A/73/10

Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

70º período de sesiones
(30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)

Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo tercer período de sesiones
Suplemento núm. 10 (A/73/10)

Se ruega reciclar

Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo tercer período de sesiones
Suplemento núm. 10 (A/73/10)

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

70º período de sesiones
(30 de abril a 1 de junio y 2 de julio
a 10 de agosto de 2018)

Naciones Unidas ● Nueva York, 2018

Nota

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen mediante la palabra *Anuario* seguida de puntos suspensivos y el año (por ejemplo, *Anuario…, 1971*).

En la segunda parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2018*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

Índice

Capítulo		*Página*
I.	Introducción	1
II.	Resumen de la labor de la Comisión en su 70º período de sesiones	6
III.	Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión	9
IV.	Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados	11
V.	Identificación del derecho internacional consuetudinario	126
VI.	Protección de la atmósfera	171
VII.	Aplicación provisional de los tratados	219
VIII.	Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*	244
IX.	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	261
X.	La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado	300
XI.	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	311
XII.	Celebración del 70º aniversario de la Comisión	323
XIII.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	328

Índice

Capítulo *Página*

I. Introducción 1

A. Composición 1

B. Vacante imprevista 2

C. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada 2

D. Comité de Redacción 2

E. Grupos de trabajo 3

F. Secretaría 4

G. Programa 4

II. Resumen de la labor de la Comisión en su 70º período de sesiones 6

III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión 9

A. Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* 9

B. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado 9

C. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados 9

D. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado 9

E. Nuevos temas 10

IV. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados 11

A. Introducción 11

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 12

C. Recomendación de la Comisión 12

D. Agradecimiento al Relator Especial 12

E. Texto del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados 13

1. Texto del proyecto de conclusiones 13

2. Texto del proyecto de conclusiones con sus comentarios 16

Primera parte
Introducción

Conclusión 1 Alcance 17

Comentario 17

Segunda parte
Reglas básicas y definiciones

Conclusión 2 Regla general y medios de interpretación de los tratados 17

Comentario 18

Conclusión 3 Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación 24

Comentario 24

Conclusión 4 Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior 28

Comentario 29

Conclusión 5 El comportamiento como práctica ulterior 39
Comentario 39
Tercera parte
Aspectos generales
Conclusión 6 Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior 46
Comentario 46
Conclusión 7 Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación 54
Comentario 55
Conclusión 8 Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo 68
Comentario 68
Conclusión 9 Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación 76
Comentario 76
Conclusión 10 Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado 81
Comentario 81
Cuarte parte
Aspectos específicos
Conclusión 11 Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes 88
Comentario 89
Conclusión 12 Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales 100
Comentario 101
Conclusión 13 Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado 114
Comentario 115
V. Identificación del derecho internacional consuetudinario 126
A. Introducción 126
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 126
C. Recomendación de la Comisión 127
D. Agradecimiento al Relator Especial 128
E. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario 128
1. Texto del proyecto de conclusiones 128
2. Texto del proyecto de conclusiones y sus comentarios 132
Comentario general 132
Primera parte
Introducción
Conclusión 1 Alcance 133
Comentario 133

Segunda parte
Enfoque básico

Conclusión 2 Dos elementos constitutivos 135
Comentario 135
Conclusión 3 Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos 137
Comentario 137

Tercera parte
Una práctica general

Conclusión 4 Requisito de la práctica 140
Comentario 140
Conclusión 5 Comportamiento del Estado como práctica del Estado 143
Comentario 143
Conclusión 6 Formas de práctica 144
Comentario 144
Conclusión 7 Valoración de la práctica de un Estado 146
Comentario 146
Conclusión 8 La práctica ha de ser general 147
Comentario 147

Cuarta parte
Aceptada como derecho *(opinio iuris)*

Conclusión 9 Requisito de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* 150
Comentario 150
Conclusión 10 Formas de prueba de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* 152
Comentario 152

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

Conclusión 11 Tratados 155
Comentario 156
Conclusión 12 Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales 160
Comentario 160
Conclusión 13 Decisiones de cortes y tribunales 162
Comentario 162
Conclusión 14 Doctrina 164
Comentario 164

Sexta parte
Objetor persistente

Conclusión 15 Objetor persistente 165
Comentario 166

Séptima parte
Derecho internacional consuetudinario particular

Conclusión 16 Derecho internacional consuetudinario particular 168
Comentario 168

VI. Protección de la atmósfera 171
A. Introducción 171
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 171
C. Texto del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, con el preámbulo, aprobado por la Comisión en primera lectura 172
1. Texto del proyecto de directrices, con el preámbulo 172
2. Texto del proyecto de directrices, con el preámbulo, con sus comentarios 175
Comentario general 175
Preámbulo 176
Comentario 176
Directriz 1 Términos empleados 184
Comentario 184
Directriz 2 Ámbito de aplicación de las directrices 188
Comentario 189
Directriz 3 Obligación de proteger la atmósfera 190
Comentario 191
Directriz 4 Evaluación del impacto ambiental 193
Comentario 193
Directriz 5 Utilización sostenible de la atmósfera 196
Comentario 196
Directriz 6 Utilización equitativa y razonable de la atmósfera 197
Comentario 197
Directriz 7 Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera 198
Comentario 198
Directriz 8 Cooperación internacional 201
Comentario 201
Directriz 9 Interrelación entre las normas pertinentes 204
Comentario 205
Directriz 10 Aplicación 212
Comentario 212
Directriz 11 Cumplimiento 214
Comentario 214
Directriz 12 Arreglo de controversias 216
Comentario 217
VII. Aplicación provisional de los tratados 219
A. Introducción 219

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 219

C. Texto del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados, aprobado por la Comisión en primera lectura 221

1. Texto del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados 221

2. Texto del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados, con sus comentarios 223

Comentario general 223

Directriz 1 Ámbito de aplicación 226

Comentario 226

Directriz 2 Objeto 226

Comentario 226

Directriz 3 Regla general 227

Comentario 227

Directriz 4 Forma del acuerdo 230

Comentario 230

Directriz 5 Comienzo de la aplicación provisional 232

Comentario 232

Directriz 6 Efectos jurídicos de la aplicación provisional 233

Comentario 233

Directriz 7 Reservas 234

Comentario 235

Directriz 8 Responsabilidad en caso de violación 235

Comentario 236

Directriz 9 Terminación y suspensión de la aplicación provisional 236

Comentario 236

Directriz 10 Derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales, y observancia de los tratados aplicados provisionalmente 239

Comentario 239

Directriz 11 Disposiciones del derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados 241

Comentario 241

Directriz 12 Acuerdo relativo a la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados y de las reglas de las organizaciones internacionales 242

Comentario 242

VIII. Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* 244

A. Introducción 244

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 244

1. Presentación del tercer informe por el Relator Especial 247

2. Resumen del debate 250

a) Comentarios generales 250
b) Comentarios específicos sobre los proyectos de conclusión 251
3. Observaciones finales del Relator Especial 257
IX. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados 261
A. Introducción 261
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 261
1. Presentación del primer informe por la Relatora Especial 263
2. Resumen del debate 264
a) Observaciones generales 264
b) Observaciones sobre el proyecto de principio 19 266
c) Observaciones sobre el proyecto de principio 20 266
d) Observaciones sobre el proyecto de principio 21 267
e) Labor futura 267
3. Observaciones finales de la Relatora Especial 267
C. Texto de los proyectos de principio sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión 269
1. Texto de los proyectos de principio 269
2. Texto de los proyectos de principio con sus comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 70º período de sesiones 272
Principio 4 Medidas para mejorar la protección del medio ambiente 272
Comentario 272
Principio 6 Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas 277
Comentario 277
Principio 7 Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados 280
Comentario 280
Principio 8 Operaciones de paz 282
Comentario 282
Principio 14 Procesos de paz 285
Comentario 285
Principio 15 Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado 288
Comentario 288
Principio 16 Restos de guerra 289
Comentario 290
Principio 17 Restos de guerra en el mar 292
Comentario 292
Principio 18 Intercambio de información y acceso a esta 294
Comentario 294

X. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado 300
A. Introducción 300
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 300
1. Presentación del segundo informe por el Relator Especial 302
2. Resumen del debate 304
a) Observaciones generales 304
b) Observaciones específicas 305
c) Forma final 307
d) Programa de trabajo futuro 308
3. Observaciones finales del Relator Especial 308
XI. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado 311
A. Introducción 311
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 312
1. Presentación del sexto informe por la Relatora Especial 312
2. Resumen del debate 316
a) Comentarios generales 317
b) Comentarios acerca del resumen del debate sobre el proyecto de artículo 7 317
c) Comentarios sobre los aspectos procesales examinados en el sexto informe 318
d) Comentarios sobre las salvaguardias y garantías procesales 321
e) Labor futura 322
XII. Celebración del 70º aniversario de la Comisión 323
A. Introducción 323
B. Celebración del 70º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional 323
XIII. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión 328
A. Principios generales del derecho 328
B. Solicitudes de la Comisión a la Secretaría de que prepare estudios sobre temas del programa de la Comisión 328
C. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación 328
1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo 328
2. Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión 329
3. Examen de la resolución 72/119 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional 329
4. Examen de los párrafos 13 y 14 de la resolución 72/116, de 7 de diciembre de 2017, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones 330
5. Honorarios 330
6. Documentación y publicaciones 331
7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 332
8. Asistencia de la División de Codificación 332
9. Sitios web 333
10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas 333

D. Fecha y lugar de celebración del 71er período de sesiones de la Comisión 333
E. Cooperación con otros órganos 333
F. Representación en el septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General 334
G. Seminario sobre Derecho Internacional 334

Anexos

A. La jurisdicción penal universal 337
B. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional 357

Capítulo I
Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró la primera parte de su 70º período de sesiones en Nueva York, del 30 de abril al 1 de junio de 2018, y la segunda parte en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, del 2 de julio al 10 de agosto de 2018. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Georg Nolte, Presidente de la Comisión en su 69º período de sesiones.

A. Composición

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Carlos J. Argüello Gómez (Nicaragua)

Sr. Bogdan Aurescu (Rumania)

Sr. Yacouba Cissé (Côte d'Ivoire)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sra. Patricia Galvão Teles (Portugal)

Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (México)

Sr. Claudio Grossman Guiloff (Chile)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (China)

Sr. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leona)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sra. Marja Lehto (Finlandia)

Sr. Shinya Murase (Japón)

Sr. Sean D. Murphy (Estados Unidos de América)

Sr. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)

Sr. Georg Nolte (Alemania)

Sra. Nilüfer Oral (Turquía)

Sr. Hassan Ouazzani Chahdi (Marruecos)

Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

Sr. Chris Maina Peter (Republica Unida de Tanzanía)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Aniruddha Rajput (India)

Sr. August Reinisch (Austria)

Sr. Juan José Ruda Santolaria (Perú)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Pavel Šturma (República Checa)

Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)

Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)

Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Ecuador)

Sr. Amos S. Wako (Kenya)

Sir Michael Wood (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)

Sr. Evgeny Zagaynov (Federación de Rusia)

B. Vacante imprevista

3. En su 3391ª sesión, celebrada el 1 de mayo de 2018, la Comisión eligió al Sr. Evgeny Zagaynov (Federación de Rusia) para cubrir la vacante imprevista creada por la renuncia del Sr. Roman A. Kolodkin.

C. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

4. En su 3390ª sesión, celebrada el 30 de abril de 2018, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente:	Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)
Vicepresidente Primero:	Sr. Pavel Šturma (República Checa)
Vicepresidente Segundo:	Sr. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)
Presidente del Comité de Redacción:	Sr. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leona)
Relatora:	Sra. Patricia Galvão Teles (Portugal)

5. La Mesa ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los Presidentes anteriores de la Comisión[1] y los Relatores Especiales[2].

6. En su 3390ª sesión, celebrada el 30 de abril de 2018, la Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los siguientes miembros: Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sra. Patricia Galvão Teles *(ex officio)*.

D. Comité de Redacción

7. En sus sesiones 3391ª, 3395ª, 3401ª, 3409ª, 3413ª, 3431ª y 3435ª, celebradas los días 1, 4, 11, 22 y 29 de mayo y los días 17 y 24 de julio de 2018, la Comisión estableció un Comité de Redacción integrado por los miembros que se mencionan más abajo para los temas que se indican a continuación:

a) *Normas imperativas de derecho internacional general* (ius cogens): Sr. Charles Chernor Jalloh (Presidente), Sr. Dire D. Tladi (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda

[1] Sr. Georg Nolte y Sr. Ernest Petrič.

[2] Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi y Sir Michael Wood.

Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*;

b) *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados:* Sr. Charles Chernor Jalloh (Presidente), Sr. Georg Nolte (Relator Especial), Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Yacouba Cissé, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*;

c) *Identificación del derecho internacional consuetudinario:* Sr. Charles Chernor Jalloh (Presidente), Sir Michael Wood (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*;

d) *Aplicación provisional de los tratados:* Sr. Charles Chernor Jalloh (Presidente), Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Huikang Huang, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Pavel Šturma, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*;

e) *Protección de la atmósfera:* Sr. Charles Chernor Jalloh (Presidente), Sr. Shinya Murase (Relator Especial), Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Huikang Huang, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*;

f) *Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados:* Sr. Charles Chernor Jalloh (Presidente), Sra. Marja Lehto (Relatora Especial), Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sir Michael Wood y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*;

g) *La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado:* Sr. Charles Chernor Jalloh (Presidente), Sr. Pavel Šturma (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Bogdan Aurescu, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*.

8. El Comité de Redacción celebró un total de 32 sesiones sobre los siete temas antes indicados.

E. Grupos de trabajo

9. En su 3394ª sesión, el 3 de mayo de 2018, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados integrado por: Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Presidente), Sra. Marja Lehto (Relatora Especial), Sr. Yacouba Cissé, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao

Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sir Michael Wood y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*.

10. En su 3404ª sesión, el 16 de mayo de 2018, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario integrado por: Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Presidente), Sir Michael Wood (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*.

11. El Grupo de Planificación estableció los siguientes grupos de trabajo:

a) *Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo:* Sr. Mahmoud D. Hmoud (Presidente), Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Chris Maina Peter, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sr. Amos S. Wako, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*;

b) *Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo:* Sr. Hussein A. Hassouna (Presidente), Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sra. Patrícia Galvão Teles *(ex officio)*.

F. Secretaría

12. El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. Huw Llewellyn, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Arnold Pronto y la Sra. Jessica Elbaz, Oficiales Jurídicos Principales, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares Principales de la Comisión. El Sr. Trevor Chimimba, Oficial Jurídico Superior, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Superior de la Comisión. El Sr. David Nanopoulos y el Sr. Francesco Messineo, Oficiales Jurídicos, y la Sra. Christiane Ahlborn y el Sr. Bart Smit Duijzentkunst, Oficiales Jurídicos Adjuntos, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares de la Comisión.

G. Programa

13. En su 3390ª sesión, celebrada el 30 de abril de 2018, la Comisión aprobó el programa de su 70º período de sesiones, que incluía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Provisión de las vacantes imprevistas.
3. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
4. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

5. Aplicación provisional de los tratados.

6. Identificación del derecho internacional consuetudinario.

7. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

8. Protección de la atmósfera.

9. Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

10. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado.

11. Celebración del 70º aniversario de la Comisión.

12. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.

13. Fecha y lugar de celebración del 71er período de sesiones.

14. Cooperación con otros órganos.

15. Otros asuntos.

Capítulo II
Resumen de la labor de la Comisión en su 70º período de sesiones

14. Con respecto al tema **"Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados"**, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/715), así como los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos (A/CN.4/712 y Add.1). En el informe se abordaban los comentarios y observaciones de los Estados sobre el proyecto de conclusiones, con sus comentarios, aprobado en primera lectura y se formulaban recomendaciones respecto de cada proyecto de conclusión.

15. La Comisión aprobó, en segunda lectura, un conjunto de 13 proyectos de conclusión, con sus comentarios, sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión recomendó a la Asamblea General que tomara nota del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados en una resolución, lo incluyera en un anexo a ella y velase por que se le diera la máxima difusión, y que encomendase el proyecto de conclusiones, con sus comentarios, a la atención de los Estados y de todos cuantos puedan estar llamados a interpretar tratados (cap. IV).

16. En cuanto al tema **"Identificación del derecho internacional consuetudinario"**, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/717), en el que se abordaban los comentarios y observaciones de los Estados sobre el proyecto de conclusiones, con sus comentarios, aprobado en primera lectura, así como los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario.

17. La Comisión también tuvo ante sí una bibliografía actualizada sobre el tema que figuraba en una adición de ese informe (A/CN.4/717/Add.1), los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos (A/CN.4/716) y el memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710).

18. La Comisión aprobó, en segunda lectura, un conjunto de 16 proyectos de conclusión, con sus comentarios, sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión recomendó a la Asamblea General, entre otras cosas, que tomara nota del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario en una resolución, lo incluyera en un anexo a ella y velase por que se le diera la máxima difusión, que encomendase el proyecto de conclusiones, con sus comentarios, a la atención de los Estados y de todos cuantos pudieran estar llamados a identificar normas de derecho internacional consuetudinario, y que hiciese un seguimiento de las sugerencias recogidas en el memorando de la Secretaría (cap. V).

19. Con respecto al tema **"Protección de la atmósfera"**, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/711), dedicado a cuestiones relativas a la aplicación, el cumplimiento y el arreglo de controversias.

20. Tras el debate celebrado en el pleno de la Comisión, esta decidió remitir al Comité de Redacción los 3 proyectos de directriz que figuraban en el quinto informe del Relator Especial. Después de examinar el tema en el actual período de sesiones, la Comisión aprobó, en primera lectura, 1 proyecto de preámbulo y 12 proyectos de directriz, con sus comentarios, sobre la protección de la atmósfera. De conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, la Comisión decidió remitir el proyecto de directrices, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos y las organizaciones internacionales para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que los enviaran al Secretario General antes del 15 de diciembre de 2019 (cap. VI).

21. En relación con el tema **"Aplicación provisional de los tratados"**, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/718), en el que se continuaba

con el análisis de las opiniones expresadas por los Estados Miembros, se proporcionaba información adicional sobre la práctica de las organizaciones internacionales y se abordaban los temas de la terminación o suspensión de la aplicación provisional de un tratado como consecuencia de su violación, la formulación de reservas y las enmiendas. También se facilitaba una bibliografía sobre el tema que figuraba en una adición del informe (A/CN.4/718/Add.1). Además, la Comisión tuvo ante sí el memorando de la Secretaría en que se examinaba la práctica de los Estados en materia de tratados (bilaterales y multilaterales) depositados o registrados en los últimos 20 años en poder del Secretario General en los que se prevé su aplicación provisional, incluidos los actos relacionados con ellos (A/CN.4/707).

22. Tras el debate celebrado en el pleno, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz y las cláusulas modelo propuestos por el Relator Especial, así como los proyectos de directriz aprobados anteriormente por la Comisión. Después de examinar el informe del Comité de Redacción, la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de 12 proyectos de directriz, con sus comentarios, titulado "Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados". De conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, la Comisión decidió remitir los proyectos de directriz, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos y las organizaciones internacionales para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que los enviaran al Secretario General antes del 15 de diciembre de 2019 (cap. VII).

