetudinario existente en el momento en que se celebró el tratado;
- b) ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado; o
- c) ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.

⁷³⁹ Véanse, por ejemplo, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 40, párr. 51; *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, págs. 10 y ss., en especial pág. 56, párr. 169; *Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana*, causas núms. ICTR-96-10-A e ICTR-96-17-A, fallo (Sala de Apelaciones) de 13 de diciembre de 2004, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 518; *Dubai-Sharjah Border Arbitration* (1981), *International Law Reports*, vol. 91, págs. 543 a 701, en especial pág. 575; y 2 BvR 1506/03, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003, párr. 47.

⁷⁴⁰ Véase el estatuto de la Comisión de Derecho Internacional (1947), aprobado por la Asamblea General en su resolución 174 (II), de 21 de noviembre de 1947.

⁷⁴¹ Una vez que la Asamblea General ha adoptado medidas en relación con un proyecto final de la Comisión, como anexarlo a una resolución y encomendarlo a la atención de los Estados, también se puede considerar que el resultado obtenido queda englobado en el proyecto de conclusión 12 *infra*.

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

Comentario

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

2) Si bien los tratados son, como tales, únicamente vinculantes para las partes en ellos, “pueden desempeñar un papel importante en el registro y la definición de normas derivadas de la costumbre, o incluso en su desarrollo”⁷⁴². Sus disposiciones (y los procesos relativos a su aprobación y aplicación) pueden arrojar luz sobre el contenido del derecho internacional consuetudinario⁷⁴³. Las disposiciones convencionales expresadas con claridad pueden ofrecer pruebas especialmente prácticas de la existencia o el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario cuando se considera que son declaratorias de dichas normas. Con todo, la expresión “puede reflejar” advierte que, en sí mismos, los tratados no pueden crear normas de derecho internacional consuetudinario ni certificar de manera concluyente su existencia o contenido.

3) El número de partes en un tratado puede ser un factor importante para establecer si determinadas normas enunciadas en él reflejan derecho internacional consuetudinario; los tratados que han obtenido una aceptación cuasiuniversal pueden considerarse particularmente indicativos a ese respecto⁷⁴⁴. No obstante, los tratados que aún no han entrado en vigor o que todavía no han logrado una participación generalizada también pueden tener influencia en determinadas circunstancias, en particular en los casos en que fueron aprobados sin oposición o por una mayoría abrumadora de Estados⁷⁴⁵. En cualquier

⁷⁴² *Continental Shelf* (véase la nota 672 *supra*), págs. 29 y 30, párr. 27 (“Es ciertamente axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio iuris* de los Estados, aunque los convenios multilaterales puedan desempeñar un papel importante en el registro y la definición de normas derivadas de la costumbre, o incluso en su desarrollo”). El artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la posibilidad de que “una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”.

⁷⁴³ Véase *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 672 *supra*), pág. 128, párr. 66; “Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available”, *Yearbook...*, 1950, vol. II (Part Two), pág. 368, párr. 29 (“no pocas veces la formulación convencional por determinados Estados de una práctica seguida también por otros Estados se basa en las medidas para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas, pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario”).

⁷⁴⁴ Véanse, por ejemplo, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1 de julio de 2003, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXVI (núm. de venta: E/F.06.V.7), págs. 73 a 114, en especial págs. 86 y 87, párr. 31 (“Ciertamente, hay autoridades modernas importantes que apoyan que los Convenios de Ginebra de 1949 se han convertido en gran medida en expresiones de derecho internacional consuetudinario, y ambas Partes en este caso coinciden en ello. El mero hecho de que hayan obtenido una aceptación cuasiuniversal apoya esta conclusión” [se omite la nota]); y *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (véase la nota 675 *supra*), párrs. 17 a 20 (donde se hace alusión, entre otras cosas, a la “enorme aceptación, la mayor aceptación de todas las convenciones internacionales” para indicar que las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño habían llegado a reflejar derecho internacional consuetudinario).

⁷⁴⁵ Véase, por ejemplo, *Continental Shelf* (nota 672 *supra*), pág. 30, párr. 27 (“no se puede negar que la Convención de 1982 [sobre el Derecho del Mar —que por entonces aún no estaba en vigor] reviste gran importancia, por haber sido adoptada por la mayoría abrumadora de los Estados; por ende, corresponde claramente a la Corte el deber de, independientemente de las referencias que las Partes hacen a la Convención, examinar en qué medida cualquiera de sus disposiciones pertinentes resultan vinculantes para las Partes como norma del derecho internacional consuetudinario”).

caso, la actitud de los Estados que no son parte en un tratado ampliamente ratificado, tanto en el momento de su celebración como posteriormente, también será pertinente.

4) El párrafo 1 establece tres circunstancias en que las normas enunciadas en un tratado pueden reflejar derecho internacional consuetudinario, diferenciadas por el momento en que la norma de derecho internacional consuetudinario se formó (o comenzó a formarse). Con el uso de la expresión “norma enunciada en un tratado” se pretende indicar que una norma puede no figurar en una disposición específica del tratado, sino reflejarse en dos o más disposiciones leídas de manera conjunta⁷⁴⁶. La expresión “si se establece que” deja claro que la determinación de si una norma convencional se ajusta, en efecto, a una supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no puede hacerse examinando únicamente el texto del tratado: en cada caso, la existencia de la norma debe estar confirmada por la práctica (y la aceptación como derecho). Es importante que se pueda demostrar que los Estados han seguido la práctica no (solo) en razón de la obligación convencional, sino por la convicción de que la norma contenida en el tratado es o ha pasado a ser una norma de derecho internacional consuetudinario⁷⁴⁷.