23. Con respecto al tema **"Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*"**, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/714 y Corr.1), en el que se hacía una reseña del examen anterior del tema por la Comisión y la Sexta Comisión, y se examinaban las consecuencias que, en general, tenían las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* para el derecho de los tratados y para el derecho de la responsabilidad del Estado, así como otros efectos de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Posteriormente, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 10 a 23 propuestos en el informe del Relator Especial. La Comisión tomó nota de los informes provisionales del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de conclusión 8 y 9, así como sobre los proyectos de conclusión 10 a 14 aprobados provisionalmente por el Comité, que se presentaron a la Comisión a título informativo únicamente (cap. VIII).

24. En cuanto al tema **"Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados"**, la Comisión tuvo ante sí el primer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/720 y Corr.1), que se ocupaba de la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación. En el informe se hacía una introducción general a la protección del medio ambiente en el derecho en materia de ocupación y se abordaba la complementariedad entre ese derecho, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente. En él se proponían tres proyectos de principio relativos a la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de principio que figuraban en el informe de la Relatora Especial. La Comisión recibió posteriormente el informe del Comité de Redacción y tomó nota de los proyectos de principio 19 a 21 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Además, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, con sus comentarios, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones (cap. IX).

25. Con respecto al tema **"La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado"**, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/719), en el que se examinaban la legalidad de la sucesión, las normas generales sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado y ciertas categorías especiales de la sucesión de Estados en las obligaciones derivadas de la responsabilidad. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 5 a 11 que figuraban en el informe del Relator Especial. A continuación, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 1, párrafo 2, y los proyectos de

artículo 5 y 6 aprobados provisionalmente por el Comité, que se presentaron a la Comisión a título informativo únicamente (cap. X).

26. En relación con el tema **"Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado"**, la Comisión tuvo ante sí el sexto informe de la Relatora Especial (A/CN.4/722), en el que se examinaban los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, en particular la forma en que estos habían sido tratados con anterioridad en los trabajos de la Comisión, el significado que tenían en el marco general del tema y el enfoque que la Relatora Especial pretendía seguir al analizarlos; y se hacía un análisis de tres de los componentes de los aspectos procesales relacionados con el concepto de jurisdicción, a saber: a) el elemento temporal; b) el tipo de actos afectados; y c) la determinación de la inmunidad. No se proponían proyectos de artículo para su examen en el actual período de sesiones. El debate de la Comisión sobre el sexto informe fue parcial y concluirá el próximo año (cap. XI).

27. En cuanto al **70º aniversario de la Comisión**, se celebraron actos conmemorativos, en Nueva York y Ginebra, el 21 de mayo y los días 5 y 6 de julio de 2018, respectivamente, bajo el lema "Setenta años de la Comisión de Derecho Internacional: haciendo balance para el futuro". Los actos conmemorativos organizados en Nueva York y en Ginebra, divididos en dos partes, consistieron en un acto solemne seguido de una serie de mesas redondas. El discurso inaugural de Nueva York corrió a cargo del Sr. Nico Schrijver, Profesor de Derecho Internacional Público del Centro Grocio de Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad de Leiden, y Presidente del Instituto de Derecho Internacional. El discurso inaugural de Ginebra fue pronunciado por el Sr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia (cap. XII).

28. En lo referente a **"Otras decisiones y conclusiones de la Comisión"**, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Principios generales del derecho" y nombrar Relator Especial al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (cap. XIII, secc. A).

29. La Comisión volvió a establecer un Grupo de Planificación para que examinara el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo, el cual, a su vez, decidió constituir de nuevo el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, presidido por el Sr. Mahmoud D. Hmoud, y el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo, presidido por el Sr. Hussein A. Hassouna (cap. XIII, secc. C). La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo los temas: a) La jurisdicción penal universal; y b) La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional (cap. XIII, secc. C.1, y anexos A y B).

30. La Comisión continuó con los tradicionales intercambios de información con el Comité Jurídico Interamericano y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa. Los miembros de la Comisión mantuvieron también un intercambio informal de opiniones con el Comité Internacional de la Cruz Roja (cap. XIII, secc. E).

31. La Comisión decidió que su 71er período de sesiones tendría lugar en Ginebra, del 29 de abril al 7 de junio y del 8 de julio al 9 de agosto de 2019 (cap. XIII, secc. D).

Capítulo III
Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión

32. La Comisión agradecería que, antes del 31 de diciembre de 2018, le enviasen información sobre las cuestiones que se indican más abajo, a fin de que se tenga en cuenta en los respectivos informes de los relatores especiales.

A. Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

33. La Comisión considera que sigue siendo relevante la solicitud de información que figura en el capítulo III del informe sobre su 67º período de sesiones (2015) en relación con el tema "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*"[3], y agradecería cualquier información adicional.

B. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

34. La Comisión agradecería la información que los Estados puedan proporcionarle sobre su legislación y práctica nacional (judicial, administrativa y de otra índole) relativa al tratamiento procesal de la inmunidad, en especial la invocación y renuncia a la inmunidad, así como sobre los mecanismos de comunicación, consulta, cooperación y asistencia jurídica internacional que puedan utilizar en relación con situaciones en que se esté examinando o se pueda examinar por sus autoridades nacionales la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Igualmente, le sería de utilidad la información que las organizaciones internacionales puedan proporcionarle sobre los mecanismos de cooperación internacional que, en el marco de sus competencias, puedan afectar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

C. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

35. La Comisión considera que siguen siendo relevantes las solicitudes de información que figuran en el capítulo III del informe sobre su 67º período de sesiones (2015) en relación con este tema[4] y agradecería cualquier información adicional al respecto. Asimismo, agradecería cualquier información que los Estados puedan estar en condiciones de proporcionar con respecto a la responsabilidad en sentido general *("responsibility")*, la responsabilidad en razón de una obligación *("liability")* o la reparación por daños causados al medio ambiente en relación con conflictos armados, entre otras cosas jurisprudencia o acuerdos o arreglos entre las partes.

D. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

36. La Comisión agradecería que los Estados le facilitaran información sobre su práctica relevante respecto de la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado. La Comisión agradecería en particular que se le proporcionasen ejemplos de:

a) tratados, incluidos tratados multilaterales y bilaterales relevantes;

[3] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 31.

[4] *Ibid., septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 27.

b) legislación nacional relevante para el tema, incluidas disposiciones legislativas por las que se apliquen tratados multilaterales o bilaterales;

c) decisiones de cortes y tribunales nacionales, regionales y subregionales sobre cuestiones relacionadas con la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado.

E. Nuevos temas

37. La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo dos nuevos temas: a) La jurisdicción penal universal; y b) La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Para elegir esos temas, la Comisión se guio por los criterios acordados en su 50º período de sesiones (1998), que son: a) que el tema refleje las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que el tema esté en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; c) que el tema sea concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación; y d) que la Comisión no se limite a los temas tradicionales, sino que considere la posibilidad de examinar también los que reflejen una evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en su conjunto. La Comisión agradecería las opiniones de los Estados acerca de esos nuevos temas.

38. Además, la Comisión agradecería cualquier propuesta que los Estados quieran hacer acerca de posibles temas para su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo. Sería útil que acompañaran tales propuestas de una exposición de motivos que las fundamente, teniendo en cuenta los criterios anteriormente mencionados para la selección de los temas.

Capítulo IV
Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

A. Introducción

39. En su 60º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Los tratados en el tiempo" y establecer un Grupo de Estudio al respecto en su siguiente período de sesiones[5]. En el 61er período de sesiones (2009), la Comisión estableció el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, presidido por el Sr. Georg Nolte. En ese período de sesiones, los debates celebrados en el Grupo de Estudio se centraron en la identificación de las cuestiones que iban a tratarse, los métodos de trabajo del Grupo de Estudio y el posible resultado de la labor de la Comisión sobre el tema[6].

40. Del 62º período de sesiones al 64º período de sesiones (2010 a 2012) se volvió a constituir el Grupo de Estudio bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte. El Grupo de Estudio examinó tres informes, que su Presidente expuso de manera informal, en los que se abordaban, respectivamente, la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales de jurisdicción especial[7], la jurisprudencia en el marco de regímenes especiales en relación con los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[8] y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales[9].

41. En el 64º período de sesiones (2012), la Comisión, a partir de la recomendación del Grupo de Estudio[10], decidió: a) modificar, a partir del 65º período de sesiones (2013), la estructura de la labor sobre el tema con arreglo a la sugerencia del Grupo de Estudio; y b) nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial para el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados"[11].

42. En sus períodos de sesiones 65º (2013) a 68º (2016), la Comisión examinó el tema sobre la base de cuatro informes sucesivos presentados por el Relator Especial[12].

43. En su 68º período de sesiones (2016), la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de 13 proyectos de conclusión, con sus comentarios, sobre los acuerdos ulteriores

---

[5] En su 2997ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008. Véase *Anuario…, 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 353; y por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase *ibid*., anexo I. En el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General tomó nota de la decisión.

[6] *Anuario…, 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 220 a 226.

[7] *Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/65/10), párrs. 344 a 354; e *ibid*., *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 337.

[8] *Ibid*., *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párrs. 338 a 341; e *ibid*., *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párrs. 230 y 231.

[9] *Ibid*., *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párrs. 232 a 234. En el 63er período de sesiones (2011), el Presidente del Grupo de Estudio presentó nueve conclusiones preliminares reformuladas a la luz de las deliberaciones celebradas en el Grupo de Estudio (*ibid*., *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 344). En el 64º período de sesiones (2012), el Presidente presentó el texto de seis conclusiones preliminares adicionales, reformuladas también a la luz de las deliberaciones celebradas en el Grupo de Estudio (*ibid*., *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 240). El Grupo de Estudio examinó también la estructura que debía adoptar la futura labor sobre el tema, así como el posible resultado de esa labor. El Presidente hizo una serie de sugerencias, que fueron acordadas por el Grupo de Estudio (*ibid*., párrs. 235 a 239).

[10] *Ibid*., *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párrs. 226 y 239.

[11] *Ibid*., párr. 227.

[12] A/CN.4/660 (primer informe), A/CN.4/671 (segundo informe), A/CN.4/683 (tercer informe) y A/CN.4/694 (cuarto informe).

y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados[13]. 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 observaciones[14].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

44. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/715), así como los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos (A/CN.4/712 y Add.1).

45. En sus sesiones 3390ª, 3391ª y 3393ª a 3396ª, celebradas del 30 de abril al 7 de mayo de 2018, la Comisión examinó el quinto informe del Relator Especial y encomendó al Comité de Redacción 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 acerca del informe del Relator Especial.

46. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.907) en su 3406ª sesión, celebrada el 18 de mayo de 2018, y aprobó, en segunda lectura, el proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (secc. E.1 *infra*).

47. En sus sesiones 3444ª a 3448ª, celebradas del 6 al 8 de agosto de 2018, la Comisión aprobó los comentarios relativos al proyecto de conclusiones anteriormente mencionado (secc. E.2 *infra*).

48. 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

11. En su 3448ª sesión, el 8 de agosto de 2018, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar a la Asamblea General que:

a) tome nota del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados en una resolución, en la que figure como anexo el texto del proyecto de conclusiones, y vele por que se le dé máxima difusión; y

b) encomiende el proyecto de conclusiones, con sus comentarios, a la atención de los Estados y de todos aquellos que puedan estar llamados a interpretar tratados.

D. Agradecimiento al Relator Especial

50. En su 3448ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2018, la Comisión, tras aprobar el proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

"*La Comisión de Derecho Internacional*,

Habiendo aprobado el proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados,

Expresa su profundo reconocimiento y su sincera felicitación al Relator Especial, Sr. Georg Nolte, 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

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 75 y 76.

[14] *Ibid*., párr. 73.

conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.”

E. Texto del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

1. Texto del proyecto de conclusiones

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

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

Primera parte
Introducción

Conclusión 1
Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere al papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados.

Segunda parte
Reglas básicas y definiciones

Conclusión 2
Regla general y medios de interpretación de los tratados

1. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen, respectivamente, la regla general de interpretación y el recurso a medios de interpretación complementarios. Estas reglas también son aplicables como derecho internacional consuetudinario.

2. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31, párrafo 1.

3. El artículo 31, párrafo 3, dispone, entre otras cosas, que juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; y b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

4. Se podrá acudir a otra práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32.

5. La interpretación de un tratado consiste en una sola operación combinada, que presta la debida atención a los diversos medios de interpretación indicados, respectivamente, en los artículos 31 y 32.

Conclusión 3
Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), que constituyen una prueba objetiva del entendimiento de las partes en cuanto al sentido del tratado, son medios auténticos de interpretación en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31.

Conclusión 4
Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por acuerdo ulterior como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), se entiende un acuerdo sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado.

2. Por práctica ulterior como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), se entiende el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado.

3. Por práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración.

Conclusión 5
El comportamiento como práctica ulterior

1. La práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento de una parte en la aplicación de un tratado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.

2. Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

Tercera parte
Aspectos generales

Conclusión 6
Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. La identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, requiere, en particular, la determinación de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición con respecto a la interpretación del tratado. Esta posición no se adopta si las partes han acordado simplemente no aplicar el tratado temporalmente o han acordado establecer un arreglo práctico *(modus vivendi)*.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, pueden adoptar diversas formas.

3. La identificación de la práctica ulterior en virtud del artículo 32 requiere, en particular, determinar si el comportamiento ha sido seguido por una o más partes en la aplicación del tratado.

Conclusión 7
Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, contribuyen, en su interacción con otros medios de interpretación, a la aclaración del sentido de un tratado. Ello puede dar lugar a la restricción, la ampliación o la determinación, de algún otro modo, de las posibles interpretaciones, incluido cualquier margen de discrecionalidad que el tratado conceda a las partes.

2. La práctica ulterior en virtud del artículo 32 también puede contribuir a aclarar el sentido de un tratado.

3. Se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo o una práctica en relación con la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado, y no de enmendarlo o modificarlo. La posibilidad de enmendar o modificar

un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la enmienda o la modificación de los tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y del derecho internacional consuetudinario.

Conclusión 8
Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

Conclusión 9
Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

1. El peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medio de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3, depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad.

2. Además, el peso de la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), depende, entre otras cosas, de que se repita y de la forma en que lo haga.

3. El peso de la práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 puede depender de los criterios mencionados en los párrafos 1 y 2.

Conclusión 10
Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. Un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no tendrá que serlo, para ser tenido en cuenta.

2. El número de partes que han de seguir activamente una práctica ulterior para que haya un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede variar. El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción.

Cuarta parte
Aspectos específicos

Conclusión 11
Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

1. Una conferencia de Estados partes, en el sentido del presente proyecto de conclusiones, es una reunión de partes en un tratado a los fines de examinar o aplicar el tratado, salvo cuando actúen en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado y, en su caso, del reglamento aplicable. Dependiendo de las circunstancias, dicha decisión puede constituir, explícita o implícitamente, un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), o dar lugar a una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), o a una práctica ulterior en virtud del artículo 32. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad no excluyente de opciones prácticas para la aplicación del tratado.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, en la medida en que exprese un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma y del procedimiento seguido para su adopción, incluida la adopción por consenso.

Conclusión 12
Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

1. Los artículos 31 y 32 son aplicables a los tratados que sean el instrumento constitutivo de una organización internacional. Por consiguiente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de esos tratados, y la práctica ulterior en virtud del artículo 32 puede serlo.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, o la práctica ulterior en virtud del artículo 32, pueden provenir, o ser expresión, de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo.

3. La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31 y 32.

4. Los párrafos 1 a 3 son aplicables a la interpretación de cualquier tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización.

Conclusión 13
Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados

1. A los efectos del presente proyecto de conclusiones, por órgano de expertos creado en virtud de un tratado se entiende un órgano integrado por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que ha sido establecido en virtud de un tratado y que no es un órgano de una organización internacional.

2. La relevancia del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado para la interpretación de un tratado depende de las normas aplicables del tratado.

3. El pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, o una práctica ulterior en virtud del artículo 32. No se presumirá que el silencio de una parte constituye una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), por la que se acepta una interpretación de un tratado expresada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado.

4. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la contribución que los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados hagan a la interpretación de los tratados con arreglo a sus mandatos.

2. Texto del proyecto de conclusiones con sus comentarios

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

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

Primera parte
Introducción

Conclusión 1
Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere al papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados.

Comentario

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 tiene por objeto explicar el papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados. Se basa en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, "Convención de Viena de 1969")[15]. El proyecto de conclusiones encuadra los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el marco de las normas de la Convención de Viena relativas a la interpretación identificando y dilucidando los aspectos pertinentes y abordando determinadas cuestiones que pueden plantearse al aplicar esas normas.

3) El proyecto de conclusiones no tiene en cuenta todas las circunstancias imaginables en las que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden desempeñar un papel en la interpretación de los tratados. Por ejemplo, un aspecto que no se trata en general es la pertinencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales[16]. La práctica de las organizaciones internacionales solo se aborda de manera limitada en el proyecto de conclusión 12, párrafo 3. El proyecto de conclusiones tampoco aborda la interpretación de normas aprobadas por una organización internacional, la identificación del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. Se entiende sin perjuicio de otros medios de interpretación previstos en el artículo 31, incluido el párrafo 3 c), según el cual la interpretación de un tratado habrá de tener en cuenta toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4) El proyecto de conclusiones tiene por objeto facilitar la labor de quienes están llamados a interpretar los tratados. Además de a las cortes y tribunales internacionales, el proyecto de conclusiones ofrece orientación a los Estados, incluidas sus cortes y tribunales, y a las organizaciones internacionales, así como a todos aquellos llamados a interpretar los tratados.

Segunda parte
Reglas básicas y definiciones

Conclusión 2
Regla general y medios de interpretación de los tratados

1. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen, respectivamente, la regla general de interpretación y el recurso a medios de interpretación complementarios. Estas reglas también son aplicables como derecho internacional consuetudinario.

[15] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

[16] Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (en adelante, "Convención de Viena de 1986") (Viena, 21 de marzo de 1986, que aún no ha entrado en vigor) (A/CONF.129/15). En los presentes comentarios se utilizan algunos materiales que guardan relación con ese tipo de tratados pero son pertinentes de manera general.

2. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31, párrafo 1.

3. El artículo 31, párrafo 3, dispone, entre otras cosas, que juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; y b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

4. Se podrá acudir a otra práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32.

5. La interpretación de un tratado consiste en una sola operación combinada, que presta la debida atención a los diversos medios de interpretación indicados, respectivamente, en los artículos 31 y 32.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 sitúa los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida como medio de interpretación de los tratados en el marco de las reglas relativas a la interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. El título "Regla general y medios de interpretación de los tratados" pone de relieve dos cuestiones. En primer lugar, que el artículo 31, tomado en su conjunto, es la "regla general" de interpretación de los tratados[17]. En segundo lugar, que los artículos 31 y 32 enumeran una serie de "medios de interpretación", que habrán de tenerse en cuenta (artículo 31) o podrán tenerse en cuenta (artículo 32) en la interpretación de los tratados[18].

Párrafo 1, primera oración – la relación entre los artículos 31 y 32

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 2 se hace hincapié en la relación existente entre los artículos 31 y 32, así como en el hecho de que, tomadas en su conjunto, ambas disposiciones reflejan el derecho internacional consuetudinario. La referencia a los artículos 31 y 32 aclara desde el principio el contexto general en que se abordan los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el proyecto de conclusiones.

3) Aunque el artículo 31 establece la regla general y el artículo 32 el recurso a medios de interpretación complementarios, estas disposiciones[19] han de examinarse conjuntamente, ya que constituyen un marco integrado para la interpretación de los tratados. El artículo 32 distingue entre la aplicación de los medios de interpretación principales previstos en el artículo 31[20], todos los cuales habrán de tenerse en cuenta en el proceso de interpretación, y los "medios de interpretación complementarios" establecidos en el artículo 32, a los que se podrá acudir, ya sea para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31

[17] Título del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

[18] Véanse el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660), párr. 8; M. E. Villiger, "The 1969 Vienna Convention on the law of treaties: 40 years after", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2009* (en adelante, *"Recueil des cours..."*), vol. 344, págs. 9 a 133, en especial págs. 118 y 119, y 126 a 128.

[19] En relación con el significado del término "reglas" en este contexto, véanse *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 239 a 242 (comentario, introducción); R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 36 a 38.

[20] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 244 y 245, comentario al proyecto de artículo 28, párr. 19); H. Waldock, tercer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, págs. 56 y 57, párr. 21; M. K. Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", *Recueil des cours... 1976-III*, vol. 151, págs. 1 a 114, en especial pág. 78; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Manchester University Press, 1984), págs. 141 y 142; Villiger, "The 1969 Vienna Convention..." (véase la nota 8 *supra*), págs. 127 y 128.

deje ambiguo u oscuro el sentido del tratado o de sus términos o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Párrafo 1, segunda oración – las reglas de interpretación de la Convención de Viena y el derecho internacional consuetudinario

4) La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 2 confirma que las reglas establecidas en los artículos 31 y 32 reflejan el derecho internacional consuetudinario[21]. Las cortes y tribunales internacionales han reconocido el carácter consuetudinario de esas reglas. Tal es el caso, por ejemplo, de la Corte Internacional de Justicia[22], el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)[23], los tribunales de arbitraje entre Estados[24], el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC)[25], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[26], la Corte Interamericana de

[21] Y. le Bouthillier, "Commentary on article 32 of the Vienna Convention" en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Corten y P. Klein (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 841 a 865, en especial págs. 843 a 846, párrs. 4 a 8; P. Daillier, M. Forteau y A. Pellet, *Droit international public*, 8ª ed. (París, LGDJ, 2009), págs. 285 y 286; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 13 a 20; Villiger, "The 1969 Vienna Convention..." (véase la nota 18 *supra*), págs. 132 y 133.

[22] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, en especial pág. 46, párr. 65 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, en especial pág. 237, párr. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 43, en especial págs. 109 y 110, párr. 160; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136, en especial pág. 174, párr. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, en especial pág. 48, párr. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 625, en especial pág. 645, párr. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 466, en especial pág. 501, párr. 99 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial pág. 1059, párr. 18 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 6, en especial págs. 21 y 22, párr. 41 (Convención de Viena de 1969, art. 31; el artículo 32 no se menciona pero se hace referencia a los medios de interpretación complementarios).

[23] *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area*, asunto núm. 17, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, en especial párr. 57.

[24] *Award in Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards (U.N.R.I.A.A.)*, vol. XXVII (núm. de venta: E/F.06.V.8), págs. 35 a 125, en especial párr. 45 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32).

[25] El art. 3, párr. 2, del Entendimiento de la OMC relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias establece que "sirve para [...] aclarar las disposiciones vigentes de [los] acuerdos [abarcados por la OMC] de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público" (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1869, núm. 31874, pág. 453), pero no se refiere de manera específica a los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha reconocido sistemáticamente que esos artículos reflejan normas de derecho internacional consuetudinario y ha acudido a ellos por remisión al art. 3.2 del Entendimiento. Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos – Gasolina)*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, secc. III.B (Convención de Viena de 1969, art. 31, párr. 1); y el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón – Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. D (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32). Véase también G. Nolte, "Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time" en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 210 a 240, en especial pág. 215.

[26] *Golder v. the United Kingdom*, demanda núm. 4451/70, 21 de febrero de 1975, Serie A, núm. 18, párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, demanda núm. 26629/95, 4 de abril de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III, párr. 58 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Demir and Baykara v.*

Derechos Humanos (CIDH)[27], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[28] y los tribunales internacionales de inversiones, incluidos los establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)[29] en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados[30]. Así pues, las reglas contenidas en los artículos 31 y 32 se aplican como derecho de los tratados en relación con los Estados partes en la Convención de Viena de 1969, y como derecho internacional consuetudinario entre todos los Estados, también en el caso de los tratados celebrados antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena para los Estados partes de que se trate.

5) El artículo 33 también puede ser pertinente para los proyectos de conclusión sobre el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados". Con arreglo al artículo 31, párrafo 3 a), un "acuerdo ulterior" podría, por ejemplo, formularse en dos o más idiomas y podrían plantearse cuestiones acerca de la relación de cualquier acuerdo ulterior respecto de las diferentes versiones lingüísticas del propio tratado. No obstante, la Comisión decidió no ocuparse de esas cuestiones, incluida la de hasta qué punto el artículo 33 refleja el derecho internacional consuetudinario[31].

Turkey [GC], demanda núm. 34503/97, 12 de noviembre de 2008, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008, párr. 65 (implícitamente, Convención de Viena de 1969, arts. 31 a 33); *Hassan v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 29750/09, 16 de septiembre de 2014, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014, párr. 100.

[27] *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 2, párr. 19 (implícitamente, Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32); *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tabago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 94, párr. 19 (Convención de Viena de 1969, art. 31, párr. 1); pueden encontrarse más decisiones en C. E. Arévalo Narváez y P. A. Patarroyo Ramírez, "Treaties over time and human rights: a case law analysis of the Inter-American Court of Human Rights", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2017), págs. 295 a 331, en especial pág. 315, nota 88.

[28] Sentencia de 25 de febrero de 2010, asunto C-386/08, Firma *Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, *Recopilación de Jurisprudencia 2010 I-01289*, párrs. 41 a 43 (Convención de Viena de 1969, art. 31).

[29] *National Grid plc c. República Argentina*, decisión sobre competencia (CNUDMI), 20 de junio de 2006, párr. 51 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32); *Canfor Corporation v. United States of America, and Tembec et al. v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, orden del Tribunal de Acumulación, 7 de septiembre de 2005, párr. 59 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32); veánse *The Renco Group Inc. c. la República del Perú*, laudo parcial sobre jurisdicción, 15 de julio de 2016, caso CIADI núm. UNCT/13/1, párr. 69; *Venezuela US, S.R.L. v. La República Bolivariana de Venezuela*, laudo interino sobre jurisdicción, 26 de julio de 2016, caso CPA núm. 2013-34, párr. 49.

[30] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, núm. 8359, pág. 159.

[31] La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el párrafo 4 del artículo 33 refleja el derecho internacional consuetudinario, *LaGrand* (véase la nota 22 *supra*), pág. 502, párr. 101; el Órgano de Apelación de la OMC ha afirmado que las reglas que figuran en los párrafos 3 y 4 reflejan el derecho consuetudinario, informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Estados Unidos – Madera blanda IV)*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, párr. 59 (Convención de Viena de 1969, art. 33, párr. 3); informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R y Corr.1, adoptado el 23 de octubre de 2002, párr. 271 (Convención de Viena de 1969, art. 33, párr. 4); el TIDM y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido un paso más allá y han afirmado que el artículo 33 en su conjunto refleja el derecho consuetudinario, véanse *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (véase la nota 23 *supra*); *Golder v. the United Kingdom* (véase la nota 26 *supra*), párr. 29; *Witold Litwa v. Poland* (véase la nota 26 *supra*), párr. 59; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] (véase la nota 26 *supra*), párr. 65 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 a 33).

Párrafo 2 – el artículo 31, párrafo 1

6) En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 2 se reproduce el texto del artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969, dada su importancia para el tema. El artículo 31, párrafo 1, es el punto de partida de cualquier proceso de interpretación de los tratados, de acuerdo con la regla general recogida en el artículo 31. El propósito de esa referencia es asegurar, en el presente proyecto de conclusiones, que en el proceso de interpretación haya un equilibrio entre la evaluación de los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, por una parte, y las consideraciones relativas a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior que se hacen en el presente proyecto de conclusiones, por otra. No obstante, el objetivo de reiterar el artículo 31, párrafo 1, en un párrafo aparte no es dar a entender que ese párrafo y los medios de interpretación mencionados en él tienen primacía en cuanto al fondo en el contexto del propio artículo 31. Todos los medios de interpretación que figuran en el artículo 31, incluidos los elementos del contexto mencionados en el párrafo 2, forman parte de una regla única integrada[32].

Párrafo 3 – el artículo 31, párrafo 3

7) En el párrafo 3 se reproduce el texto del artículo 31, párrafo 3 a) y b), de la Convención de Viena de 1969 a fin de situar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como aspectos principales del tema, en el marco jurídico general de la interpretación de los tratados. Así pues, el encabezamiento del artículo 31, párrafo 3, "[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta" se mantiene para hacer hincapié en que la evaluación de los medios de interpretación mencionados en el párrafo 3 a) y b) del artículo 31 forma parte integrante de la regla general de interpretación enunciada en el artículo 31[33].

Párrafo 4 – la práctica ulteriormente seguida en virtud del artículo 32

8) En el párrafo 4 se aclara que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, que no cumpla todos los criterios del artículo 31, párrafo 3 b), queda, no obstante, incluida en el ámbito de aplicación del artículo 32. El artículo 32 contiene una lista no exhaustiva de medios de interpretación complementarios[34]. En el párrafo 4 se toma prestada la expresión "se podrá acudir" del artículo 32 para mantener la distinción entre el carácter obligatorio de tener en cuenta los medios de interpretación enunciados en el artículo 31 y el carácter discrecional del recurso a los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32.

9) En particular, puede recurrirse a la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual no conste el acuerdo de todas las partes en el tratado, sino solo de una o varias partes, como medio de interpretación complementario. Así lo afirmó la Comisión[35] y, desde entonces, así ha sido reconocido por las cortes y tribunales internacionales[36] y por los tratadistas[37] (véanse en más detalle los párrafos 23) a 35) del comentario al proyecto de conclusión 4).

---

[32] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241, párr. 8). Véase, *infra*, en detalle, el párrafo 12) del comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 5.

[33] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241, párr. 8); y G. Nolte, "Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of *ad hoc* jurisdiction relating to subsequent agreements and subsequent practice: introductory report for the ILC Study Group on treaties over time", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), pág. 169, en especial pág. 177.

[34] Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), pág. 79.

[35] *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 198, comentario al proyecto de artículo 69, párr. 13).

[36] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), pág. 1096, párrs. 79 y 80; *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), demanda núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, párrs. 79 a 81; *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros* (véase la nota 27 *supra*), párr. 92; *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)* (medidas provisionales), providencia de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports 1999*, pág. 280, en especial párr. 50; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático (CE – Equipo informático)*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998, párr. 90;

10) No obstante, la Comisión no consideró que la práctica ulterior que no se seguía "en la aplicación del tratado" debiera abordarse, en el presente proyecto de conclusiones, como un medio de interpretación complementario. Esa práctica también puede constituir un medio de interpretación complementario en determinadas circunstancias[38], pero va más allá de la cuestión que está examinando la Comisión en el marco del presente tema, excepto en la medida en que pueda contribuir a "evaluar" la práctica pertinente ulteriormente seguida en la aplicación de un tratado (véanse el proyecto de conclusión 5 y su comentario). Por ello, el párrafo 4 del proyecto de conclusión 2 se refiere a cualquier práctica ulteriormente seguida "en la aplicación del tratado", al igual que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 4, donde se define la "práctica ulterior en virtud del artículo 32".

Párrafo 5 – "una sola operación combinada"

11) La Comisión consideró importante terminar el proyecto de conclusión 2 haciendo hincapié en el párrafo 5[39] en que, a pesar de la estructura del proyecto de conclusión 2, que va de lo general a lo particular, el proceso de interpretación es "una sola operación combinada" que requiere que se preste "la debida atención" a los diversos medios de interpretación[40]. La expresión "una sola operación combinada" procede del comentario de la Comisión al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, de 1966[41]. En ese contexto, la Comisión también dijo que su intención era "subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad"[42].

12) El párrafo 5 del proyecto de conclusión 2 dice también que en el proceso de interpretación como "una sola operación combinada" se ha de prestar la debida atención, teniendo en cuenta los diversos medios de interpretación a los que se hace referencia en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, la Comisión no consideró necesario incluir una referencia, a modo de ejemplo, a uno o varios medios de interpretación concretos en el texto del párrafo 5 del proyecto de conclusión 2[43]. Así se evita que pueda malinterpretarse que alguno de los diferentes medios tiene prioridad sobre los demás, independientemente de la disposición del tratado o del caso de que se trate.

---

véase también el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) (Estados Unidos – EPO)*, WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, adoptado el 23 de julio de 2012, párr. 452.

[37] Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), pág. 52 ("la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d'interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir *une pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties*. [...] *Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne*" (sin cursiva en el original)); Sinclair, *The Vienna Convention...* (véase la nota 20 *supra*), pág. 138: "paragraph 3(b) of [a]rticle 31 of the Convention [covers] ... only a specific form of subsequent practice – that is to say, *concordant subsequent practice common to all the parties. Subsequent practice which does not fall within this narrow definition may nonetheless constitute a supplementary means of interpretation within the meaning of [a]rticle 32 of the Convention*" (sin cursiva en el original); S. Torres Bernárdez, "Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties" en *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, G. Hafner y otros (eds.) (La Haya, Kluwer Law International, 1998), pág. 721, en especial pág. 726; M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009), págs. 431 y 432.

[38] L. Boisson de Chazournes, "Subsequent practice, practices, and 'family resemblance': towards embedding subsequent practice in its operative milieu", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), págs. 53 a 63, en especial págs. 59 a 62.

[39] A/CN.4/660, párr. 64; y Nolte, "Jurisprudence of the International Court of Justice..." (véase la nota 33 *supra*), págs. 171 y 177.

[40] Con respecto a la diferente función que pueden desempeñar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con otros medios de interpretación, véase A/CN.4/660, párrs. 42 a 57; y Nolte, "Jurisprudence of the International Court of Justice..." (véase la nota 33 *supra*), pág. 183.

[41] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241, párr. 8).

[42] *Ibid.*

[43] Véase el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/660), párrs. 8 a 28.

13) En el párrafo 5 se utiliza la expresión “medios de interpretación”, que abarca no solo los “medios de interpretación complementarios” mencionados en el artículo 32, sino también los elementos que figuran en el artículo 31[44]. Aunque en su comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados la Comisión utilizó las expresiones “medios de interpretación” y “elementos de interpretación” indistintamente, a los efectos del presente tema la Comisión empleó la expresión “medios de interpretación” porque también describe la función de herramienta o instrumento que desempeñan en el proceso de interpretación[45]. El término “medio” no establece diferencias entre los diversos elementos que se mencionan en los artículos 31 y 32. Indica más bien que cada uno de esos elementos tiene una función en el proceso de interpretación, que es una “sola” operación y al mismo tiempo una operación “combinada”[46]. Al igual que las cortes y tribunales suelen comenzar su razonamiento considerando los términos del tratado para luego analizar, en un proceso interactivo[47], esos términos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado[48], en cualquier caso de interpretación de los tratados ha de determinarse en primer lugar la pertinencia concreta de los diversos medios de interpretación antes de que puedan “mezcl[arse] en el crisol”[49] para lograr una interpretación correcta, otorgándoles el peso debido en relación con los demás.

14) Durante la interpretación de un tratado en casos concretos, la obligación de prestar “la debida atención a los diversos medios de interpretación” podrá dar lugar a que se haga diferente hincapié en los diversos medios de interpretación, según el tratado o las disposiciones del tratado de que se trate[50]. Esto no quiere decir que una corte o tribunal o cualquier otro intérprete sea más o menos libre de elegir la manera de utilizar y aplicar los diversos medios de interpretación. El intérprete tiene que determinar la pertinencia de esos medios en un caso concreto y su interacción con los demás medios de interpretación, prestándoles, de buena fe, la debida atención, como requiere la regla del tratado que se va a aplicar[51]. El proyecto de conclusión 9, sobre el peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación, y su comentario proporcionan alguna orientación sobre la evaluación requerida.

---

[44] Véase también, *supra*, el comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 1); y Villiger, “The 1969 Vienna Convention...” (véase la nota 18 *supra*), pág. 129; Daillier, Forteau y Pellet, *Droit international public* (véase la nota 21 *supra*), págs. 284 a 289.

[45] Acta resumida provisional de la 3172ª sesión, 31 de mayo de 2013 (A/CN.4/SR.3172), pág. 4.

[46] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241, párr. 8).

[47] *Ibid.*

[48] *Ibid.*, págs. 240 y 241, párr. 6). Véanse también Yasseen, “L’interprétation des traités...” (nota 20 *supra*), pág. 58; Sinclair, *The Vienna Convention...* (nota 20 *supra*), pág. 130; J. Klabbers, “Treaties, object and purpose”, *Max Planck Encyclopedia on Public International Law* (www.mpepil.com), párr. 7; Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), pág. 427, párr. 11; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1988*, págs. 69 y ss., en especial pág. 89, párrs. 45 y 46; *Delimitation of the continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Norther Ireland and the French Republic*, decisión de 30 de junio de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII (núm. de venta: E/F.80.V.7), págs. 3 a 413, en especial págs. 32 a 35, párr. 39.

[49] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241.

[50] Proyecto de conclusión 1, párrs. 2 y ss., según se propone en el documento A/CN.4/660, en especial párr. 28, y, en general, párrs. 10 a 27.

[51] Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales no han sido uniformes en cuanto al peso relativo que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior tienen en el proceso de interpretación de los tratados, véase Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Cámara de los Lores: *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, párrs. 47 y 48 (Lord Steyn); *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* [2005] UKHL 72, párr. 31 (Lord Steyn). Estados Unidos, Tribunal Supremo: *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982), págs. 183 a 185; *O’Connor v. United States*, 479 U.S. 27 (1986), págs. 31 y 32; *United States v. Stuart*, 489 U.S. 353 (1989), donde un juez emitió una opinión disidente (Juez Scalia) en la que criticaba a la mayoría del Tribunal por basarse en “[l]a práctica de los signatarios del Tratado”, que, en su opinión, no tenía que consultarse, ya que “cuando el texto del Tratado resuelve la cuestión que se plantea, no hay necesidad de seguir investigando”, pág. 371. Suiza: Tribunal Administrativo Federal, sentencia de 21 de enero de 2010, BVGE 2010/7, párr. 3.7.11; Tribunal Federal Supremo, *A v. B*, sentencia en apelación de 8 de abril de 2004, núm. 4C.140/2003, BGE, vol. 130 III, págs. 430 y ss., en especial pág. 439.

15) El proyecto de conclusión 2 no hace referencia a la naturaleza del tratado como un elemento que suele ser pertinente para determinar la conveniencia de dar más o menos peso a determinados medios de interpretación[52]. No obstante, la jurisprudencia de diferentes cortes y tribunales internacionales da a entender que la naturaleza del tratado a veces puede ser pertinente para su interpretación[53]. El concepto de naturaleza de un tratado no es ajeno a la Convención de Viena de 1969 (véase, por ejemplo, el artículo 56, párrafo 1 a))[54] y se ha incluido una referencia a la naturaleza del tratado o de las disposiciones del tratado en otros trabajos de la Comisión[55]. No obstante, la Comisión decidió que el proyecto de conclusión no debía hacer referencia a la naturaleza del tratado para evitar cuestionar la unidad del proceso de interpretación y evitar toda clasificación de los tratados. En todo caso, es difícil distinguir la "naturaleza del tratado" del objeto y fin del tratado[56].