5) El apartado a) se refiere a las situaciones en que queda establecido que una norma enunciada en un tratado es declaratoria de una norma preexistente de derecho internacional consuetudinario⁷⁴⁸. Al preguntarse si tal es el caso con respecto a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, en primer lugar debe tenerse en cuenta el texto del tratado, que puede contener una declaración expresa sobre la cuestión⁷⁴⁹. El hecho de que las reservas a una disposición del tratado se permitan de manera expresa puede indicar que esa disposición no refleja derecho internacional consuetudinario, pero no es necesariamente concluyente⁷⁵⁰. No obstante, puede que esas indicaciones no figuren en el texto o puede que se refieran al tratado en general y no a una norma concreta enunciada

⁷⁴⁶ También puede darse el caso de que una disposición concreta solo refleje parcialmente el derecho internacional consuetudinario.

⁷⁴⁷ En las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, ese aspecto dio lugar a la desestimación de varios ejemplos citados de práctica de los Estados (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 43, párr. 76).

⁷⁴⁸ Véase, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 663 *supra*), págs. 46 y 47, párr. 87.

⁷⁴⁹ En la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277), por ejemplo, las Partes “*confirman* que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional” (art. 1) (sin cursiva en el original); y en el preámbulo de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar de 1958, figura el párrafo siguiente: “*Deseando* codificar las normas de derecho internacional referentes a la alta mar” (*ibid.*, vol. 450, núm. 6465, pág. 11). Un tratado también puede indicar que representa el desarrollo progresivo más que la codificación; en la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia c. el Perú)*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia señaló que el preámbulo de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933 (Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CLXV, núm. 3802, pág. 19), donde se señala que modifica una convención anterior (y el limitado número de Estados que la han ratificado), contradice el argumento de que la Convención “*simplemente* codificó principios ya reconocidos por la costumbre” (*Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 674 *supra*), pág. 277).

⁷⁵⁰ Véase también la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión, directrices 3.1.5.3 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria) y 4.4.2 (Falta de efecto en los derechos y obligaciones dimanantes de una norma de derecho internacional consuetudinario), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10 y Add.1)*.

en él⁷⁵¹; en ese caso, cabe recurrir a los trabajos preparatorios del tratado⁷⁵², incluida cualquier declaración hecha por los Estados durante el proceso de redacción que pueda revelar la intención de codificar una norma existente de derecho internacional consuetudinario. Si se determina que los Estados negociadores consideraron, en efecto, que la disposición en cuestión era una norma de derecho internacional consuetudinario, ello constituirá una prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) y tendrá más peso cuanto mayor sea el número de Estados negociadores. No obstante, seguirá siendo necesario examinar si existen ejemplos de práctica en la materia suficientemente extendida y representativa, además de constante, que respalden la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (distinta de una obligación convencional). Ello obedece tanto al hecho de que la afirmación de las partes de que el tratado es declaratorio del derecho existente es un mero elemento de prueba a tal efecto como a que la norma de derecho internacional consuetudinario subyacente al texto de un tratado puede haber cambiado o quedado obsoleta desde la celebración del tratado. En otras palabras, la práctica en la materia deberá confirmar la *opinio iuris* o coexistir con ella.

6) El apartado b) aborda los casos en que queda establecido que una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) se ha cristalizado en torno a una norma convencional elaborada a partir de tan solo una cantidad limitada de práctica de los Estados. En otras palabras, la norma convencional ha consolidado y dotado de mayor definición una norma de derecho internacional consuetudinario que apenas estaba surgiendo en el momento de la redacción del tratado, y posteriormente ha pasado a reflejarla⁷⁵³. Una vez más, para determinar que tal es realmente el caso, es preciso evaluar si

⁷⁵¹ El Convenio concerniente a Determinadas Cuestiones relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad de 1930 (Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CLXXIX, núm. 4137, pág. 89), por ejemplo, establece lo siguiente: “La inclusión de los principios y normas anteriormente mencionados en el Convenio no prejuzgará en modo alguno la cuestión de si ya forman o no parte del derecho internacional” (art. 18). A veces se hace una referencia general a la codificación y el desarrollo: en el preámbulo de la Convención de Viena de 1969, por ejemplo, los Estados partes expresan su convencimiento de que “la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados [se logran] en la presente Convención”; en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2004 (resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004), los Estados partes consideran que “las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario” y que la Convención “contribuiría a codificar y desarrollar el derecho internacional y a armonizar la práctica en este ámbito”. Véanse también *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* y *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v Janah*, Tribunal Supremo del Reino Unido, [2017] UKSC 62 (18 de octubre de 2017), párr. 32.

⁷⁵² Al examinar en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte* si el artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 499, núm. 7302, pág. 311) reflejaba el derecho internacional consuetudinario cuando se elaboró la Convención, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que “el carácter de la norma en la Convención, por tanto, depende principalmente de los procesos que llevaron a la Comisión [de Derecho Internacional] a proponerla. Esos procesos ya se han examinado en relación con las alegaciones de Dinamarca y los Países Bajos de una necesidad *a priori* de equidistancia [en la delimitación marítima], y la Corte considera que ese examen también es suficiente a los fines actuales, con objeto de poner de manifiesto que el principio de la equidistancia, tal como figura en el artículo 6 de la Convención, fue propuesto por la Comisión con grandes vacilaciones, de manera un tanto experimental, a lo sumo *de lege ferenda*, y en absoluto *de lege lata* o como norma emergente de derecho internacional consuetudinario. Evidentemente, sobre esa base no puede decirse que el artículo 6 de la Convención ha reflejado o cristalizado una norma de tal índole” (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 38, párr. 62). Véase también *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 672 *supra*), págs. 138 y 139, párr. 89.