Conclusión 3
Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), que constituyen una prueba objetiva del entendimiento de las partes en cuanto al sentido del tratado, son medios auténticos de interpretación en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31.

Comentario

1) Al calificar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), de la Convención de Viena de 1969 como "medios auténticos de interpretación", la Comisión indica la razón por la que tienen un papel importante en la interpretación de los tratados[57]. La Comisión sigue, pues, su comentario de 1966 acerca del

[52] Proyecto de conclusión 1, párr. 2, según se propone en el documento A/CN.4/660, párr. 28, y análisis en los párrs. 8 a 28.

[53] Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC, por ejemplo, parecen hacer más hincapié en los términos del acuerdo abarcado por la OMC de que se trate (por ejemplo, informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves, Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS46/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000, párr. 45), mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacan el carácter del Convenio como tratado de derechos humanos (por ejemplo, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], demandas núms. 46827/99 y 46951/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-I, párr. 111; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 16, párr. 58); véanse también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10 y Add.1), págs. 302 y 303; y Nolte, "Jurisprudence under special regimes..." (véase la nota 25 *supra*), págs. 210 y ss., en especial págs. 216, 244 a 246, 249 a 262 y 270 a 275.

[54] M. Forteau, "Les techniques interprétatives de la Cour internationale de justice", *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2011), págs. 399 y ss., en especial págs. 406, 407 y 416; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, opinión separada del Magistrado Dillard, pág. 150 y ss., en especial pág. 154, nota 1.

[55] Artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (art. 6 a)), resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo; véase también la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10 y Add.1); la directriz 4.2.5 se refiere a la naturaleza de las obligaciones del tratado, más que a la naturaleza del tratado en sí.

[56] Véase, por ejemplo, el comentario a la directriz 4.2.5 (párr. 3)) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10 y Add.1). Por otra parte, el proyecto de artículo 6 de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados enumera "una serie de factores relacionados con la naturaleza del tratado, y en particular su materia, su objeto y fin, su contenido y el número de partes en el tratado", *ibid.*, comentario al proyecto de artículo 6, párr. 3).

[57] Véanse R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. 1 (Harlow, Longman, 1992), pág. 1268, párr. 630; G. Fitzmaurice, "The law and procedure of the International

proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que describía los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), como "medios auténticos de interpretación" y señalaba:

> Es evidente la importancia que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado tiene como elemento de interpretación, ya que constituye una prueba objetiva del entendimiento de las partes en cuanto al sentido del tratado[58].

2) No obstante, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), no son los únicos "medios auténticos de interpretación". Como ha explicado la Comisión:

> el criterio de la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados se basa en que debe presumirse que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes [...], haciendo del sentido corriente de los términos, del contexto del tratado, de sus objetivos y fines y de las normas generales de derecho internacional, junto con las interpretaciones auténticas de las propias partes, los criterios primordiales para interpretar un tratado[59].

Así pues, el término "auténtico" se refiere a las diferentes formas de "evidencia objetiva" o "prueba" del comportamiento de las partes, que refleja el "entendimiento común de las partes" acerca del sentido del tratado.

3) Al describir los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), como medios "auténticos" de interpretación, la Comisión reconoce que la voluntad común de las partes, que está subyacente en el tratado, posee una autoridad específica en relación con la determinación del sentido del tratado, incluso después de la celebración de este. Así pues, la Convención de Viena de 1969 otorga a las partes en un tratado un papel que puede ser poco frecuente en lo que respecta a la interpretación de los instrumentos jurídicos en algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

4) No obstante, la caracterización como "medios auténticos de interpretación" de los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), no implica que esos medios tengan necesariamente efectos concluyentes. De acuerdo con el encabezamiento del artículo 31, párrafo 3, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, después de todo, solo "habrá[n] de tenerse en cuenta" en la interpretación del tratado, que consiste en una "sola operación combinada" en la que no existe una jerarquía entre los medios de interpretación que figuran en el artículo 31 (véase el proyecto de conclusión 2, párrafo 5)[60]. Por esta razón, y pese a lo que dan a entender algunos autores[61], los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la que conste el acuerdo

---

Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and certain other treaty points", *British Yearbook of International Law 1957*, vol. 33, págs. 203 a 293, en especial págs. 223 a 225; y el informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles – Segunda reclamación (Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación))*, WT/DS353/R, adoptado el 23 de marzo de 2012, párr. 7953.

[58] Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15).

[59] *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 199, párr. 15); véase también *ibid*., pág. 198, párr. 13: "El párrafo 3 especifica como *otros* elementos auténticos de interpretación los siguientes: a) los acuerdos entre las partes relativos a la interpretación del tratado; y b) toda práctica posterior en la aplicación del tratado que denote claramente el acuerdo de todas las partes respecto de su interpretación" (sin cursiva en el original); en cambio, Waldock explicaba en su tercer informe que los trabajos preparatorios no son, como tales, medios auténticos de interpretación. Véase *ibid*., documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, págs. 56 y 57, párr. 21).

[60] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241, párrs. 8) y 9).

[61] M. E. Villiger, "The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The 'crucible' intended by the International Law Commission", en *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizaro (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 105 a 122, en especial pág. 111; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 34; O. Dörr, "Article 31, general rule of interpretation", en *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2ª ed., O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.) (Berlín, Springer, 2018), págs. 559 a 616, en especial págs. 593 a 595, párrs. 72 a 76; K. Skubiszewski, "Remarks on the interpretation of the United Nations Charter", en *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte* –

de las partes acerca de la interpretación del tratado no tienen que ser jurídicamente vinculantes[62]. Esto se confirma en el proyecto de conclusión 10, párrafo 1. Así pues, cuando la Comisión señaló que un "acuerdo ulterior" constituía "una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado"[63], no fue tan lejos como para afirmar que esa interpretación fuera necesariamente concluyente en el sentido de prevalecer sobre los demás medios de interpretación.

5) Eso no impide que las partes en un tratado, si lo desean, puedan llegar a un acuerdo vinculante acerca de la interpretación de un tratado. El Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Sir Humphrey Waldock, dijo en su tercer informe que puede ser difícil distinguir la práctica ulteriormente seguida por las partes en virtud de lo que se convirtió en el artículo 31, párrafo 3 a) y b) —que solo ha de tenerse en cuenta, entre otros medios, en el proceso de interpretación— de un acuerdo ulterior que las partes consideren vinculante:

> La práctica ulterior, cuando es uniforme y la siguen todas las partes, puede llegar a ser un elemento decisivo para determinar el sentido que deba atribuirse al tratado, *al menos* cuando indica que las partes consideran que están obligadas por la interpretación. En estos casos, la práctica ulterior como elemento de la interpretación del tratado y como elemento de la formación de un acuerdo tácito se superponen y el sentido que se deriva de esa práctica se convierte en una interpretación auténtica establecida por acuerdo[64] [sin cursiva en el original].

6) La posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo interpretativo ulterior de carácter vinculante está expresamente reconocida en algunos tratados. El artículo 1131, párrafo 2, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo, dispone que: "[l]a interpretación que formule la Comisión [intergubernamental] sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección"[65]. La existencia de dicho procedimiento especial o de un acuerdo sobre la interpretación autorizada de un tratado que las partes consideren vinculante puede excluir, o no, el recurso adicional a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), de la Convención de Viena de 1969[66].

Festschrift für Hermann Mosler, R. Bernhardt y otros (eds.) (Berlín, Springer, 1983), págs. 891 a 902, en especial pág. 898.

[62] H. Fox, "Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili Sedudu Island Case*", en *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, M. Fitzmaurice, O. Elias y P. Merkouris (eds.) (Leiden, Martinus Nijhoff, 2010), págs. 59 a 74, en especial págs. 61 y 62; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (Bruselas, Bruylant, 2013), págs. 313 a 315; M. Benatar, "From probative value to authentic interpretation: the legal effect of interpretative declarations", *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), págs. 170 a 195, en especial págs. 194 y 195; con reservas: J. M. Sorel y B. Eveno, "1969 Vienna Convention, Article 31: General rule of interpretation", en Corten y Klein, *The Vienna Conventions...* (véase la nota 21 *supra*), págs. 804 a 837, en especial pág. 825, párrs. 42 y 43; véase también G. Nolte, "Subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), págs. 307 a 385, en especial pág. 375, párr. 16.4.3.

[63] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 14).

[64] *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 58, párr. 25).

[65] Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (1992) (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1993); *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del TLCAN, laudo, 24 de marzo de 2016, caso CPA núm. 2012-17, párrs. 478 a 480.

[66] Véanse también el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 1994, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1867, núm. 31874, pág. 3, art. IX, párr. 2; el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (CE – Trozos de pollo)*, WT/DS269/AB/R y Corr.1, WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 273; y el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (CE – Banano III)*, Segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21, WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1, adoptado el 11 de diciembre de 2008, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008, párrs. 383 y 390.

7) La Comisión ha seguido utilizando el término “medios auténticos de interpretación” para describir el carácter no necesariamente concluyente, pero fehaciente, de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b). La Comisión no ha empleado los términos “interpretación auténtica” o “interpretación fehaciente” en el proyecto de conclusión 3 porque esos conceptos se entienden a menudo en el sentido de un acuerdo necesariamente concluyente o vinculante entre las partes acerca de la interpretación de un tratado[67].

8) Las cortes y tribunales nacionales han reconocido a veces de manera explícita que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), son medios de interpretación “auténticos”[68]. No obstante, no siempre ha habido uniformidad en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas que esta determinación conlleva. Mientras que algunas cortes y tribunales han entendido que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en el tratado pueden tener ciertos efectos vinculantes[69], otros han subrayado con acierto que el artículo 31, párrafo 3, solamente afirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior “habrá[n] de tenerse en cuenta”[70].

9) La expresión “medios auténticos de interpretación” comprende un elemento fáctico y otro jurídico. El elemento fáctico se indica mediante la expresión “prueba objetiva”, mientras que el elemento jurídico figura en el concepto de “entendimiento de las partes”. Así pues, la Comisión calificó un “acuerdo ulterior” como “una interpretación auténtica por las partes que ha de ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado”[71] y dijo que la práctica ulterior “análogamente [...] constituye una prueba objetiva del entendimiento de las partes en cuanto al sentido del tratado”[72]. Dado el carácter de los tratados como encarnación de la voluntad común de las partes, la “prueba objetiva” del “entendimiento de las partes” tiene una autoridad considerable como medio de interpretación[73].

10) La distinción entre cualquier “acuerdo ulterior” (artículo 31, párrafo 3 a)) y una “práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes” (artículo 31, párrafo 3 b)) no denota una diferencia con respecto a su carácter auténtico[74]. La Comisión considera más bien que un “acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones” tiene *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, mientras que una “práctica ulterior” solo tiene ese

---

[67] Véanse, por ejemplo, *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del TLCAN, laudo final sobre la jurisdicción y el fondo, 3 de agosto de 2005, parte II, cap. H, párr. 23 (con referencia a Jennings y Watts (véase la nota 57 *supra*), pág. 1268, párr. 630); Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 34; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Dordrecht, Springer, 2007), pág. 153; Skubiszewski, “Remarks on the interpretation of the United Nations Charter” (véase la nota 61 *supra*), pág. 898; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties* (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973), pág. 43; véase también Nolte, “Jurisprudence under special regimes...” (véase la nota 25 *supra*), págs. 210 y ss., en especial pág. 240, párr. 4.5.

[68] Suiza, Tribunal Supremo Federal: *A v. B*, sentencia en apelación de 8 de abril de 2004, núm. 4C.140/2003, BGE, vol. 130 III, págs. 430 y ss., en especial pág. 439 (donde el Tribunal indica que las partes son “dueñas del tratado” (“Herren der Verträge”)); sentencia de 12 de septiembre de 2012, núm. 2C_743/2011, BGE, vol. 138 II, págs. 524 y ss., en especial págs. 527 y 528. Alemania, Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE, vol. 90, págs. 286 y ss., en especial pág. 362. Véase también India, Tribunal Supremo, *Godhra Electricity Co. Ltd. and Another v. The State of Gujarat and Another* [1975] AIR 32, que puede consultarse en http://indiankanoon.org/doc/737188 (consultado el 8 de junio de 2016).

[69] Alemania, Tribunal Fiscal Federal, BFHE, vol. 215, págs. 237 y ss., en especial pág. 241; *ibid*., vol. 181, págs. 158 y ss., en especial pág. 161.

[70] Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación: *Zaoui v. Attorney-General (No. 2)* [2005] 1 NZLR 690, párr. 130; Hong Kong (China), Tribunal Superior de Apelación: *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration* [1999] 1 HKLRD 315, 354; Austria, Tribunal Administrativo Superior, VwGH, sentencia de 30 de marzo de 2006, 2002/15/0098, 2, 5.

[71] *Anuario...*, *1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 14).

[72] *Ibid*., párr. 15).

[73] Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 34, 414 y 415; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 67 *supra*), págs. 152 y 153.

[74] A/CN.4/660, párr. 69.

efecto si pone de manifiesto "el entendimiento común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto"[75]. Así pues, la diferencia entre un "acuerdo ulterior entre las partes" y una "práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes" reside en la forma de constatar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado, consistiendo la diferencia en la mayor facilidad para constatar la existencia de un acuerdo[76].

11) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación de los tratados no se deben confundir con la interpretación de los tratados por las cortes y tribunales internacionales o los órganos de expertos creados en virtud de tratados en casos específicos. Los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), son medios "auténticos" de interpretación porque son expresiones del sentido atribuido al tratado por las propias partes. La autoridad de las cortes y tribunales internacionales y de los órganos de expertos creados en virtud de tratados procede de otras fuentes, como del tratado que se va a interpretar. No obstante, las decisiones y demás pronunciamientos de las cortes y tribunales internacionales y de los órganos de expertos creados en virtud de tratados pueden ser indirectamente pertinentes para la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación si dan lugar a tales acuerdos ulteriores y práctica ulterior de las propias partes, se refieren a ellos o los reflejan[77].

12) Los proyectos de conclusión 2 y 4 distinguen entre la "práctica ulterior" por la que consta el acuerdo de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena de 1969, por un lado, y la práctica ulterior (en un sentido amplio) de una o varias partes en el tratado, pero no todas ellas, que pueda ser pertinente como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32[78]. Esa práctica ulterior en virtud del artículo 32 por la cual no conste el acuerdo de todas las partes no puede constituir una interpretación "auténtica" de un tratado por todas las partes en él y por tanto no tendrá el mismo peso a los efectos de la interpretación (véase el proyecto de conclusión 9)[79].

13) La última parte del proyecto de conclusión 3 deja claro que la utilización de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación debe tener lugar en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

Conclusión 4
Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por acuerdo ulterior como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), se entiende un acuerdo acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado.

2. Por práctica ulterior como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), se entiende el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

3. Por práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración.

[75] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15); véase también W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Berlín, Springer, 1983), pág. 294.

[76] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), pág. 1087, párr. 63; véase también, *infra*, el proyecto de conclusión 4 y su comentario.

[77] Véase *infra* proyecto de conclusión 13 y Nolte, "Subsequent agreements and subsequent practice of States..." (nota 62 *supra*), págs. 307 y ss., en especial págs. 381 y ss., párr. 17.3.1.

[78] Véanse *infra*, en particular, los párrafos 23) a 35) del comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 3.

[79] Véase *infra* también el párr. 33) del comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 3.

Comentario

Aspectos generales

1) El proyecto de conclusión 4 define los tres diferentes medios "ulteriores" de interpretación de los tratados que se mencionan en el proyecto de conclusión 2, párrafos 3 y 4, es decir, el "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), la "práctica ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), y la "práctica ulterior" en virtud del artículo 32.

2) En los tres casos, el término "ulterior" se refiere a actos que tienen lugar "después de la celebración del tratado"[80]. Ese momento a menudo es anterior al momento en que el tratado entra en vigor (artículo 24 de la Convención de Viena de 1969). Varias disposiciones de la Convención de Viena de 1969 (por ejemplo, el artículo 18) muestran que un tratado puede haberse "celebrado" antes de su entrada en vigor efectiva[81]. A los efectos del presente tema, se entiende por "celebración" el momento en que el texto del tratado ha quedado establecido como definitivo en el sentido del artículo 10 de la Convención de Viena. Es después de la celebración de un tratado, y no justamente después de su entrada en vigor, cuando los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden tener lugar. Realmente es difícil determinar la razón de que un acuerdo o una práctica que tengan lugar entre el momento en que el texto de un tratado ha quedado establecido como definitivo y la entrada en vigor de ese tratado no deban ser pertinentes a efectos de la interpretación[82].

3) El artículo 31, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969 dispone que el "contexto" del tratado comprende ciertos "acuerdos" e "instrumentos"[83] que han sido concertados o formulados "con motivo de la celebración del tratado". La expresión "con motivo de la celebración del tratado" debe entenderse que abarca los acuerdos e instrumentos que se conciertan o formulan en estrecha relación temporal y contextual con la celebración del tratado[84]. Si se conciertan o formulan después de ese período, esos "acuerdos" e "instrumentos" convenidos constituyen "acuerdos ulteriores" o práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3[85].

Párrafo 1 – definición de "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a)

4) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 4 enuncia la definición de "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a). La expresión "las partes" indica que es un acuerdo al que han de haber llegado todas las partes en el tratado.

---

[80] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 14).

[81] Véanse J. L. Brierly, segundo informe sobre el derecho de los tratados, *Yearbook..., 1951*, vol. II, documento A/CN.4/43, págs. 70 y ss.; y G. G. Fitzmaurice, primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario..., 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 111; véanse también S. Rosenne, "Treaties, conclusion and entry into force" en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, R. Bernhardt (ed.) (Ámsterdam, North Holland, 2000), pág. 933 (donde se afirma que, en rigor, es la negociación la que se celebra mediante un tratado); Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), págs. 78 a 80, párrs. 9 a 14.

[82] Véase, por ejemplo, la Declaración sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad, acordada por las partes contratantes del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, 27 de septiembre de 2012.

[83] Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 242 y 243, párr. 13); el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha fallado que ese término puede incluir las declaraciones unilaterales si la otra parte no hace objeciones a ellas, véase Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfGE, vol. 40, págs. 141 y ss., en especial pág. 176. Véase, en general, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 19 *supra*), págs. 240 a 242.

[84] Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), pág. 38; Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law* (véase la nota 57 *supra*), pág. 1274, párr. 632 (donde se afirma que el hecho de que haya transcurrido un período demasiado largo entre el tratado y el otro acuerdo podría impedir que se considere que este ha sido concertado con motivo de la 'celebración' del tratado).

[85] Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 14); véase asimismo Villiger, *Commentary...* (nota 37 *supra*), pág. 431, párrs. 20 y 21; véase también K. J. Heller, "The uncertain legal status of the aggression understandings", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), págs. 229 a 248, en especial pág. 237.

5) El artículo 31, párrafo 3 a), emplea la expresión “acuerdo ulterior” y no “tratado ulterior”. No obstante, un “acuerdo ulterior” no es necesariamente menos formal que un “tratado”. Aunque un tratado en el sentido de la Convención de Viena de 1969 ha de celebrarse por escrito (artículo 2, párrafo 1 a)), el derecho internacional consuetudinario sobre los tratados no conoce tal requisito[86]. El término “acuerdo” en la Convención de Viena de 1969[87] y en el derecho internacional consuetudinario no implica un grado de formalidad determinado. El artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, que enuncia la norma general según la cual “[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes”, ha sido explicado por la Comisión diciendo que “[e]l acuerdo por el que se enmiende un tratado puede adoptar cualquier forma que las partes en el tratado original decidan”[88]. De igual modo, la Convención de Viena no prevé ningún requisito formal particular para los acuerdos y la práctica en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b)[89].

6) Aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo es un tratado. De hecho, un “acuerdo ulterior” en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), solo “habrá de tenerse en cuenta” para la interpretación de un tratado. Así pues, no es necesariamente vinculante. La cuestión se aborda de manera más específica en el proyecto de conclusión 10.

7) La Convención de Viena de 1969 distingue entre un “acuerdo ulterior” en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), y “toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado” en virtud del artículo 31, párrafo 3 b). Esta distinción no es siempre clara y la jurisprudencia de las cortes y tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales muestra cierta renuencia a afirmarla. En la causa relativa a la *Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia c. el Chad)*, la Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión “actitudes ulteriores” para calificar a lo que posteriormente denominó “acuerdos ulteriores”, y “actitudes” unilaterales ulteriores[90]. En la causa relativa a la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, la Corte Internacional de Justicia dejó abierta la cuestión de si la utilización de un mapa concreto podía constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior[91]. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC tampoco han distinguido siempre entre un acuerdo ulterior y una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b)[92].

---

[86] Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), pág. 80, párr. 15; P. Gautier, “Commentary on article 2 of the Vienna Convention”, en Corten y Klein, *The Vienna Conventions...* (véase la nota 21 *supra*), vol. II, págs. 38 a 40, párrs. 14 a 18; J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (La Haya, Kluwer Law International, 1996), págs. 49 y 50; véase también A. Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, núm. 4 (1986), págs. 787 a 812, en especial págs. 794 y ss.

[87] Véanse los artículos 2, párr. 1 a), 3, 24, párr. 2, 39 a 41, 58 y 60.

[88] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 255; véase también Villiger, *Commentary...* (nota 37 *supra*), pág. 513, párr. 7; P. Sands, “Commentary on article 39 of the Vienna Convention”, en Corten y Klein, *The Vienna Conventions...* (véase la nota 21 *supra*), págs. 971 y 972, párrs. 31 a 34.

[89] El proyecto de artículo 27, párrafo 3 b), que se convirtió después en el artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, incluía en su versión inglesa el término *“understanding”*, que se sustituyó por *“agreement”* en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Esas enmiendas “se ref[erían] únicamente a su redacción”, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 (A/CONF.39/11, núm. de venta: S.68.V.7), pág. 186; Fox, “Article 31 (3) (a) and (b)...” (véase la nota 62 *supra*), pág. 63.

[90] Véase *Territorial Dispute* (nota 22 *supra*), págs. 6 y ss., en especial págs. 34 y ss., párrs. 66 y ss.

[91] *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 22 *supra*), pág. 656, párr. 61; en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte habla de “posiciones ulteriores” para constatar que “los términos expresos del propio tratado eran, por consiguiente, reconocidos en la práctica como negociables por las partes”, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 77, párr. 138; véase también *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, fallo (competencia y admisibilidad), *I.C.J. Reports 1995*, págs. 6 y ss., en especial pág. 16, párr. 28 (“comportamiento ulterior”).

[92] Véanse las “Directrices para la Consignación en Listas” en el informe del Grupo Especial de la OMC, *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS204/R, adoptado el 1 de junio de 2004, y el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que*

8) El Tribunal establecido en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) abordó esa distinción en el asunto *CCFT c. los Estados Unidos*[93]. En esa ocasión, los Estados Unidos de América adujeron que varias medidas unilaterales adoptadas por cada una de las tres partes en el TLCAN podían constituir, si eran consideradas conjuntamente, un acuerdo ulterior[94]. En una primera etapa, el Tribunal no consideró que hubiera pruebas suficientes para determinar la existencia de un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a)[95]. Sin embargo, en una segunda etapa, el Tribunal concluyó que los mismos elementos de prueba constituían una práctica ulterior pertinente por la que constaba el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

> La cuestión que sigue planteándose es la siguiente: ¿existe una "práctica ulteriormente seguida" por la cual conste el acuerdo de las partes en el TLCAN sobre esta cuestión en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b)? El Tribunal considera que existe. Aunque para el Tribunal no existen pruebas suficientes en el expediente para demostrar un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones", las pruebas disponibles citadas por el demandado nos demuestran que, no obstante, existe una "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado"[96].

9) Este razonamiento puede dar a entender que una de las diferencias entre un "acuerdo ulterior" y una "práctica ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3, se encuentra en las diferentes manifestaciones de la expresión "auténtica" de la voluntad de las partes. De hecho, al distinguir entre "todo acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), y "toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes" en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena de 1969, la Comisión no tenía la intención de señalar una diferencia entre sus posibles efectos jurídicos[97]. La diferencia entre los dos conceptos estriba más bien en el hecho de que un "acuerdo ulterior entre las partes" produce *ipso facto* el efecto de constituir un medio auténtico de interpretación del tratado, en tanto que una "práctica ulterior" únicamente produce ese efecto si sus diferentes elementos, tomados en conjunto, ponen de manifiesto "el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos"[98].

10) Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, se diferencian en razón de que pueda identificarse como tal un acuerdo de las partes, en un acto o compromiso común, o de que sea necesario identificar la existencia de

---

afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, WT/DS285/AB/R y Corr.1, adoptado el 20 de abril de 2005; para la interpretación del "Entendimiento de 1981", véase el informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/R, adoptado el 20 de marzo de 2000; el "Código SMC" de la Ronda de Tokio en el informe del Grupo Especial de la OMC, *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, y una "exención" en el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Banano III* (véase la nota 66 *supra*).

93 *C.C.F.T. v. United States*, Arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del TLCAN, laudo sobre jurisdicción, 28 de enero de 2008; véanse también *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina*, decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, 3 de octubre de 2001, caso CIADI núm. ARB/97/3, *ICSID Reports 2004*, vol. 6 (2004), págs. 168 y ss., en especial pág. 174, párr. 12; P. Merkouris y M. Fitzmaurice, "Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement" en Fitzmaurice, Elias y Merkouris, *Treaty Interpretation...* (véase la nota 62 *supra*), págs. 153 a 238, en especial págs. 217 a 233.

94 *C.C.F.T. v. United States* (véase la nota 93 *supra*), párrs. 174 a 177.

95 *Ibid.*, párrs. 184 a 187.

96 *Ibid.*, párr. 188 y véase también párr. 189; en un sentido similar: *Aguas del Tunari SA c. la República de Bolivia* (Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Países Bajos-Bolivia), decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, caso CIADI núm. ARB/02/3, 21 de octubre de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, núm. 2 (2005), págs. 450 y ss., en especial págs. 528 y ss., párrs. 251 y ss.

97 *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15).

98 *Ibid.*; véase también Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (nota 75 *supra*), pág. 294.

un acuerdo por medio de actos separados que, al combinarse, demuestren una posición común. Por consiguiente, hay que "llegar" a un "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), y ello presupone un acto o compromiso común deliberado de las partes, incluso si este consiste en actos individuales por los cuales estas manifiestan su entendimiento común acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones[99].

11) Por otra parte, la "práctica ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), abarca todas las (otras) formas pertinentes de comportamiento ulterior de las partes en un tratado que contribuyen a la identificación de un acuerdo, o "entendimiento" *(understanding)*[100], de las partes acerca de la interpretación del tratado. Es posible, no obstante, que "práctica" y "acuerdo" coincidan en determinados casos y no puedan distinguirse. Esto explica por qué la expresión "práctica ulterior" se utiliza a veces en un sentido más general que abarca los dos medios de interpretación a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 a) y b)[101].

12) Un grupo de acuerdos ulteriores distintos, cada uno de ellos celebrado entre un número reducido de partes, pero por los cuales, considerados conjuntamente, conste un acuerdo entre todas las partes en un tratado acerca de la interpretación de este, no es necesariamente "un" acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a). La expresión "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), se circunscribe a un acto o compromiso común entre todas las partes (véase el párrafo 10) *supra*)[102]. Los diferentes acuerdos posteriores entre un número limitado de partes por los cuales, considerados conjuntamente, conste un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado constituyen práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b). Varios de esos acuerdos entre un número reducido de partes por los cuales, aun considerados conjuntamente, no conste el acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación del tratado pueden tener un valor interpretativo como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 (véase *infra*, en los párrafos 23) y 24)).

13) Un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), es un acuerdo "acerca de" la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones. Por tanto, las partes han de tener el propósito, posiblemente entre otros objetivos, de aclarar el sentido de un tratado o la forma en que ha de aplicarse[103].

14) Si un acuerdo es "acerca de" la interpretación de un tratado o de la aplicación de sus disposiciones a veces puede determinarse mediante alguna referencia que relacione el "acuerdo ulterior" con el tratado de que se trate. Esa referencia puede ser explícita, pero también puede incluirse en un tratado posterior[104]. En la causa relativa a *Jan Mayen* entre Dinamarca y Noruega, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia parece haber aceptado que un "tratado ulterior" entre las partes "en la misma esfera" podría utilizarse a los efectos de la interpretación del tratado anterior. No obstante, en esa causa, la Corte se

[99] Un acto o compromiso común puede consistir en un intercambio de cartas o alguna otra forma de acuerdo.

[100] El término "entendimiento" *(understanding)* fue utilizado por la Comisión en el correspondiente proyecto de artículo 27, párr. 3 b), sobre el derecho de los tratados (véase la nota 89 *supra*).

[101] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (medidas provisionales), providencia de 13 de julio de 2006, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 113 y ss., en especial págs. 127 y 128, párr. 53: en este caso, incluso un acuerdo verbal ulterior explícito fue calificado por una de las partes como "práctica ulterior".

[102] Véase el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012, párr. 371.

[103] *Ibid.*, párrs. 366 a 378, en especial párr. 372; por ejemplo, los acuerdos alcanzados en virtud de una cláusula de un tratado fiscal bilateral basada en el artículo 25, párrafo 3, del Modelo de Convenio Tributario de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 67 *supra*), págs. 164 y ss.

[104] *Orascom TMT Investments S. à r.l. v. People´s Democratic Republic of Algeria*, laudo, 25 de mayo de 2017, caso CIADI núm. ARB/12/35, párrs. 302 y 303.

abstuvo de recurrir al tratado ulterior con ese fin porque no se "refería" en modo alguno al tratado anterior[105].

15) Un ejemplo de un enfoque bastante estricto es la decisión del Tribunal Superior de Apelación de Hong Kong (China) cuando tuvo que interpretar la Declaración Conjunta Sino-Británica en la causa *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration*[106], en la que una de las partes sostenía que el Grupo Conjunto de Enlace Sino-Británico, integrado por representantes de China y del Reino Unido de conformidad con el artículo 5 de la Declaración Conjunta, había llegado a un acuerdo acerca de la interpretación de esa Declaración. Como prueba, la parte hizo referencia a un folleto en el que se afirmaba que se había elaborado "tomando como base la normativa y las prácticas en materia de inmigración existentes y el planteamiento común de los representantes británicos y chinos del [Grupo Conjunto de Enlace]". No obstante, el Tribunal no consideró que el propósito del folleto fuera "interpretar o aplicar" la Declaración Conjunta en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a)[107].

Párrafo 2 – definición de la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b)

16) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 no tiene por objeto proporcionar una definición general de cualquier forma de práctica ulterior que pueda ser pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. El párrafo 2 concierne únicamente a la práctica ulteriormente seguida como medio auténtico de interpretación por el cual conste el acuerdo de todas las partes en el tratado, como se enuncia en el artículo 31, párrafo 3 b). Esa práctica ulterior (en sentido estricto) se distingue de la práctica ulterior (en sentido amplio) en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 de una o varias partes por la cual no conste el acuerdo de las partes pero que, no obstante, pueda ser pertinente como medio de interpretación complementario (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3)[108].

17) La práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede consistir en cualquier "comportamiento". El término "comportamiento" se utiliza en el sentido del artículo 2 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[109]. Puede comprender, pues, no solo actos, sino también omisiones, incluido el silencio pertinente, que contribuyan a establecer el acuerdo[110]. La cuestión de las circunstancias en que las omisiones, o el silencio, pueden contribuir a un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación del tratado se aborda en el proyecto de conclusión 10, párrafo 2.

18) La práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), ha de ser un comportamiento observado "en la aplicación del tratado". Ello comprende no solo los actos oficiales a nivel internacional o interno que sirven para aplicar el tratado, incluido el respeto o la garantía del cumplimiento de las obligaciones del tratado, sino también, entre otras

[105] *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 51, párr. 28. En la causa *Controversia relativa a derechos de navegación y derechos conexos* entre Costa Rica y Nicaragua, el Magistrado *ad hoc* Guillaume se refirió a un memorando de entendimiento entre los dos Estados (*Dispute Regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 *supra*), declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y ss., en especial págs. 298 y 299, párr. 16). Ahora bien, no estaba claro si las partes tuvieron la intención de que ese memorando en particular sirviera de interpretación del tratado de fronteras examinado.

[106] Véase *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration* (nota 70 *supra*).

[107] *Ibid.*, párrs. 152 y 153.

[108] En cuanto a la distinción entre ambas formas de práctica ulterior, véase, *infra*, párrs. 23) y 24) del presente comentario.

[109] *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 35, párrs. 2) a 4) del comentario.

[110] Waldock, tercer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 60, párrs. 32) y 33); *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* [fondo], fallo de 15 de junio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 6, pág. 23; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 392 y ss., en especial pág. 410, párr. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI (núm. de venta: E/F.95.V2), págs. 53 a 264, en especial págs. 185 a 187, párrs. 168 y 169.

cosas, las declaraciones oficiales sobre su interpretación, como las declaraciones formuladas en una conferencia diplomática, las declaraciones hechas en el transcurso de una controversia legal o las sentencias de las cortes y tribunales nacionales; las comunicaciones oficiales a que dé lugar el tratado; o bien la aprobación de legislación nacional o la celebración de acuerdos internacionales a los efectos de aplicar un tratado incluso antes de que tenga lugar un acto concreto de aplicación a nivel interno o internacional.

19) Cabe recordar que, en un caso, un Panel del TLCAN negó que la legislación interna pudiera utilizarse como ayuda interpretativa:

> Finalmente, a la luz del hecho de que ambas Partes se han referido a su legislación nacional sobre transporte terrestre, el Panel considera conveniente referirse al artículo 27 de la Convención de Viena, que establece que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Esta disposición instruye al Panel para no examinar las leyes nacionales, sino la legislación internacional aplicable. Por tanto, no deben utilizarse en la interpretación del TLCAN la legislación de los Estados Unidos ni la legislación de México. Si se hiciera, se aplicaría un marco legal inadecuado[111].

Aunque el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 es ciertamente válido e importante, de esa norma no se infiere que la legislación nacional no pueda tenerse en cuenta como un elemento de la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado. Hay una diferencia entre invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, por una parte, y remitirse al derecho interno a los efectos de la interpretación de una disposición de un tratado, por otra. Así lo han reconocido órganos jurisdiccionales internacionales, en particular el Órgano de Apelación de la OMC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han distinguido frecuentemente entre legislación nacional (y otras medidas de aplicación adoptadas en el ámbito interno) que vulneran obligaciones dimanantes de un tratado y legislación u otras medidas adoptadas en el ámbito nacional que pueden servir para interpretar el tratado[112]. Conviene señalar, no obstante, que hay un elemento de buena fe necesario en "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado". Una mala aplicación manifiesta del tratado, a diferencia de una aplicación de buena fe (aunque sea errónea), no es, por tanto, una "aplicación del tratado" en el sentido de los artículos 31 y 32.

20) El requisito de que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), haga constar un acuerdo "acerca de la interpretación del tratado" tiene el mismo sentido que el requisito análogo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) (véanse los párrafos 13) y 14) *supra*). A menudo puede ser difícil distinguir entre la práctica ulterior que implica una contribución a la interpretación de un tratado y otra práctica "en la aplicación del tratado".

21) La cuestión de las circunstancias en que "consta" realmente un "acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" se aborda en el proyecto de conclusión 10.

---

[111] Informe final del Panel Arbitral establecido a tenor del TLCAN, núm. EUA-MEX-98-2008-01, *Servicio de transporte transfronterizo (México c. los Estados Unidos de América)*, aprobado el 6 de febrero de 2001, párr. 224 [se omiten las notas].

[112] Por ejemplo, informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio de 2000, párr. 6.55; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/R, adoptado el 19 de febrero de 2009, párr. 7.173; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011, párrs. 335 y 336; *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (TBI Estados Unidos-Argentina), decisión sobre excepciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, caso CIADI núm. ARB/01/8, *ICSID Reports 2003*, vol. 7, pág. 492, párr. 47; *V. v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24888/94, 16 de diciembre de 1999, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1999-IX, párr. 73; *Kart v. Turkey* [GC], demanda núm. 8917/05, 3 de diciembre de 2009, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2009-VI, párr. 54; *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, demanda núm. 16130/90, 30 de junio de 1993, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 264, párr. 35.

22) El artículo 31, párrafo 3 b), no requiere explícitamente que la práctica haya de ser un comportamiento de las propias partes en el tratado. No obstante, son las partes mismas, actuando por medio de sus órganos[113], o en virtud de un comportamiento en la aplicación del tratado, quienes siguen la práctica por la que puede constar su acuerdo. La cuestión de si otros actores pueden generar una práctica ulterior pertinente se examina en el proyecto de conclusión 5[114].

Párrafo 3 – la práctica ulterior en virtud del artículo 32

23) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 versa sobre la práctica ulterior en virtud del artículo 32, es decir, una práctica ulterior distinta de la mencionada en el artículo 31, párrafo 3 b). Este párrafo se refiere a la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32", como dice el párrafo 4 del proyecto de conclusión 2. Esta forma de práctica ulterior, que no requiere el acuerdo de todas las partes, se mencionó originariamente en el comentario de la Comisión al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de la manera siguiente:

> Pero, en general, la práctica seguida por una sola parte o por algunas partes en el tratado como elemento de interpretación es cosa muy distinta de la práctica concorde seguida por todas las partes y que expresa su común acuerdo en cuanto al sentido del tratado. Esta práctica es prueba del acuerdo de las partes sobre la interpretación del tratado y es análoga a un acuerdo sobre interpretación. Por esta razón, la Comisión opinó que la práctica posterior, que establece el acuerdo común de todas las partes respecto de la interpretación del tratado, debe figurar en el párrafo 3 [del proyecto de disposición que se convirtió en el artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969] como auténtico medio de interpretación, lo mismo que los acuerdos sobre interpretación. En cambio, la práctica de cada Estado en la aplicación de un tratado puede tenerse en cuenta únicamente como "otro" de los medios de interpretación mencionados en el artículo 70 [que pasó a ser el artículo 32][115].

24) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 4, a diferencia del artículo 31, párrafo 3 b), no enuncia el requisito de que la práctica pertinente sea "acerca de la interpretación del tratado". Por tanto, a los efectos del tercer párrafo, toda práctica seguida en la aplicación del tratado que pueda proporcionar indicaciones acerca de cómo ha de interpretarse el tratado puede constituir un medio de interpretación complementario pertinente en virtud del artículo 32.