⁷⁵³ Incluso cuando una disposición convencional no puede acordarse finalmente, sigue siendo posible que el derecho internacional consuetudinario haya evolucionado después “mediante la práctica de los Estados sobre la base de los debates y casi acuerdos en la Conferencia [en que se negoció el tratado]”: *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 175 y ss., en especial págs. 191 y 192, párr. 44.

la formulación del tratado ha sido aceptada como derecho y está en efecto respaldada por una práctica general⁷⁵⁴.

7) El apartado c) se refiere a los casos en que queda establecido que una norma enunciada en un tratado ha generado una nueva norma de derecho internacional consuetudinario⁷⁵⁵. Se trata de un proceso que no debe presuponerse a la ligera. Como explicó la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, establecer que de una norma enunciada en un tratado ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario:

[e]n primer lugar requiere que la disposición de que se trate tenga, en todo caso potencialmente, un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho. [...] [E]s indispensable que, en el período en cuestión, por breve que pudiera ser, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido amplia y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada; además, tiene que haber ocurrido de forma tal que quede patente un reconocimiento general de que se trata de una norma de derecho o una obligación jurídica.⁷⁵⁶

Dicho de otro modo, debe observarse una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) “en el sentido de la disposición invocada”. Dado que el comportamiento concordante de las partes en el tratado entre ellas podría atribuirse presumiblemente a la obligación convencional en lugar de a la aceptación de esa norma como vinculante en virtud del derecho internacional consuetudinario, la práctica de esas partes en relación con quienes no son parte en el tratado, y la de las que no son parte en relación con las partes o entre ellas, tendrá un valor especial.

8) El párrafo 2 trata de advertir de que la existencia de disposiciones similares en algunos tratados bilaterales o de otra índole, que establecen derechos y obligaciones similares para una posiblemente amplia variedad de Estados, no significa necesariamente que esas disposiciones reflejen una norma de derecho internacional consuetudinario. Aunque puede suceder efectivamente que esa repetición confirme la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario análoga (o haya dado lugar a ella), “también podría demostrar lo contrario”, en el sentido de que los Estados suscriben tratados debido a la falta de norma alguna o para suspender la vigencia de una norma de derecho internacional consuetudinario existente pero distinta⁷⁵⁷. Una vez más, es preciso investigar

⁷⁵⁴ Véase, por ejemplo, *Continental Shelf* (nota 672 *supra*), pág. 33, párr. 34 (“[e]n opinión de la Corte es indiscutible que la *práctica de los Estados* muestra que la institución de la zona económica exclusiva, que concede derechos en razón de la distancia, ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario” (sin cursiva en el original)).

⁷⁵⁵ Como confirmó la Corte Internacional de Justicia, “esta situación entra dentro de lo posible y se presenta de tiempo en tiempo: es incluso uno de los métodos reconocidos por los cuales pueden formarse nuevas normas de derecho internacional consuetudinario” (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), pág. 41, párr. 71). Un ejemplo citado con frecuencia es el Reglamento de La Haya, anexo a la Cuarta Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1907: aunque se concibió, de conformidad con la Convención, para “revisar las leyes y costumbres generales de la guerra” vigentes en ese momento (y, por lo tanto, no fue una codificación del derecho internacional consuetudinario existente), más adelante se consideró que reflejaba el derecho internacional consuetudinario (véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 172, párr. 89).

⁷⁵⁶ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), págs. 41 a 43, párrs. 72 y 74 (con reservas, en el párr. 71, en el sentido de que “no debe considerarse a la ligera que se ha logrado ese resultado”). Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 663 *supra*), pág. 98, párr. 184 (“Cuando dos Estados convienen en incorporar una determinada norma en un tratado, ese acuerdo basta para convertir esa norma en jurídica y vinculante para ellos; en cambio, en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran una norma no es suficiente. La Corte deberá cerciorarse de que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados se confirma con la práctica”).

⁷⁵⁷ Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 582 y ss., en especial pág. 615, párr. 90

si hay casos de práctica aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) que apoyen la norma escrita.

Conclusión 12
Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias
intergubernamentales

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 12 se refiere al papel que pueden desempeñar las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales en la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Establece que, si bien dichas resoluciones no pueden, de por sí, crear normas de derecho internacional consuetudinario ni servir como prueba concluyente de su existencia y contenido, pueden servir de prueba del derecho vigente o emergente y contribuir al desarrollo de una norma de derecho internacional consuetudinario⁷⁵⁸.

2) Como en el proyecto de conclusión 6, el término “resolución” se refiere a las resoluciones, decisiones y demás actos adoptados por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales, cualquiera que sea su designación⁷⁵⁹ y sean o no jurídicamente vinculantes. En este contexto, se ha de prestar una atención especial a las resoluciones de la Asamblea General, un órgano plenario de las Naciones Unidas de participación cuasiuniversal, que pueden ofrecer pruebas importantes de las opiniones colectivas de sus Miembros. Las resoluciones aprobadas por órganos (o en conferencias) de composición más reducida también pueden ser pertinentes, pero su peso en la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario probablemente será menor.