25) La práctica ulterior en virtud del artículo 32 ha sido, desde la aprobación de la Convención de Viena de 1969, reconocida y aplicada por las cortes y tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales como un medio de interpretación (véanse los párrafos 26) a 32) *infra*). Hay que señalar, no obstante, que el Órgano de Apelación de la OMC, en *Japón – Impuesto sobre las bebidas alcohólicas II*[116], ha formulado una definición de práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado que parece dar a entender que solo la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado, y no cualquier otra forma de práctica ulteriormente seguida por una o varias partes: la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie "concordante, común y coherente" de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación[117]. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otras cortes y tribunales internacionales, e incluso la

[113] Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (véase la nota 75 *supra*), págs. 115 y ss.

[114] Véase el proyecto de conclusión 5, párr. 2.

[115] *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 198, párr. 13); véase también *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15).

[116] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, e informe del Grupo Especial de la OMC, WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996.

[117] *Ibid.* (informe del Órgano de Apelación de la OMC), secc. E, pág. 16.

del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (véanse los párrafos 31) y 32) *infra*), demuestra que la práctica ulterior que reúne todas las condiciones del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena de 1969 no es la única forma de práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación de un tratado que puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado.

26) En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia estimó que el informe técnico de un experto que había sido encargado por una de las partes y que "había conservado siempre un carácter interno"[118], aunque no representaba una práctica ulterior por la que constaba el acuerdo de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), podía "no obstante respaldar las conclusiones" a que había llegado la Corte por otros medios de interpretación[119].

27) En el asunto *Loizidou c. Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que su interpretación resultaba "confirmada por la práctica ulterior de las partes contratantes"[120], esto es, por "la prueba de una práctica que denota un acuerdo prácticamente universal entre las partes contratantes en el sentido de que los artículos 25 y 46 [...] del Convenio no permiten restricciones territoriales o sustantivas"[121]. Más a menudo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha basado en la práctica, no necesariamente uniforme, ulteriormente seguida por las partes al remitirse a la legislación nacional y a la práctica administrativa interna como medios de interpretación. En el asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que "[e]n cuanto a la práctica de los Estados europeos, cabe observar que, en la gran mayoría de ellos, ha sido reconocido el derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva con las autoridades"[122] y que "[l]as excepciones existentes pueden justificarse únicamente por circunstancias particulares"[123].

28) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha tenido en cuenta la práctica ulteriormente seguida por las partes, tampoco ha limitado su uso a los casos en que por la práctica constaba el acuerdo de las partes. Así, en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tabago*, la Corte Interamericana sostuvo que la imposición obligatoria de la pena de muerte por cada forma de comportamiento con resultado de muerte de otra persona era incompatible con el artículo 4, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (imposición de la pena de muerte solo por los delitos más graves). En apoyo de esta interpretación, la Corte sostuvo que era "útil proporcionar algunos ejemplos de este respecto, tomados de la legislación de países americanos en los que se conserva la pena de muerte"[124].

29) El Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está abierto a los argumentos basados en la práctica ulterior en un sentido amplio (en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969) cuando se trata de examinar la justificación de injerencias en los derechos establecidos en el Pacto[125]. Al interpretar los términos bastante generales del artículo 19, párrafo 3, del Pacto (restricciones lícitas a la libertad de expresión), el Comité observó que "se aplican

[118] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), pág. 1078, párr. 55.

[119] *Ibid.*, pág. 1096, párr. 80.

[120] *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), demanda núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, párr. 79.

[121] *Ibid.*, párr. 80; es de destacar que el Tribunal describió "esa práctica de los Estados" como "uniforme y coherente" pese al hecho de que había reconocido que ambos Estados constituían probablemente excepciones a la regla (Chipre y el Reino Unido; "cualquiera que sea su sentido"), párrs. 80 y 82.

[122] *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], demanda núm. 34503/97, 12 de noviembre de 2008, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008, párr. 52.

[123] *Ibid.*, párr. 151; análogamente en *Jorgic v. Germany*, demanda núm. 74613/01, 12 de julio de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007-III, párr. 69.

[124] *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros* (véase la nota 27 *supra*), voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 12; caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación* in vitro*") vs. Costa Rica*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de noviembre de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 257, párrs. 245 a 256.

[125] *Jong-Cheol c. la República de Corea*, dictamen, 27 de julio de 2005, comunicación núm. 968/2001, informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/60/40), vol. II, anexo V, G.

restricciones análogas en muchos países"[126] y concluyó que el objetivo perseguido por la ley impugnada no excedía, como tal, de los objetivos legítimos del artículo 19, párrafo 3, del Pacto[127].

30) En el fallo dictado en la causa *Jelisić*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló, remitiéndose a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[128], que:

> la Sala de Primera Instancia [...] interpreta los términos de la Convención de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. [...] La Sala de Primera Instancia ha tenido en cuenta también la práctica ulterior basada en la Convención. Se ha atribuido especial importancia a las sentencias dictadas por el Tribunal para Rwanda [...] También se han tenido en cuenta la práctica de los Estados, particularmente por medio de sus órganos jurisdiccionales internos y la labor en esa esfera realizada por los órganos internacionales[129].

31) Los órganos de solución de diferencias de la OMC también han distinguido a veces entre la "práctica ulterior" que se ajusta a las condiciones del artículo 31, párrafo 3 b), y otras formas de práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, que esos órganos también reconocen como pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor*[130] (no se interpuso apelación), el Grupo Especial tuvo que determinar si se aplicaba la "doctrina de las pequeñas excepciones" relativa a los pagos por concepto de regalías[131]. El Grupo Especial consideró que había pruebas en apoyo de la existencia de tal doctrina en la legislación nacional de varios Estados miembros y señaló:

> recordamos que en el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena se prescribe que, juntamente con el texto, habrán de tenerse en cuenta para los efectos de interpretación: a) todo acuerdo ulterior, b) toda práctica ulterior, o c) toda norma pertinente internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Observamos que las partes y los terceros han señalado a nuestra atención varios ejemplos, tomados de diversos países, sobre limitaciones que figuran en las leyes nacionales y están basadas en la doctrina de las pequeñas excepciones. A nuestro juicio, la práctica estatal reflejada en las leyes nacionales del derecho de autor de los Miembros de la Unión de Berna antes y después de 1948, 1967 y 1971, así como de los miembros de la OMC antes y después de la fecha en que entró en vigor para ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, confirman nuestra conclusión sobre la doctrina de las pequeñas excepciones[132].

Además, el Grupo Especial agregó en una nota a pie de página la advertencia siguiente: "Al enunciar estos ejemplos de práctica estatal no queremos expresar una opinión sobre si los ejemplos constituyen una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del apartado b) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena"[133].

---

[126] *Ibid.*, párr. 8.3.

[127] *Ibid.*; véase también *Yoon y Choi c. la República de Corea*, dictamen, 3 de noviembre de 2006, comunicaciones núms. 1321/2004 y 1322/2004, *ibid*., *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/62/40), vol. II, anexo VII, V, párr. 8.4.

[128] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277.

[129] *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Sala de Primera Instancia, fallo, 14 de diciembre de 1999, IT-95-10-T, párr. 61 [se omiten las notas]; análogamente *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Sala de Primera Instancia, fallo, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 541.

[130] Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio de 2000.

[131] Véase el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, art. 9, párr. 1.

[132] Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio de 2000, párr. 6.55 [se omiten las notas].

[133] *Ibid.*, nota 69.

32) En el asunto *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, el Órgano de Apelación de la OMC reprochó al Grupo Especial que no hubiera tenido en cuenta ciertas decisiones adoptadas por el Comité del Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) como práctica ulterior pertinente:

> Una interpretación adecuada también habría incluido el examen de la existencia y pertinencia de la práctica posterior. Observamos que los Estados Unidos se refirieron, ante el Grupo Especial, a las decisiones adoptadas en abril de 1997 por el Comité del Sistema Armonizado de la OMA sobre la clasificación de determinado equipo para redes locales como máquinas automáticas para tratamiento de información. Singapur, que era un tercero en las actuaciones del Grupo Especial, también se refirió a esas decisiones [...]. Sin embargo, consideramos que las decisiones de la OMA pueden ser pertinentes al interpretar las concesiones arancelarias consignadas en la Lista LXXX[134].

Así, si se examina más detenidamente, los órganos de solución de diferencias de la OMC reconocen también la distinción entre "práctica ulteriormente seguida" en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), y un concepto más amplio de práctica ulterior (en virtud del artículo 32) que no presupone un acuerdo entre todas las partes en el tratado[135].

33) Ahora bien, al acudir a la práctica ulteriormente seguida por una o varias partes en un tratado, pero no todas, como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32, hay que tener siempre presente el hecho de que "la opinión de un solo Estado no es fuente de derecho internacional"[136]. En cualquier caso, la distinción entre la práctica ulteriormente seguida en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), como medio auténtico de interpretación, y otra práctica ulterior (en sentido amplio) en virtud del artículo 32 implica que se atribuya un mayor valor interpretativo a la primera. Las cortes y tribunales nacionales a veces no han distinguido claramente entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, y otra práctica ulterior en virtud del artículo 32[137].

34) La distinción entre práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), y práctica ulterior en virtud del artículo 32 también contribuye a dar una respuesta a la cuestión de si la práctica ulterior requiere una acción repetida con alguna frecuencia[138] o si puede ser

---

[134] Véase el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998, párr. 90; véase también I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford, Oxford University Press, 2009), pág. 342.

[135] Véase también el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – EPO*, WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, adoptado el 23 de julio de 2012, párr. 452.

[136] *Sempra Energy International c. la República Argentina*, laudo, 28 de septiembre de 2007, caso CIADI núm. ARB/02/16, párr. 385; véanse asimismo *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L. P. c. la República Argentina*, laudo, 22 de mayo de 2007, caso CIADI núm. ARB/01/3, párr. 337; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, WT/DS353/R, adoptado el 23 de marzo de 2012, nota 2420, párr. 7.953; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay*, caso CIADI núm. ARB/10/7, laudo, 28 de junio de 2016, párr. 476.

[137] Véanse, por ejemplo: Reino Unido, Cámara de los Lores, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* [2005] UKHL 72, párrs. 54, 55 y 66 a 85 (Lord Mance); Reino Unido, Cámara de los Lores, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58, párr. 38; Reino Unido, Cámara de los Lores, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, párr. 47 (Lord Steyn); Reino Unido, Cámara de los Lores, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, párr. 80 (Lord Hope); Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación, *Zaoui v. Attorney-General (No. 2)*, [2005] 1 NZLR 690, párr. 130 (Magistrada Glazebrook); Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación, *P. v. Secretary for Justice, ex parte A.P.* [2004] 2 NZLR 28, párr. 61 (Magistrada Glazebrook); Alemania, Tribunal Administrativo Federal, BVerwGE, vol. 104, págs. 254 y ss., en especial págs. 256 y 257; sentencia de 29 de noviembre de 1988, 1 C 75/86 [1988], *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1989, págs. 765 y ss., en especial pág. 766.

[138] Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), pág. 431, párr. 22.

suficiente la aplicación de un tratado una sola vez[139]. En el marco de la OMC, el Órgano de Apelación ha estimado lo siguiente:

> Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulteriormente seguida, sino que se requiere una serie de actos por los que se establezca el acuerdo de las partes[140].

No obstante, si el concepto de práctica ulterior como medio de interpretación de los tratados se distingue de un posible acuerdo entre las partes, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de "práctica ulterior" en sentido amplio (en virtud del artículo 32)[141].

35) Así pues, la "práctica ulterior" en sentido amplio (en virtud del artículo 32) abarca toda aplicación del tratado por una o varias partes (pero no todas). Puede adoptar diversas formas[142]. Ese "comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado" puede consistir, en particular, en una aplicación directa del tratado en cuestión, un comportamiento que sea atribuible a un Estado parte como aplicación del tratado o una declaración o un pronunciamiento judicial sobre la interpretación o aplicación del tratado. Tal comportamiento puede incluir declaraciones oficiales sobre el sentido del tratado, protestas por su incumplimiento o una aceptación tácita de declaraciones o actos de otras partes[143].

Conclusión 5
El comportamiento como práctica ulterior

1. La práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento de una parte en la aplicación de un tratado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.

2. Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 5 aborda la cuestión de los posibles autores de la práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. La expresión "en virtud de los artículos 31 y 32" deja claro que este proyecto de conclusión se aplica a la práctica ulterior no solo como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), sino también como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32. El párrafo 1 del proyecto de conclusión 5 define afirmativamente los comportamientos en la aplicación del tratado que pueden constituir práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32, mientras que el párrafo 2 enuncia negativamente los comportamientos que no la constituyen pero que pueden, no obstante, ser pertinentes al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado. Dado que el proyecto de conclusiones no se ocupa específicamente de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, la práctica de las organizaciones internacionales solo se aborda de forma limitada en el proyecto de conclusión 12, párrafo 3, pero no en el proyecto de conclusión 5[144].

[139] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 67 *supra*), pág. 166.

[140] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. E, pág. 16.

[141] Véase el párr. 11) del comentario al proyecto de conclusión 9, párrafo 2, *supra*; Kolb, *Interprétation et création du droit international* (Bruselas, Bruylant, 2006), págs. 506 y 507.

[142] Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3ª ed. (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2013), pág. 239.

[143] Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (véase la nota 75 *supra*), págs. 114 y ss.

[144] Véase el párr. 3) del comentario al proyecto de conclusión 1 *supra*.

Párrafo 1 – comportamiento que constituye práctica ulterior

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5, la expresión "cualquier comportamiento de una parte" se inspira en el artículo 2 a) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[145]. Así, la expresión "cualquier comportamiento" abarca tanto acciones como omisiones. No se limita al comportamiento de los órganos estatales, sino que puede comprender también el comportamiento de actores privados que actúan en virtud de una autoridad pública delegada. La expresión "ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole" se centra en las funciones de un Estado, y no en sus órganos[146]. El comportamiento pertinente ha de ser "en la aplicación de un tratado"[147]. No obstante, la inspiración en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no incluye el concepto de atribución ni el requisito de que el comportamiento en cuestión sea "internacionalmente ilícito". Como el concepto de "aplicación del tratado" requiere que el comportamiento sea de buena fe, una mala aplicación manifiesta de un tratado queda fuera de ese ámbito[148].

3) La Corte Internacional de Justicia ha señalado un ejemplo de comportamiento pertinente que, si bien solo se deriva indirectamente del comportamiento de las partes, da lugar no obstante a práctica estatal, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*. En esa causa, la Corte examinó si el uso habitual de una isla en la frontera entre Namibia (antigua África Sudoccidental) y Botswana (antigua Bechuanalandia) por los miembros de una tribu local, los masubia, podía considerarse una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena. La Corte llegó a la conclusión de que se podía determinar la existencia de una práctica ulterior si ese comportamiento: estaba vinculado a la creencia por parte de las autoridades de Caprivi de que la frontera fijada por el Tratado de 1890 seguía el canal meridional del Chobe; y, en segundo lugar, si las autoridades de Bechuanalandia eran plenamente conscientes de ello y lo aceptaban como confirmación del límite fronterizo establecido en el Tratado[149].

4) Pese a la referencia a cualquier comportamiento de una parte en la aplicación del tratado, del párrafo 1 no se infiere que tal comportamiento constituya necesariamente, en un caso determinado, una práctica ulterior a los efectos de la interpretación del tratado. El uso de la expresión "puede consistir" tiene por objeto reflejar ese punto. Esta aclaración reviste especial importancia en relación con el comportamiento de los órganos estatales que pueden contradecir una posición expresada oficialmente por el Estado con respecto a un asunto determinado y contribuir así a que el comportamiento del Estado sea equívoco.

5) Habida cuenta de las diferencias significativas en la organización interna de los Estados, es difícil determinar las condiciones en que el comportamiento de los órganos estatales de rango inferior es una práctica ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. El criterio relevante no es tanto la posición del órgano en la jerarquía del Estado como su función a la hora de interpretar y aplicar un tratado concreto.

6) La práctica ulterior de los Estados en la aplicación de un tratado puede ciertamente ser obra de los altos funcionarios del Estado mencionados en el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, como la mayoría de los tratados generalmente no son aplicados por esos altos funcionarios, las cortes y tribunales internacionales han reconocido que el comportamiento de funcionarios del Estado de rango inferior también puede, en

[145] Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios, *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 38, párr. 4) del comentario; la cuestión de la atribución a una organización internacional de un comportamiento ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados se aborda en el proyecto de conclusión 12 *infra*.

[146] Véanse los arts. 4 y 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Pueden verse el proyecto de artículos aprobado por la Comisión y sus comentarios en *Anuario..., 2011*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

[147] Véase el párr. 18) del comentario al proyecto de conclusión 4 *supra*.

[148] Véase el párr. 19) del comentario al proyecto de conclusión 4 *supra*.

[149] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), pág. 1094, párr. 74.

determinadas circunstancias, constituir una práctica ulterior pertinente en la aplicación de un tratado. Así, en la causa relativa a *Los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que el artículo 95 del Acta General de la Conferencia de Algeciras (1906)[150] tenía que interpretarse de manera flexible, habida cuenta de que la práctica de las autoridades aduaneras locales no era coherente[151]. La jurisprudencia de los tribunales arbitrales confirma que la práctica ulterior pertinente puede emanar de los funcionarios de rango inferior. En la decisión sobre el caso de la *External Debts*, el Tribunal de Arbitraje consideró una carta del Banco de Inglaterra dirigida a la Administración de la Deuda Federal Alemana como práctica ulterior pertinente[152]. Además, en el caso *Régimen fiscal de las pensiones pagadas a los funcionarios jubilados de la UNESCO que residen en Francia*, el Tribunal de Arbitraje aceptó, en principio, la práctica de la administración tributaria francesa de no gravar las pensiones de los trabajadores jubilados de la UNESCO como práctica ulterior pertinente. No obstante, en última instancia, el Tribunal de Arbitraje consideró decisiva una posición oficial contraria expresada por una autoridad superior, a saber, el Gobierno francés[153].

7) Así pues, la práctica de funcionarios de rango inferior y locales puede constituir práctica ulterior "de una parte en la aplicación de un tratado" si esa práctica es suficientemente inequívoca y si cabe prever que el Gobierno está al corriente de ella y no la ha contradicho en un plazo razonable[154].

Párrafo 2 – comportamiento que no constituye práctica ulterior

8) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 consta de dos oraciones. En la primera se indica que todo comportamiento que no sea el previsto en el párrafo 1, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32. La expresión "todo otro comportamiento" se incluyó para establecer claramente la distinción entre el comportamiento contemplado en el párrafo 2 y el contemplado en el párrafo 1. Asimismo, el comportamiento no previsto por el párrafo 1 puede ser pertinente al "evaluar" la práctica ulterior de las partes en un tratado[155].

9) "La práctica ulterior en la aplicación de un tratado" provendrá de quienes han de aplicar el tratado, que en general son los propios Estados partes. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos formuló la regla general como sigue:

> Según un principio reconocido de la interpretación de los tratados, hay que tener en cuenta, junto con el contexto, toda práctica ulterior seguida en la aplicación de un tratado internacional. No obstante, esa práctica ha de ser una práctica de las partes en el tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

---

150 34 Stat. 2905 (1902-1907).

151 *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 211.

152 *Question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, decisión, 16 de mayo de 1980, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIX (núm. de venta: E/F.90.V.7), págs. 67 a 145, en especial págs. 103 y 104, párr. 31.