3) Aunque las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales (a diferencia de las resoluciones de las conferencias intergubernamentales) no emanan, en sentido estricto, de los Estados miembros sino de la organización, en el contexto del presente proyecto de conclusión lo que importa es que pueden reflejar la expresión colectiva de las opiniones de esos Estados: cuando se proponen (explícita o implícitamente) abordar asuntos jurídicos, las resoluciones pueden permitir conocer las actitudes de los Estados miembros con respecto a esos asuntos. Gran parte de lo que se ha dicho de los tratados en relación con el proyecto de conclusión 11 *supra* se aplica a las resoluciones; no obstante, a diferencia de los tratados, las resoluciones no suelen ser documentos jurídicamente vinculantes y en general son objeto de exámenes jurídicos menos exhaustivos

(“El hecho invocado por Guinea de que varios acuerdos internacionales, como los acuerdos para la promoción y la protección de las inversiones extranjeras y el Convenio de Washington, han establecido regímenes jurídicos especiales que rigen la protección de las inversiones, o que comúnmente se incluyen disposiciones a este respecto en contratos celebrados directamente entre Estados e inversores extranjeros, no es suficiente para demostrar que haya habido un cambio en las reglas consuetudinarias de la protección diplomática; igualmente podría demostrar lo contrario”).

⁷⁵⁸ Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 675 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 70; *SEDCO Incorporated v. National Iranian Oil Company and Iran*, segundo laudo cautelar, laudo núm. ITL 59-129-3, de 27 de marzo de 1986, *International Law Reports*, vol. 84, págs. 483 a 592, en especial pág. 526.

⁷⁵⁹ Hay una amplia variedad de designaciones, como “declaración” o “declaración de principios”.

que los textos convencionales. Como sucede con los tratados, las resoluciones tampoco pueden sustituir la tarea de determinar si existe efectivamente una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*).

4) El párrafo 1 deja claro que una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, la mera aprobación de una resolución (o una serie de resoluciones) con objeto de establecer una norma de derecho internacional consuetudinario no crea ese derecho: ha de determinarse que la norma enunciada en la resolución corresponde, en efecto, a una práctica general aceptada como derecho (acompañada de *opinio iuris*). De esas resoluciones no surgen de manera espontánea “costumbres instantáneas”⁷⁶⁰.

5) El párrafo 2 dispone, en primer lugar, que las resoluciones pueden, no obstante, contribuir a la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario al constituir un elemento de prueba de su existencia y contenido. El objetivo del término “puede” es advertir de que no todas las resoluciones cumplen esa función. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, las resoluciones, “aunque no sean vinculantes [...] pueden, en determinadas circunstancias, constituir una prueba importante para establecer la existencia de una norma o el surgimiento de una *opinio iuris*”⁷⁶¹. Ello sucede, en particular, cuando una resolución pretende ser declaratoria de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, en cuyo caso puede servir como prueba de la aceptación como derecho de esa norma por los Estados que apoyan la resolución. En otras palabras, “[e]l consentimiento respecto al texto de esas resoluciones [...] puede interpretarse como una aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución”⁷⁶². Por el contrario, los votos negativos, las abstenciones o las desvinculaciones del consenso, al igual que las declaraciones generales y las explicaciones de posiciones, pueden ser pruebas de que no hay aceptación como derecho.

6) Debido a que la actitud de los Estados con respecto a una determinada resolución (o una norma en particular enunciada en una resolución), expresada mediante votación o de otro modo, a menudo está motivada por consideraciones políticas o no jurídicas, la determinación de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) derivada de esas resoluciones debe hacerse “con la debida cautela”⁷⁶³. El término “puede” así lo indica. Es preciso hacer en cada caso una evaluación detenida de diversos factores para determinar si los Estados interesados pretendían, efectivamente, reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Como observó la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, “[e]s necesario examinar el contenido y las condiciones que llevaron a su aprobación; asimismo, es preciso ver si existe una *opinio iuris* en lo que respecta a su carácter normativo. También es posible que a partir de una serie de resoluciones evolucione gradualmente la *opinio iuris* que se requiere para el establecimiento de una nueva norma”⁷⁶⁴. La formulación exacta empleada es el punto de partida para tratar de evaluar la importancia jurídica de una resolución; la referencia al derecho internacional y la elección (o exclusión) de determinados términos en el texto, tanto en el preámbulo como en la parte dispositiva, pueden ser importantes⁷⁶⁵. También son pertinentes los debates y las negociaciones que llevan a la aprobación de la resolución y en especial las explicaciones de voto y otras declaraciones similares

⁷⁶⁰ Véase también el párrafo 9) del comentario al proyecto de conclusión 8 *supra*.

⁷⁶¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 675 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 70 (en referencia a las resoluciones de la Asamblea General).

⁷⁶² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 663 *supra*), pág. 100, párr. 188. Véase también *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, laudo final de 24 de marzo de 1982, *International Law Reports*, vol. 66, págs. 518 a 627, en especial págs. 601 y 602, párr. 143.

⁷⁶³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 663 *supra*), pág. 99, párr. 188.

⁷⁶⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 675 *supra*), pág. 255, párr. 70.

⁷⁶⁵ En su resolución 96 (I), de 11 de diciembre de 1946, por ejemplo, la Asamblea General “[a]firma que el genocidio es un crimen de derecho internacional”, lo que da a entender que el párrafo pretende ser declaratorio del derecho internacional consuetudinario vigente.

inmediatamente anteriores o posteriores a la aprobación⁷⁶⁶. El grado de apoyo a la resolución (que puede observarse en la amplitud de la mayoría y el número de votos negativos o de abstenciones) es fundamental. Las diferencias de opinión expresadas sobre aspectos de una resolución pueden indicar que no existe una aceptación general como derecho (*opinio iuris*), al menos en cuanto a esos aspectos, y es poco probable que se considere que las resoluciones que atraen votos negativos o abstenciones reflejen derecho internacional consuetudinario⁷⁶⁷.

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

8) El párrafo 3 deja claro que las disposiciones de las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no pueden, de por sí, constituir un elemento de prueba concluyente para establecer la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario. Ello se desprende de la indicación de que, para demostrar la existencia de una norma, es necesario que la *opinio iuris* de los Estados, que puede poner de manifiesto una resolución, se vea confirmada por la práctica; así pues, se requieren otras pruebas, en particular para demostrar si la presunta norma se observa en efecto en la práctica de los Estados⁷⁶⁸. Una disposición de una resolución no puede servir de prueba de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario si la práctica es inexistente, diferente o inconstante.

Conclusión 13

Decisiones de cortes y tribunales

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 13 se refiere a la contribución de las decisiones de cortes y tribunales, tanto internacionales como nacionales, a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Cabe recordar que las decisiones de cortes y tribunales nacionales pueden cumplir una doble función en la identificación del derecho

⁷⁶⁶ En la Asamblea General, las explicaciones de voto suelen ofrecerse tras la aprobación por una comisión principal, en cuyo caso no suelen repetirse en sesión plenaria.

⁷⁶⁷ Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 675 *supra*), pág. 255, párr. 71 (“varias de las resoluciones que se examinan en la presente causa han sido aprobadas a pesar de que hubo un considerable número de votos negativos y de abstenciones; por lo tanto, aunque esas resoluciones son una muestra clara de la profunda preocupación que existe sobre el problema de las armas nucleares, siguen sin bastar para establecer la existencia de una *opinio iuris* sobre la ilegalidad del uso de esas armas”).

⁷⁶⁸ Véase, por ejemplo, *KAING Guek Eav alias Duch*, causa núm. 001/18-07-2007-ECCC/SC, sentencia en apelación, Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, Sala del Tribunal Supremo (3 de febrero de 2012), párr. 194 (“La Declaración sobre la Tortura de 1975 [resolución 3452 (XXX)] de 9 de diciembre de 1975, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes] es una resolución no vinculante de la Asamblea General, y por lo tanto, es necesario contar con más pruebas para llegar a la conclusión de que la definición de tortura que figura en ella refleja el derecho internacional consuetudinario de ese momento”).

internacional consuetudinario. Por una parte, como se indica en los proyectos de conclusión 6 y 10 *supra*, pueden constituir práctica, y también prueba, de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) del Estado del foro. El proyecto de conclusión 13, por otra parte, establece que esas decisiones también pueden constituir un medio auxiliar (*moyen auxiliaire*) para determinar normas de derecho internacional consuetudinario cuando ellas mismas examinan la existencia y el contenido de dichas normas.

2) El proyecto de conclusión 13 sigue de cerca el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con arreglo al cual, si bien las decisiones de la Corte solo tienen fuerza vinculante entre las partes, las decisiones judiciales son un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional, incluidas las normas de derecho internacional consuetudinario. La expresión “medio auxiliar” denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho). El uso de la expresión “medio auxiliar” no da a entender, ni pretende dar a entender, que esas decisiones no sean importantes para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

3) Las decisiones de cortes y tribunales sobre cuestiones de derecho internacional, en particular aquellas decisiones en que se examina la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y se identifican y aplican esas normas, pueden ofrecer una orientación útil para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario. No obstante, el valor de esas decisiones varía mucho, dependiendo de la calidad del razonamiento (incluida principalmente la medida en que este se deriva de un examen minucioso de las pruebas de una supuesta práctica general aceptada como derecho) y de la acogida de la decisión, en particular entre los Estados y en la jurisprudencia posterior. Otras consideraciones que podrían tenerse en cuenta, en función de las circunstancias, son la naturaleza de la corte o el tribunal, la mayoría por la que se aprobó la decisión y las normas y los procedimientos aplicados por la corte o el tribunal. Además, es preciso tener en cuenta que los pronunciamientos judiciales sobre el derecho internacional consuetudinario no frenan el derecho; las normas de derecho internacional consuetudinario pueden haber evolucionado desde la fecha de una determinada decisión.

4) El párrafo 1 emplea la expresión “cortes y tribunales internacionales”, con la que se pretende abarcar cualquier órgano internacional con competencias judiciales, llamado a examinar normas de derecho internacional consuetudinario. Se menciona de manera expresa la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, cuyo Estatuto es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y cuyos miembros son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en reconocimiento de la importancia de su jurisprudencia y su posición especial como única corte internacional permanente de jurisdicción general⁷⁶⁹. Además de a la antecesora de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Justicia Internacional, la expresión “cortes y tribunales internacionales” incluye, entre otros, a cortes y tribunales especializados y regionales, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales internacionales, los tribunales regionales de derechos humanos y el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. También incluye a las cortes y tribunales arbitrales interestatales y otras cortes y tribunales arbitrales que apliquen el derecho internacional. Los conocimientos y la amplitud de las pruebas de que suelen disponer las cortes y tribunales internacionales pueden otorgar un peso significativo a sus decisiones, con sujeción a las consideraciones mencionadas en el párrafo anterior.

⁷⁶⁹ Aunque no existe una jerarquía entre las cortes y tribunales internacionales, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia suelen tener autoridad para otras cortes y tribunales. Véanse, por ejemplo, *Jones and Others v. the United Kingdom*, demandas núms. 34356/06 y 40528/06, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014, párr. 198; *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports 1999*, pág. 10, párrs. 133 y 134; y *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, informe del Órgano de Apelación de la OMC, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. D.

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

6) El párrafo 2 se refiere a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales (también denominados cortes y tribunales internos)⁷⁷⁰. La distinción entre las cortes y tribunales internacionales y nacionales no siempre está clara; en el presente proyecto de conclusiones, la expresión “cortes y tribunales nacionales” abarca las cortes y tribunales de composición internacional que desempeñan su labor en uno o varios ordenamientos jurídicos nacionales, como las cortes y tribunales “híbridos” de composición y jurisdicción mixtas nacional e internacional.