153 *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión, 14 de enero de 2003, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXV (núm. de venta: E/F.05.V.5), págs. 231 a 266, en especial pág. 257, párr. 66, y pág. 259, párr. 74.

154 Véanse Chanaki, *L'adaptation des traités...* (nota 62 *supra*), págs. 323 a 328; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 19 *supra*), págs. 269 y 270; M. Kamto, "La volonté de l'État en droit international", *Recueil des cours..., 2004*, vol. 310, págs. 9 a 428, en especial págs. 142 a 144; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), pág. 597, párr. 79.

155 La Comisión ha adoptado el mismo enfoque en el proyecto de conclusión 4, párrafo 3, sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Con arreglo a este proyecto de conclusión, "[e]l 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".

Si bien uno de los participantes en las negociaciones para llegar a un acuerdo, a saber, el Banco Markazi, es una entidad del Irán y, por ello, su práctica puede atribuirse al Irán por ser una de las partes en las declaraciones de Argel, los otros participantes en las negociaciones para llegar a un acuerdo y en los acuerdos en sí, a saber, los bancos de los Estados Unidos, no son entidades del Gobierno de los Estados Unidos y su práctica no puede ser atribuida a los Estados Unidos en calidad de otra de las partes en las declaraciones de Argel[156].

10) La primera oración del segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 trata de reflejar esa regla general. En ella se hace hincapié en la función principal de los Estados partes en un tratado, que son los dueños del tratado y, en última instancia, los responsables de su aplicación. Ello no excluye que el comportamiento de actores no estatales pueda constituir una forma de aplicación del tratado si supone un ejercicio de funciones ejecutivas o de otra índole de un Estado parte. Por ejemplo, un Estado puede actuar por conducto de entidades privadas, sean o no de propiedad estatal, o autorizarlas a ejercer facultades del poder público en lo que respecta a la aplicación de un tratado.

11) El "otro comportamiento", en el sentido del párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, puede ser el de diferentes actores. En particular, ese comportamiento puede consistir en una práctica de las partes que no sea "en la aplicación del tratado", o bien en declaraciones de un Estado que no sea parte en el tratado acerca de su interpretación de este[157], en el pronunciamiento de un órgano independiente de vigilancia de la aplicación del tratado en relación con la interpretación del tratado de que se trate[158], en actos de órganos técnicos encargados por una conferencia de Estados partes de prestar asesoramiento sobre la aplicación de las disposiciones de un tratado, o en diversas formas de comportamiento o declaraciones de actores no estatales.

12) La expresión "al evaluar la práctica ulterior" que figura en la segunda oración del párrafo 2 debe entenderse en un sentido amplio que abarque tanto la identificación de la existencia de una práctica ulterior como la determinación de su relevancia jurídica. Las declaraciones o el comportamiento de otros actores, como otros Estados, organizaciones internacionales o actores no estatales, pueden reflejar, o iniciar, una práctica ulterior

[156] Véase Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *United States of America and others v. Islamic Republic of Iran and others*, laudo núm. 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), págs. 57 y ss., en especial pág. 71; análogamente, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo cautelar núm. ITL 83-B1-FT (reconvención), *The Islamic Republic of Iran v. United States of America*, *ibid*., vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial págs. 124 y 125, párrs. 127 y 128; véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo cautelar núm. ITL 37-111-FT, *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, *ibid*., vol. 5 (1984), pág. 338, voto particular disconforme del Presidente Lagergren, págs. 348 y ss., en especial pág. 353: "...la disposición de la Convención de Viena sobre los acuerdos ulteriores se refiere a los acuerdos entre los Estados partes en un tratado, y un acuerdo de conciliación entre dos partes sometidas a un proceso de arbitraje difícilmente puede considerarse equivalente a un acuerdo entre dos Estados partes en un tratado, aunque la República Islámica del Irán fuera una de las partes en el proceso de arbitraje". Para consultar las Declaraciones de Argel (Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria y Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran), véase *International Legal Materials*, vol. 20 (1981), págs. 224 y 230 (respectivamente), en especial págs. 232 y 233.

[157] Véase, por ejemplo, *Observations of the United States of America on the Human Rights Committee's General Comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 22 de diciembre de 2008, pág. 1, párr. 3 (puede consultarse en www.state.gov/documents/organization/138852.pdf). En la medida en que la declaración de los Estados Unidos se refiere a la interpretación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171), en el que los Estados Unidos no son parte ni Estado contratante, esa declaración constituye "otro comportamiento" en virtud del proyecto de conclusión 5, párr. 2.

[158] Véase, por ejemplo, International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, "Final report on the impact of the findings of United Nations Human Rights treaty bodies", *Report of the Seventy-first Conference*, Berlín, 16 a 21 de agosto de 2004 (Londres, 2004), pág. 621, párrs. 21 y ss.

pertinente de las partes en un tratado[159]. Ahora bien, ese reflejo o inicio de una práctica ulterior de las partes por el comportamiento de otros actores no debe asimilarse a la práctica de las propias partes en el tratado. Las actividades de actores que no son partes en un tratado pueden, no obstante, ser pertinentes al evaluar la práctica ulterior de los Estados partes en un tratado.

13) Las decisiones, resoluciones y otra práctica de las organizaciones internacionales pueden ser pertinentes, por su propia naturaleza, para la interpretación de los tratados. Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 2 j) de la Convención de Viena de 1986, que menciona la "práctica establecida" de la organización como una forma de las "reglas de la organización"[160]. El proyecto de conclusión 5 solo se refiere a la cuestión de si la práctica de las organizaciones internacionales puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de los Estados partes en un tratado. La práctica de las organizaciones internacionales en la aplicación de sus instrumentos constitutivos se aborda en el proyecto de conclusión 12, párrafo 3.

14) Los informes de las organizaciones internacionales, que se preparan en razón del mandato de informar acerca de la práctica de los Estados en un ámbito determinado, pueden ser muy importantes al evaluar dicha práctica. Por ejemplo, el *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, "Manual del ACNUR"), es una obra importante que refleja la práctica de los Estados y, proporciona, pues, orientación al respecto[161]. Lo mismo cabe decir de la denominada Matriz del Comité 1540, que es una compilación sistemática del Comité del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, establecido en virtud de la resolución 1540 (2004), de 28 de abril de 2004, de las medidas de aplicación adoptadas por los Estados Miembros[162]. En la medida en que la Matriz se refiere a la aplicación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción de 1972[163], y de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción de 1993[164], constituye una prueba de la práctica ulterior de los Estados partes en esos tratados y una evaluación de esa práctica[165].

15) Otros actores no estatales también pueden desempeñar una función al evaluar la práctica ulterior de las partes en la aplicación de un tratado. Un ejemplo pertinente es el

---

159 Véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), en especial, pág. 270.

160 Véanse los párrs. 40) a 42) del comentario al proyecto de conclusión 12 *infra*.

161 Véase ACNUR, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (diciembre de 2011), HCR/1P/4/Spa/Rev.3 (www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50c1a04a2), Prólogo; la opinión de que el Manual del ACNUR expresa la práctica de los Estados ha sido rechazada con acierto por el Tribunal Federal de Australia en *Semunigus v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (1999), sentencia, 14 de abril de 1999, párrs. 5 a 13; no obstante, el Manual del ACNUR tiene una considerable fuerza probatoria como declaración fidedigna de la práctica ulterior de los Estados. Su autoridad se basa en el artículo 35, párrafo 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, núm. 2545, pág. 137), según el cual "[l]os Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas [...]; y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención".

162 Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad, de 24 de abril de 2004, párr. 8 c) de la parte dispositiva; según la página web del Comité 1540, "la Matriz ha sido el principal método utilizado por el Comité 1540 para organizar la información sobre la aplicación de la resolución 1540 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por los Estados Miembros" (www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/matrices.shtml (consultada el 11 de mayo de 2016)).

163 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14860, pág. 163.

164 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1974, núm. 33757, pág. 45.

165 Véase, en términos generales, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 19 *supra*), pág. 270.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)[166]. Además de cumplir el mandato general que le ha sido conferido por los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja[167], el CICR proporciona ocasionalmente orientaciones interpretativas sobre los Convenios de Ginebra de 1949[168] y los Protocolos adicionales[169] en razón de un mandato dimanante de los Estatutos del Movimiento[170]. El artículo 4, párrafo 1 g), de los Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja y el artículo 5, párrafo 2 g), de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja disponen que el cometido del Comité Internacional es:

> trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo.

En el marco de ese mandato, el CICR, por ejemplo, publicó en 2009 una *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*[171]. La *Guía* es el resultado de "una ronda de expertos" basada en el análisis de la práctica convencional y consuetudinaria de los Estados y "[expresa] la posición institucional del CICR en cuanto a la forma en que se debe interpretar el [derecho internacional humanitario] vigente"[172]. No obstante, en este contexto es importante señalar que los Estados han reafirmado su función principal en el desarrollo del derecho internacional humanitario. La Resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2011) recuerda "los importantes cometidos" del CICR, al tiempo que "pon[e] énfasis en el cometido principal de los Estados en el desarrollo del derecho internacional humanitario"[173].

16) Otro ejemplo de comportamiento de actores no estatales que puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de los Estados partes es el Monitor de Minas Terrestres y Municiones en Racimo, una iniciativa de la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas Terrestres y la Coalición contra las Municiones en Racimo. El Monitor actúa como un mecanismo de vigilancia *de facto*[174] de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su

---

166 H.-P. Gasser, "International Committee of the Red Cross (ICRC)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párr. 20.

167 Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31 ("Primer Convenio de Ginebra"), arts. 3 y 9; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 971, pág. 85 ("Segundo Convenio de Ginebra"), arts. 3 y 9; Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 972, pág. 135 ("Tercer Convenio de Ginebra"), arts. 3 y 9; y Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 973, pág. 287 ("Cuarto Convenio de Ginebra"), arts. 3 y 10; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 1977, *ibid*., vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, art. 81; y Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Ginebra en 1986 y modificados en 1995 y 2006, art. 5. Pueden consultarse en www.icrc.org/spa/assets/files/other/statutes-es-a5.pdf (consultado el 9 de agosto de 2018).

168 Convenios de Ginebra Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, *ibid*.

169 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 1977, *ibid*., núm. 17513, pág. 609.

170 Aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Ginebra en 1986 y modificados en 1995 y 2006. Pueden consultarse en www.icrc.org/spa/assets/files/other/statutes-es-a5.pdf (consultado el 17 de mayo de 2016).

171 Ginebra, 2009, pág. 10. Puede consultarse en www.icrc.org.

172 *Ibid*., pág. 9.

173 Resolución 1 – Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados, 1 de diciembre de 2011.

174 Véase www.the-monitor.org.

Destrucción de 1997 (la Convención de Ottawa)[175] y la Convención sobre Municiones en Racimo de 2008 (Convención de Oslo)[176]. El Monitor recoge las declaraciones y prácticas pertinentes de los Estados partes y los signatarios, e identifica, entre otras cosas, problemas interpretativos relacionados con la Convención de Oslo[177].

17) Los ejemplos del CICR y el Monitor ponen de manifiesto que los actores no estatales pueden proporcionar información valiosa sobre la práctica ulterior de las partes, contribuir a la evaluación de esa información e incluso solicitar su surgimiento. No obstante, los actores no estatales también pueden perseguir sus propios objetivos, que pueden ser diferentes de los que persiguen los Estados partes. Por tanto, su documentación y sus evaluaciones han de ser examinadas de manera crítica.

18) El texto del proyecto de conclusión 5 no hace referencia a la "práctica social" como ejemplo de "otro comportamiento [...] [que] puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado"[178]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en algunas ocasiones que el "aumento de la aceptación social"[179] y "los cambios sociales importantes"[180] son pertinentes a los efectos de la interpretación de los tratados. No obstante, la invocación de los "cambios sociales" o la "aceptación social" por el Tribunal ha seguido estando vinculada, en última instancia, a la práctica de los Estados partes[181]. En particular, así ocurre en asuntos importantes como *Dudgeon c. el Reino Unido*[182] y *Christine Goodwin c. el Reino Unido*[183]. En *Dudgeon c. el Reino Unido*, el Tribunal entendió que había "una mayor tolerancia de la conducta homosexual" señalando que "en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar este tipo de prácticas homosexuales en sí como una cuestión a la que deban aplicarse las sanciones del derecho penal" y que, por tanto, no podía "pasar por alto los cambios notables que se habían producido a este respecto en el derecho interno de los Estados miembros"[184]. Asimismo, el Tribunal señaló que "en la propia Irlanda del Norte, en los últimos años las autoridades se han abstenido de hacer cumplir la ley"[185]. En el asunto *Christine Goodwin c. el Reino Unido*, el Tribunal concedió importancia a la existencia de "pruebas claras e indiscutibles de una tendencia internacional continuada en favor no solo de una mayor aceptación social de los transexuales sino también del reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de los transexuales ya operados"[186].

19) Así pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos verifica si los avances sociales se reflejan efectivamente en la práctica de los Estados partes. Así sucedió, por ejemplo, en asuntos relativos a la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio[187] y en asuntos relacionados con el presunto derecho de ciertos romaníes a disponer de un lugar de

[175] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.
[176] *Ibid*., vol. 2688, núm. 47713, pág. 39.
[177] Véase, por ejemplo, *Cluster Munitions Monitor 2011*, págs. 24 a 31.
[178] Véase A/CN.4/660, párrs. 129 y ss.
[179] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 28957/95, 11 de julio de 2002, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-VI, párr. 85.
[180] *Ibid*., párr. 100.
[181] Véanse también *I. v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25680/94, 11 de julio de 2002, párr. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom*, demanda núm. 13378/05, 12 de diciembre de 2006, párr. 57; *Shackell v. the United Kingdom* (decisión), demanda núm. 45851/99, 27 de abril de 2000, párr. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, demanda núm. 30141/04, 24 de junio de 2010, párr. 58.
[182] *Dudgeon v. the United Kingdom*, demanda núm. 7525/76, 22 de octubre de 1981, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 45, en particular párr. 60.
[183] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (véase la nota 179 *supra*), en particular párr. 85.
[184] Véase *Dudgeon v. the United Kingdom*, demanda núm. 7525/76, 22 de octubre de 1981, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 45, párr. 60.
[185] *Ibid*.
[186] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (véase la nota 179 *supra*), párr. 85; véase también, *ibid*., párr. 90.
[187] *Mazurek v. France*, demanda núm. 34406/97, 1 de febrero de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-II, párr. 52; véanse también *Marckx v. Belgium*, demanda núm. 6833/74, 13 de junio de 1979, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 31, párr. 41; *Inze v. Austria*, demanda núm. 8695/79, 28 de octubre de 1987, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 126, párr. 44; *Brauer v. Germany*, demanda núm. 3545/04, 28 de mayo de 2009, párr. 40.

residencia temporal asignado por los municipios para poder mantener su modo de vida itinerante[188].

20) Se puede llegar a la conclusión de que una mera práctica social (ulterior), como tal, no basta para constituir una práctica ulterior pertinente de las partes en la aplicación de un tratado. No obstante, la práctica social ha sido reconocida a veces por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un elemento que contribuye a la evaluación de la práctica de los Estados.

Tercera parte
Aspectos generales

Conclusión 6
Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. La identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, requiere, en particular, la determinación de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición acerca de la interpretación del tratado. Esta posición no se adopta si las partes han acordado simplemente no aplicar el tratado temporalmente o han acordado establecer un arreglo práctico *(modus vivendi)*.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, pueden adoptar diversas formas.

3. La identificación de la práctica ulterior en virtud del artículo 32 requiere, en particular, determinar si el comportamiento ha sido seguido por una o más partes en la aplicación del tratado.

Comentario

1) El propósito del proyecto de conclusión 6 es indicar cómo se han de identificar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación.

Párrafo 1, primera oración – la expresión "acerca de la interpretación"

2) La primera oración del párrafo 1 recuerda que la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a los efectos del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere una consideración particular de la cuestión de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si estuvieron motivadas por otras consideraciones.

3) Los acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), han de ser "acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones", y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), ha de ser "en la aplicación del tratado" y por la cual conste un acuerdo "acerca de la interpretación"[189]. La relación entre los términos "interpretación" y "aplicación" en el artículo 31, párrafo 3, no es meridianamente clara. La "interpretación" es el proceso mediante el que se aclara el sentido de un tratado, incluidas una o más de sus disposiciones. La "aplicación" abarca un comportamiento mediante el que se ejercen los derechos o se cumplen las obligaciones que prevé un tratado, plenamente o en parte. La "interpretación" se refiere a un proceso mental, mientras que la "aplicación" se centra en el comportamiento en sí (acciones y omisiones). En este sentido, los dos conceptos son distinguibles y pueden servir propósitos diferentes en virtud del artículo 31, párrafo 3 (véanse los párrafos 4) a 6) *infra*), pero también están estrechamente relacionados y se complementan entre sí.

[188] *Chapman v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 27238/95, 18 de enero de 2001, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-I, párrs. 70 y 93; véanse también *Lee v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25289/94, 18 de enero de 2001, párrs. 95 y 96; *Beard v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24882/94, 18 de enero de 2001, párrs. 104 y 105; *Coster v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24876/94, 18 de enero de 2001, párrs. 107 y 108; *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25154/94, 18 de enero de 2001, párrs. 100 y 101.

[189] Véase el proyecto de conclusión 4, párrs. 1 a 3, y su comentario, párrs. 17) a 20), *supra*.

4) Si bien puede haber aspectos de la "interpretación" que no estén relacionados con la "aplicación" de un tratado[190], la aplicación de un tratado conlleva, de manera casi inevitable, algún elemento de interpretación, aun en los casos en que la norma en cuestión esté aparentemente clara[191]. Así pues, tanto un acuerdo o un comportamiento "acerca de la interpretación" del tratado como un acuerdo o un comportamiento "en la aplicación" del tratado llevan implícito que las partes asumen una posición acerca de la interpretación del tratado[192]. Mientras que en el caso de un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) (primera alternativa), la posición acerca de la interpretación de un tratado es asumida de manera específica e intencionada por las partes, es posible que la situación no sea tan clara en el caso de un "acuerdo ulterior [...] acerca de [...] la aplicación de sus disposiciones" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) (segunda alternativa)[193]. La asunción de una posición acerca de la interpretación por medio de la aplicación también está implícita en simples actos de aplicación del tratado en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), es decir, en "cada medida adoptada sobre la base del tratado interpretado"[194]. La palabra "o" en el artículo 31, párrafo 3 a), no describe pues una relación mutuamente excluyente entre "interpretación" y "aplicación".

5) La importancia de una "aplicación" de un tratado, a los efectos de su interpretación, no se limita, no obstante, a la identificación de la posición que el Estado parte en cuestión asuma con ella acerca de su interpretación. De hecho, la forma en que un tratado se aplica no solo contribuye a determinar el sentido del tratado, sino también a identificar hasta qué punto la interpretación que los Estados partes han asumido está "asentada" y, por tanto, más o menos firmemente establecida.