7) Se requiere cierta cautela al tratar de basarse en las decisiones de las cortes y tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario⁷⁷¹. Ello se refleja en las diferencias de redacción de los párrafos 1 y 2, en particular el empleo de la expresión “[p]odrán tomarse en consideración, cuando proceda” en el párrafo 2. Las cortes y tribunales nacionales actúan dentro de un ordenamiento jurídico concreto, que podría incorporar el derecho internacional solamente de una determinada manera y de forma limitada. Sus decisiones pueden reflejar una determinada perspectiva nacional. A diferencia de la mayoría de las cortes y tribunales internacionales, a veces las cortes y tribunales nacionales pueden carecer de conocimientos especializados en materia de derecho internacional y pueden tomar decisiones sin oír antes los argumentos de los Estados⁷⁷².

Conclusión 14 Doctrina

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

Comentario

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

2) Como sucede con las decisiones de cortes y tribunales a las que se hace referencia en el proyecto de conclusión 13 *supra*, la doctrina no es en sí una fuente de derecho internacional, pero puede ofrecer orientación para la determinación de la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario. Esa función auxiliar reconoce el valor que puede tener la doctrina a la hora de recopilar y valorar la práctica de

⁷⁷⁰ En relación con las decisiones de las cortes o tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario, véase, por ejemplo, *Mohammed and others v. Ministry of Defence*, Tribunal Supremo del Reino Unido, [2017] UKSC 2 (17 de enero de 2017), párrs. 149 a 151 (Lord Mance).

⁷⁷¹ Véase también *Minister of Justice and Constitutional Development v. Southern African Litigation Centre*, Tribunal Supremo de Apelaciones de Sudáfrica (2016) 3 SA 317 (SCA) (15 de marzo de 2016), párr. 74.

⁷⁷² Véase también “Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available”, *Yearbook...*, 1950, vol. II (Part Two), pág. 370, párr. 53.

los Estados, identificar las divergencias en la práctica de los Estados y la posible inexistencia o desarrollo de normas, y evaluar el derecho.

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

las obras de los juristas y comentaristas que, tras años de trabajo, investigación y experiencia, conocen especialmente bien los temas que tratan. A esas obras recurren con frecuencia las cortes y tribunales de justicia, no para conocer las especulaciones de sus autores sobre qué debería constituir derecho, sino para encontrar en ellas pruebas fidedignas de qué es derecho en realidad⁷⁷³.

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

5) La labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional puede ser un recurso útil en este sentido⁷⁷⁴. Entre esos órganos colectivos cabe citar el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional, así como los órganos de expertos internacionales en esferas concretas y de diferentes regiones. El valor de cada labor debe evaluarse detenidamente teniendo en cuenta el mandato y los conocimientos especializados del órgano en cuestión, la medida en que la labor trata de establecer el derecho existente, el cuidado y la objetividad con que aborda una determinada cuestión, el apoyo que ha recibido esa labor dentro del órgano y la acogida que ha tenido entre los Estados y otras partes.

Sexta parte **Objetor persistente**

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

Conclusión 15 **Objetor persistente**

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

⁷⁷³ *The Paquete Habana and The Lola*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos 175 US 677 (1900), pág. 700. Véase también *The Case of the S.S. “Lotus”* (nota 687 *supra*), págs. 26 y 31.

⁷⁷⁴ La atención especial que ha de darse a la labor de la Comisión de Derecho Internacional se describe en el párrafo 2) del comentario general a la presente parte (quinta parte) *supra*.

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

3. La presente conclusión se entiende sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

Comentario

1) Las normas de derecho internacional consuetudinario, “por naturaleza, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional y, por tanto, no pueden estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por cualquiera de ellos en beneficio propio”⁷⁷⁵. No obstante, cuando un Estado ha objetado de forma persistente a una norma *emergente* de derecho internacional consuetudinario, y mantiene su objeción después de que dicha norma haya cristalizado, esa norma no le es oponible. Esto se conoce a veces como la “norma” o “doctrina” del objetor persistente y a menudo se plantea en relación con la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Como se pretende transmitir en el proyecto de conclusión, la invocación de la norma del objetor persistente está sujeta a requisitos estrictos.

2) El caso del objetor persistente debe distinguirse de la situación en que la objeción de un gran número de Estados a la aparición de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario impide por completo su cristalización (al no existir una práctica general aceptada como derecho)⁷⁷⁶.

3) El Estado que haya objetado a una norma emergente de derecho internacional consuetudinario argumentando en su contra o adoptando una práctica alternativa podrá optar por una de las posturas siguientes, o por ambas: tratar de impedir que se cree esa norma o hacer lo posible para que, si se crea, no le sea oponible. Un ejemplo de ello sería la oposición de algunos Estados a la norma entonces emergente que permitía el establecimiento de un mar territorial de hasta 12 millas. Esos Estados tal vez quisieron consolidar un mar territorial de 3, 4 o 6 millas como norma general, pero en ningún caso estaban dispuestos a que se les impusiera un mar territorial mayor⁷⁷⁷. Si se determina que ha surgido una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, el establecimiento del derecho a beneficiarse de la condición de objetor persistente incumbiría al Estado de que se trate.

4) La norma del objetor persistente se hace valer y se reconoce con relativa frecuencia, tanto en la jurisprudencia internacional como en la nacional⁷⁷⁸, así como en otros

⁷⁷⁵ *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 671 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63. Así sucede con las normas de derecho internacional consuetudinario “general”, por oposición al derecho internacional consuetudinario “particular” (a propósito del cual, véase el proyecto de conclusión 16 *infra*).

⁷⁷⁶ Véase, por ejemplo, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), vol. 46 (1978), sentencia de 13 de diciembre de 1977, 2 BvM 1/76, núm. 32, págs. 34 a 404, en especial págs. 388 y 389, párr. 6 (“Esto no solo se refiere a las medidas que un Estado puede oponer con éxito desde el principio contra la aplicación de una norma general vigente de derecho internacional mediante una perseverante en defensa de su derechos (en el sentido de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías* [...]); por el contrario, actualmente no puede asumirse la existencia de una norma general de derecho internacional correspondiente”).

⁷⁷⁷ A su debido tiempo, y como parte de una serie general de medidas sobre el derecho del mar, los Estados no mantuvieron sus objeciones. Si bien la posibilidad de preservar de manera efectiva la condición de objetor persistente a lo largo del tiempo a veces puede resultar difícil, ello no pone en tela de juicio la existencia de la norma reflejada en el proyecto de conclusión 15.

⁷⁷⁸ Véanse, por ejemplo, *Fisheries case* (nota 708 *supra*), pág. 131; *Michael Domingues c. los Estados Unidos*, caso núm. 12285 (2002), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 62/02, párrs. 48 y 49; *Sabeh El Leil v. France* [GC], demanda núm. 34869/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2011, párr. 54; informes del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R, adoptados el 21 de noviembre de 2006, pág. 388, nota 248; y *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, 965 F.2d 699; 1992 U.S. App., pág. 715, párr. 54.

contextos⁷⁷⁹. Aunque existen opiniones divergentes, la norma del objetor persistente es aceptada de manera general por los Estados y los autores, así como por los órganos científicos que se ocupan del derecho internacional⁷⁸⁰.

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

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

7) El párrafo 2 aclara los requisitos estrictos que deben cumplirse para que un Estado establezca y mantenga la condición de objetor persistente con respecto a una norma de derecho internacional consuetudinario. Además de formularse antes de que la práctica cristalice en una norma de derecho, la objeción debe expresarse claramente, lo que significa que la no aceptación de la norma emergente o la voluntad de no quedar obligado por ella deben ser inequívocas⁷⁸¹. No obstante, no se exige que la objeción revista una forma determinada. Una objeción verbal clara, ya sea escrita u oral, por oposición a una acción física, bastará para preservar la posición jurídica del Estado objetor.

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

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

⁷⁷⁹ Véanse, por ejemplo, la intervención de Turquía en 1982 en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, documento A/CONF.62/SR.189, pág. 76, párr. 150 (puede consultarse en <http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html>); y Departamento de Defensa de los Estados Unidos, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington D.C., diciembre de 2016, págs. 29 a 34, secc. 1.8 (Derecho internacional consuetudinario), en especial pág. 30, párr. 1.8 (“En general, el derecho internacional consuetudinario es vinculante para todos los Estados, pero los Estados que hayan sido objetores persistentes a una norma de derecho internacional consuetudinario durante su desarrollo no estarán obligados por esa norma”) y pág. 34, párr. 1.8.4.

⁷⁸⁰ La propia Comisión se ha referido recientemente a la norma en su Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, en la que se afirma que “una reserva puede constituir para un ‘objetor persistente’ el medio de manifestar la constancia de su objeción: por medio de un tratado este puede ciertamente rechazar la aplicación de una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general” (véase el párrafo 7) del comentario a la directriz 3.1.5.3, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10/Add.1)*).

⁷⁸¹ Véase, por ejemplo, *C v. Director of Immigration and another*, Tribunal de Apelación de Hong Kong [2011] HKCA 159, CACV 132-137/2008 (2011), párr. 68 (“La prueba de la objeción debe ser clara”).

10) El párrafo 3 establece de manera expresa que el proyecto de conclusión 15 se entiende sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el comentario al proyecto de conclusión 1 ya se deja claro que todos los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de las cuestiones de jerarquía entre las normas de derecho internacional, incluidas las relativas a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), o de las cuestiones relativas a la naturaleza *erga omnes* de determinadas obligaciones⁷⁸².

Séptima parte

Derecho internacional consuetudinario particular

La séptima parte consta de un único proyecto de conclusión que se ocupa del derecho internacional consuetudinario particular (en ocasiones denominado “costumbre regional” o “costumbre especial”). Mientras que las normas de derecho internacional consuetudinario general son vinculantes para todos los Estados, las normas de derecho internacional consuetudinario particular se aplican entre un número limitado de Estados. Aunque no son demasiado frecuentes, pueden desempeñar un papel importante en las relaciones interestatales, ya que permiten armonizar intereses y valores contrapuestos de algunos Estados únicamente⁷⁸³.

Conclusión 16

Derecho internacional consuetudinario particular

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

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

Comentario

1) Es indiscutible que pueden existir normas de derecho internacional consuetudinario de carácter no general. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia así lo confirma al referirse, entre otras cosas, al derecho internacional consuetudinario “particular del sistema jurídico interamericano”⁷⁸⁴ o “limitado en sus efectos al continente africano, como previamente había ocurrido con la América hispana”⁷⁸⁵, a “una costumbre local”⁷⁸⁶ y al derecho internacional consuetudinario “de carácter regional”⁷⁸⁷. La identificación de esas normas se ha tratado, por ejemplo, en la causa relativa al *Derecho de asilo*⁷⁸⁸ y en la causa relativa al *Derecho de paso*⁷⁸⁹. La expresión “derecho internacional consuetudinario particular” hace referencia a esas normas por oposición a las normas de derecho internacional consuetudinario de aplicación general. Se prefiere a “costumbre particular” para destacar que el proyecto de conclusión se refiere a las normas de derecho, no a meras costumbres o usos; efectivamente, puede haber “costumbres locales” entre los Estados que no equivalgan a normas de derecho internacional⁷⁹⁰.

⁷⁸² Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de conclusión 1 *supra*.

⁷⁸³ No se puede descartar que esas normas evolucionen con el tiempo para convertirse en normas de derecho internacional consuetudinario general.

⁷⁸⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 663 *supra*), pág. 105, párr. 199.

⁷⁸⁵ *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 565, párr. 21.

⁷⁸⁶ *Rights of nationals of the United States of America in Morocco* (véase la nota 685 *supra*), pág. 200, y *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 675 *supra*), pág. 39.

⁷⁸⁷ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 683 *supra*), pág. 233, párr. 34.

⁷⁸⁸ *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 674 *supra*).

⁷⁸⁹ *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 675 *supra*).

⁷⁹⁰ Véase también el proyecto de conclusión 9, párrafo 2, *supra*.

2) El proyecto de conclusión 16 se ha ubicado al final del proyecto de conclusiones, ya que los proyectos de conclusión anteriores también se aplican en general a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario particular, salvo que se disponga otra cosa en el presente proyecto de conclusión. En particular es de aplicación el enfoque basado en dos elementos, como se describe en el presente comentario⁷⁹¹.

3) El párrafo 1, que es de carácter definitorio, explica que el derecho internacional consuetudinario particular solo se aplica entre un número limitado de Estados. Debe distinguirse del derecho internacional consuetudinario general, es decir, el derecho internacional consuetudinario que en principio se aplica a todos los Estados. Por consiguiente, una norma de derecho internacional consuetudinario particular no crea, en sí, obligaciones ni derechos para terceros Estados⁷⁹².

4) Las normas de derecho internacional consuetudinario particular pueden aplicarse entre diversos tipos de grupos de Estados. A menudo se hace referencia a las normas consuetudinarias de carácter regional, como las “propia[s] de los Estados de América Latina” (la institución del asilo diplomático se cita con frecuencia a ese respecto)⁷⁹³. El derecho internacional consuetudinario particular puede abarcar una zona geográfica más pequeña, como una subregión, o incluso aplicarse a tan solo dos Estados. En la causa relativa al *Derecho de paso*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que:

Es difícil comprender por qué el número de Estados entre los que puede establecerse una costumbre local basada en una práctica de larga data debe ser necesariamente mayor de dos. La Corte no ve razones por las que una práctica continuada y reiterada entre dos Estados, aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones, no deba constituir la base de derechos y obligaciones recíprocos entre ellos⁷⁹⁴.

Las causas en que se han examinado supuestos de esas normas de derecho internacional consuetudinario particular han abordado, por ejemplo, el derecho de acceso a enclaves en territorio extranjero⁷⁹⁵, la copropiedad (condominio) de aguas históricas de tres Estados ribereños⁷⁹⁶, el derecho a la pesca de subsistencia de nacionales que viven a orillas de un río que constituye la frontera entre dos Estados ribereños⁷⁹⁷, el derecho al tránsito interfronterizo/internacional exento de trámites de inmigración⁷⁹⁸ y la obligación de llegar a un acuerdo sobre la administración de la generación de energía en un río que constituye la frontera entre dos Estados⁷⁹⁹.

5) Aunque suele existir cierta relación geográfica entre los Estados entre los que se aplica una norma de derecho internacional consuetudinario particular, esto puede no ser así. La expresión “ya sea regional, local o de otra índole” tiene por objeto reconocer que,

⁷⁹¹ La Corte Internacional de Justicia ha considerado que el Artículo 38, párrafo 1 b) de su Estatuto se aplica al derecho internacional consuetudinario particular: véase *Colombian-Peruvian asylum case* (nota 674 *supra*), págs. 276 y 277.

⁷⁹² La situación es similar a la que figura en las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 sobre los tratados y los terceros Estados (Parte III, secc. 4).

⁷⁹³ *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 674 *supra*), pág. 276.

⁷⁹⁴ *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 675 *supra*), pág. 39.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, pág. 6.

⁷⁹⁶ Véase la reclamación de Honduras en *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, fallo de 11 de septiembre de 1992, págs. 351 y ss., en especial pág. 597, párr. 399.

⁷⁹⁷ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 683 *supra*), págs. 265 y 266, párrs. 140 a 144; véase también la opinión separada del Magistrado Sepúlveda Amor, págs. 278 a 282, párrs. 20 a 36.

⁷⁹⁸ *Nkondo v. Minister of Police and Another*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, 1980 (2) SA 894 (O), 7 de marzo de 1980, *International Law Reports*, vol. 82, págs. 358 a 375, en especial págs. 368 a 375 (donde el Magistrado Smuts alega que “no hay pruebas de una práctica de larga data entre la República de Sudáfrica y Lesotho que haya cristalizado en un derecho consuetudinario local de tránsito exento de trámites de inmigración” (pág. 359)).

⁷⁹⁹ *Kraftwerk Reckingen AG v. Canton of Zurich and others*, sentencia en apelación, BGE 129 II 114, ILDC 346 (CH 2002), 10 de octubre de 2002, Suiza, Tribunal Supremo Federal [BGer]; Sala segunda de Derecho Público, párr. 4.

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 pueda desarrollarse también entre Estados que estén unidos por una causa, un interés o una actividad comunes, distintos de su situación geográfica, o que constituyan una comunidad de interés, establecida mediante un tratado o de algún otro modo.

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

La parte que alega una costumbre de este tipo debe demostrar que la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para la otra parte. El Gobierno de Colombia debe probar que la norma invocada se corresponde con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso es la expresión de un derecho perteneciente al Estado que concede asilo y un deber del Estado territorial. Esto se desprende del Artículo 38 del Estatuto de la Corte, que se refiere a la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”⁸⁰⁰.

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

⁸⁰⁰ *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 674 *supra*), págs. 276 y 277.