6) Debe señalarse que una "aplicación" de un tratado no necesariamente refleja la posición de un Estado parte de que dicha aplicación es la única jurídicamente posible con arreglo al tratado y a las circunstancias[195]. Además, el concepto de "aplicación" no excluye ciertos comportamientos de actores no estatales que el tratado reconozca como formas de su aplicación[196], y que, por tanto, constituyan una práctica por la que conste el acuerdo de las

---

190 Según G. Haraszti, la interpretación supone la elucidación de un texto en cuanto a su sentido y su objetivo, mientras que la aplicación supone la especificación de las consecuencias que conlleva para las partes contratantes (véase Haraszti, *Some Fundamental Problems...* (nota 67 *supra*), pág. 18); si bien reconoce que una norma jurídica, sea cual sea la forma en que se manifieste, no puede aplicarse a menos que se haya elucidado su contenido (*ibid*., pág. 15).

191 Harvard Draft Convention on the Law of Treaties, *American Journal of International Law Supp.*, vol. 29 (1935), págs. 653 y ss., en especial págs. 938 y 939. A. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon Press, 1961), pág. 372; Sinclair, *The Vienna Convention...* (véase la nota 20 *supra*), pág. 116; Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 423; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*); págs. 28 a 30 y 238; Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), pág. 47; U. Linderfalk, "Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation", *Netherlands International Law Review*, vol. 54 (2007), págs. 133 a 154, en especial págs. 141 a 144 y 147; G. Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), pág. 44; Villiger, "The rules on interpretation..." (véase la nota 61 *supra*), pág. 111.

192 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 266; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 67 *supra*), pág. 162; Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (véase la nota 75 *supra*), págs. 114 y 118; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), págs. 598 y 599, párrs. 81 y 83.

193 Esta segunda alternativa se introdujo a propuesta del Pakistán, pero su alcance y propósito nunca se abordaron ni se aclararon, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 31ª sesión, 19 de abril de 1968, pág. 185, párr. 53.

194 Véase Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 67 *supra*), págs. 164, 165 y 167; véanse también los proyectos de conclusión 2, párr. 4, y 4, párr. 3.

195 Véase el proyecto de conclusión 7, párr. 1, *infra*.

196 Véase Boisson de Chazournes, "Subsequent practice, practices..." (nota 38 *supra*), págs. 53 y ss., en especial págs. 54, 56, 59 y 60.

partes. Por último, el significado jurídico de un comportamiento particular en la aplicación de un tratado no está necesariamente limitado a su posible contribución a la interpretación en virtud del artículo 31, sino que puede contribuir también a satisfacer la carga de la prueba[197] o a cumplir las condiciones de otras normas[198].

7) Un comportamiento ulterior que no esté motivado por una obligación convencional no es "en la aplicación del tratado" o "acerca de" su interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En la causa relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, por ejemplo, algunos magistrados dudaron de si el hecho de que los Estados Miembros de las Naciones Unidas siguieran pagando sus contribuciones significaba una aceptación de una práctica determinada de la Organización[199]. El Magistrado Fitzmaurice hizo una advertencia bien conocida en este contexto, con arreglo a la cual el "argumento extraído de la práctica, si se lleva demasiado lejos, puede constituir el planteamiento de la cuestión"[200]. Según el Magistrado Fitzmaurice, "difícilmente podría inferirse del mero hecho de que los Estados Miembros paguen que estos admitan necesariamente en todos los supuestos una obligación jurídica positiva de hacerlo"[201].

8) Del mismo modo, en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia entendió que un esfuerzo por las partes en el Acuerdo de 1987 (sobre el sometimiento de una controversia a la competencia de la Corte) para celebrar un acuerdo especial adicional (que habría especificado el objeto de la controversia) no significaba que las partes considerasen que la celebración de dicho acuerdo adicional fuera un requisito para determinar la competencia de la Corte[202].

9) Otro ejemplo de una práctica voluntaria que no se realiza "en la aplicación de" un tratado o "acerca de la interpretación" de un tratado se refiere a la "protección complementaria" en el contexto del derecho de los refugiados. A las personas a las que se deniega el estatuto de refugiado con arreglo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a menudo se les concede, no obstante, "protección complementaria", que es equivalente a la que se prevé en la Convención. Sin embargo, los Estados que conceden protección complementaria no consideran que estén actuando "en la aplicación de" la Convención ni "acerca de su interpretación"[203].

10) A veces es difícil distinguir los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior pertinentes acerca de la interpretación o en la aplicación de un tratado en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), de otros comportamientos o actos en el contexto más amplio del tratado, incluidos los "actos contemporáneos" en el ámbito del tratado. No obstante, esta distinción

---

197 En la causa *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)* [excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 70 y ss., en especial pág. 117, párr. 105, la Corte Internacional de Justicia negó que ciertos comportamientos (declaraciones) satisficieran la carga de la prueba con respecto al cumplimiento por parte de la Federación de Rusia de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial entre 1999 y julio de 2008, en particular porque se consideró que el comportamiento no estaba específicamente relacionado con la Convención. Según el Magistrado Simma, la carga de la prueba se había satisfecho hasta cierto punto, véase opinión separada del Magistrado Simma, *ibid*., págs. 199 a 223, párrs. 23 a 57.

198 En la causa *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), la Corte Internacional de Justicia analizó la práctica ulterior no solo en el contexto de la interpretación del tratado sino también en el de la prescripción adquisitiva (véanse pág. 1092, párr. 71, pág. 1096, párr. 79, y pág. 1105, párr. 97).

199 *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva de 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial págs. 201 y 202 (opinión separada del Magistrado Fitzmaurice) y págs. 189 a 195 (opinión separada del Magistrado Spender).

200 *Ibid.*, pág. 201.

201 *Ibid.*

202 *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 6 y ss., en especial pág. 16, párr. 28.

203 Véanse A. Skordas "General provisions: article 5", en *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, A. Zimmermann (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 682, párr. 30; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), pág. 21.

es importante, ya que únicamente el comportamiento de las partes acerca de la interpretación tiene autoridad específica en el proceso de interpretación. La regla general parece ser que, cuanto más específica sea la relación de un acuerdo o una práctica con un tratado, mayor peso interpretativo puede adquirir en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b)[204].

11) La clasificación de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), en tanto que asunción de una posición acerca de la interpretación de un tratado requiere a menudo un detenido análisis jurídico y de los hechos. Este punto puede ilustrarse con ejemplos extraídos de la práctica judicial y estatal.

12) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ofrece una serie de ejemplos. Por una parte, la Corte no consideró que un "comunicado ministerial conjunto" de dos Estados "formara parte de la base convencional del derecho de libre navegación", ya que "es probable que las modalidades de cooperación que en él se establecen sean revisadas a fin de satisfacer a las partes"[205]. No obstante, la Corte también sostuvo que la falta de ciertas afirmaciones acerca de la interpretación de un tratado, o la ausencia de ciertas formas de su aplicación, constituían una práctica que indicaba la posición jurídica de las partes según la cual las armas nucleares no estaban prohibidas en varios tratados sobre armas tóxicas[206]. En cualquier caso, la importancia exacta de una expresión colectiva de opiniones de las partes solo puede determinarse mediante un examen detenido de si dicha expresión es "acerca de la interpretación" del tratado y hasta qué punto lo es. Así pues, la Corte entendió, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, que las "resoluciones y directrices pertinentes [de la Comisión Internacional sobre la Caza de las Ballenas] que habían sido aprobadas por consenso exigían que los Estados partes tuvieran en cuenta si los objetivos de la investigación podían lograrse de manera práctica y científica utilizando métodos de investigación no letales, pero no establecían el requisito de que se utilizasen métodos letales únicamente cuando no existieran otros métodos disponibles"[207].

13) Cuando el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se enfrentó a la cuestión de si la Declaración sobre resolución de reclamaciones obligaba a los Estados Unidos a devolver bienes militares al Irán, el Tribunal concluyó, refiriéndose a la práctica ulterior de las partes, que este tratado contenía una obligación implícita de indemnización en caso de no devolución[208]:

> 66. ... Aunque el párrafo 9 de la Declaración general no afirma de manera expresa obligación alguna de indemnizar al Irán en el supuesto de que no se devuelvan determinados artículos en razón de disposiciones de la legislación de los Estados Unidos aplicable con anterioridad al 14 de noviembre de 1979, el Tribunal entiende que dicha obligación está implícita en ese párrafo.
>
> [...]

[204] Sobre el "peso" de un acuerdo o una práctica como medio de interpretación, véase el proyecto de conclusión 9, párrs. 1 a 3 *infra*; como ejemplo de la necesidad y de la dificultad ocasional de distinguir un comportamiento específico de las partes acerca de la interpretación de un tratado de un acto más general, véase *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial págs. 41 a 58, párrs. 103 a 151.

[205] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 *supra*), pág. 234, párr. 40; véase también *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), pág. 1091, párr. 68, en donde la Corte afirmó de manera implícita que una de las partes no consideraba que ciertas formas de cooperación práctica fueran legalmente pertinentes a los efectos de la cuestión de fronteras que se planteaba y, por tanto, no convenía con una posición contraria de la otra parte.

[206] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párrs. 55 y 56; véanse también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* [excepción preliminar], fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 262 a 264.

[207] *Whaling in the Antartic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 257, párr. 83.

[208] Véase Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Islamic Republic of Iran and United States of America*, *Iran-United States Claims Tribunal Report*, laudo parcial núm. 382-B1-FT, vol. 19 (1989), págs. 294 y 295.

> 68. Además, el Tribunal observa que la interpretación recogida en el párrafo 66 *supra* es acorde con la práctica ulterior de las partes en la aplicación de los Acuerdos de Argel y, en particular, con el comportamiento de los Estados Unidos. Dicha práctica, de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 b) de la Convención de Viena, también ha de tenerse en cuenta en la interpretación de un tratado. En su comunicación de 26 de marzo de 1981, en la que informan al Irán de que no se aprobaría la exportación de artículos de defensa, los Estados Unidos manifestaron de manera expresa que el Irán sería reembolsado por el coste del equipo en la medida de lo posible.

Esta posición fue criticada por el Magistrado Holtzmann en su opinión disidente:

> El comportamiento ulterior de un Estado parte constituye una base adecuada para interpretar un tratado únicamente si resulta que el comportamiento estuvo motivado por el tratado. En el presente caso no hay evidencia, ni siquiera un argumento, de que la disposición de los Estados Unidos a pagar al Irán por los bienes fuera en respuesta a una obligación percibida que imponía el párrafo 9. Dicho comportamiento sería igualmente acorde con el reconocimiento de una obligación contractual de realizar el pago. En ausencia de cualquier indicio de que el comportamiento estuviese motivado por el tratado, es incorrecto utilizar ese comportamiento para interpretar el tratado[209].

Tanto la opinión mayoritaria como la disidente identifican claramente la necesidad de analizar detenidamente si las partes, mediante un acuerdo o una práctica, asumen una posición "acerca de la interpretación" de un tratado.

14) El hecho de que los Estados partes asuman una posición acerca de la interpretación de un tratado puede también deducirse a veces del carácter del tratado o de una disposición específica[210]. Mientras que la práctica ulterior en la aplicación de un tratado a menudo consiste en un comportamiento de diferentes órganos del Estado (ejecutivos, legislativos, judiciales o de otra índole) en la aplicación consciente de un tratado a diferentes niveles (nacional e internacional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, no se ocupa en general, de manera explícita, de la cuestión de si una práctica concreta establece un acuerdo "acerca de la interpretación" del Convenio[211]. Así pues, a la hora de describir la situación jurídica nacional en los Estados miembros, en raras ocasiones pregunta el Tribunal si una situación jurídica particular es el resultado de un proceso legislativo durante el cual se debatieron los posibles requisitos del Convenio. Más bien, el Tribunal presume que los Estados miembros, a la hora de legislar o adoptar alguna otra disposición de manera particular, son conscientes de sus obligaciones con arreglo al Convenio, y que actúan de una manera que refleja la forma en que entienden sus obligaciones[212]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha utilizado en ocasiones la práctica legislativa como medio de interpretación[213]. Al igual que la Corte Internacional de Justicia,

---

209 Opinión separada del Magistrado Holtzmann, concurrente en parte, disidente en parte, *ibid*., pág. 304.

210 Véase el segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/671), párr. 15.

211 Véanse, por ejemplo, *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 161, párr. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, demanda núm. 7525/76, 22 de octubre de 1981, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 45, párr. 60; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], demanda núm. 34503/97, 12 de noviembre de 2008, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008, párr. 48; sin embargo, como contraposición, compárese con *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], demandas núms. 46827/99 y 46951/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-I, párr. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, demanda núm. 15576/89, 20 de marzo de 1991, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 201, párr. 100.

212 Véase la nota 211 *supra*; véanse también *Marckx v. Belgium*, demanda núm. 6833/74, 13 de junio de 1979, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 31, párr. 41; *Jorgic v. Germany*, demanda núm. 74613/01, 12 de julio de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007-III, párr. 69; *Mazurek v. France*, demanda núm. 34406/97, 1 de febrero de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-II, párr. 52.

213 Véase, por ejemplo, *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tabago* (nota 27 *supra*), párr. 12.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado incluso en ocasiones que la "falta de posicionamiento alguno" de las partes acerca de una determinada interpretación del Convenio puede indicar que asumen una posición acerca de la interpretación del tratado[214].

15) El artículo 118 del Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra[215] estipula que "[l]os prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas". Los Estados partes no declararon de manera intencionada que fuera relevante la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado a fin de evitar que los Estados alegaran de manera abusiva la voluntad de los prisioneros de guerra con objeto de demorar la repatriación[216]. No obstante, el CICR ha insistido siempre, como condición para su participación, en poder evaluar de manera independiente la voluntad de un prisionero de guerra de ser repatriado[217]. Este enfoque, en la medida en que ha sido reflejado en la práctica de los Estados partes, parece indicar que el artículo 118 no impone una obligación absoluta de repatriar. Ello no significa necesariamente, no obstante, que el artículo 118 haya de interpretarse de manera aún más estricta como una exigencia de que la repatriación de un prisionero de guerra no se haga contra su voluntad. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario señala de manera precisa en su comentario sobre la norma 128 A:

> Según el Cuarto Convenio de Ginebra, no puede trasladarse a ninguna persona protegida a un país "donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas" [artículo 45, párrafo 4, del Cuarto Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra]. Aunque el Tercer Convenio de Ginebra no contiene una cláusula similar, la práctica desde 1949 ha evolucionado de modo que en toda repatriación en la que el CICR ha tenido un papel de intermediario neutral, las partes en conflicto, ya sea internacional o no internacional, han aceptado las condiciones del CICR para su participación, incluido el hecho de que el CICR ha de poder verificar antes de la repatriación (o puesta en libertad en un conflicto armado no internacional), mediante una entrevista privada con el interesado, si este desea ser repatriado (o liberado)[218].

16) Esta formulación sugiere que los Estados han aceptado que se determine la voluntad del prisionero de guerra en los casos en los que interviene el CICR y en los que la organización ha formulado dicha condición. Los Estados han extraído diferentes conclusiones de esta práctica[219]. En el Manual del Reino Unido de 2004 se dispone que:

> Una cuestión más controvertida es si los prisioneros de guerra *han de* ser repatriados incluso contra su voluntad. La práctica reciente de los Estados indica que

[214] *Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (decisión) [GC], demanda núm. 52207/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XII, párr. 62.

[215] Véase la nota 168 *supra*.

[216] C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisioners of War at the End of Active Hostilities* (Zúrich, Schultherss, 1977), págs. 145 a 156 y 171 a 175; sobre el deber de repatriar, véase en general S. Krähenmann, "Protection of prisioners in armed conflict", en *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ª ed., D. Fleck (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 359 a 412, en especial págs. 409 y 410.

[217] Así, con su participación, el CICR trata de conciliar los intereses de una rápida repatriación y el respeto de la voluntad de los prisioneros de guerra (véase, Krähenmann, "Protection of prisoners in armed conflict" (nota 216 *supra*), págs. 409 y 410).

[218] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), pág. 455 [se omiten las notas].

[219] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855, y actualización en versión electrónica para Australia, Israel, los Países Bajos y España, que puede consultarse en la dirección https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond.

no deben serlo. La política del Reino Unido es que los prisioneros de guerra no deben ser repatriados contra su voluntad[220].

17) Esta particular combinación de los verbos "han de" y "deben" indica que el Reino Unido, al igual que otros Estados, considera que la práctica ulterior demuestra una interpretación del tratado según la cual la voluntad declarada del prisionero de guerra puede ser respetada, pero no necesariamente tiene que serlo[221].

18) Los ejemplos anteriores extraídos de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados fundamentan la necesidad de identificar e interpretar cuidadosamente los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en particular para plantear si las partes, mediante un acuerdo o una práctica, asumen una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si están motivadas por otras consideraciones[222].

Párrafo 1, segunda oración – inaplicación temporal de un tratado o modus vivendi

19) La segunda oración del párrafo 1 es meramente ilustrativa. Hace referencia específicamente a dos tipos de casos que es preciso distinguir de la práctica acerca de la interpretación de un tratado, y deja margen para otros casos de ese tipo.

20) Una práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede también poner de manifiesto un acuerdo de no aplicar un tratado temporalmente[223] o un acuerdo sobre un arreglo práctico *(modus vivendi)*[224]. El ejemplo que figura a continuación es ilustrativo.

21) El artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1864 para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña dispone que "[s]e adoptará una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, las ambulancias y evacuaciones [...] La bandera [...] llevar[á] cruz roja en fondo blanco"[225]. Durante la guerra ruso-turca que tuvo lugar entre 1877 y 1878, el Imperio Otomano declaró que en el futuro utilizaría la media luna roja sobre fondo blanco para marcar sus propias ambulancias, si bien respetando el signo de la cruz roja que protegía a las ambulancias enemigas y manifestó que el signo distintivo del Convenio "había impedido hasta la fecha que Turquía ejerciera los derechos que la asistían en virtud del Convenio porque constituía una ofensa para los soldados musulmanes"[226]. Esta declaración dio lugar a una correspondencia entre el Imperio Otomano, Suiza (en calidad de depositaria) y las demás partes que resultó en la aceptación de la media luna roja únicamente durante el tiempo que se prolongara el conflicto[227]. En las Conferencias de

[220] Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), págs. 205 y 206, párr. 8170 [se omite la nota].

[221] Véase también Estados Unidos de América, Departamento de Defensa, *Law on War Manual* (2015, actualizado en 2016), art. 9.37.4.2, que estipula que el Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra no modifica por sí mismo los principios aceptados de derecho internacional para la concesión de asilo a los prisioneros de guerra, y que la Potencia detenedora puede conceder asilo, pero no está obligada a ello. Puede consultarse en www.defense.gov.

[222] A/CN.4/671, párrs. 11 a 18. Véase también L. Crema "Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), págs. 25 y 26.

[223] Véase A/CN.4/671, pág. 36, párr. 71.

[224] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 *supra*), págs. 234 y 235, párr. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 22 *supra*), págs. 14 y ss., en especial págs. 65 y 66, párrs. 138 a 140; J. Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), pág. 32; para otro ejemplo, véase A/CN.4/671, párr. 72; y J. R. Crook, "Contemporary practice of the United States", *American Journal of International Law*, vol. 105 (2011), págs. 775 y ss., en especial págs. 809 a 812.

[225] Véase CICR, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 12ª ed. (Ginebra, 1983), pág. 20.

[226] "Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés", núm. 29 (enero de 1877), págs. 35 a 37, citado en F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross. A Brief History* (Ginebra, CICR, 1977), pág. 15.

[227] *Ibid*., núm. 31 (julio de 1877), pág. 89, citado en Bugnion, *The Emblem of the Red Cross...* (véase la nota 226 *supra*), pág. 18.

Paz de La Haya de 1899 y 1907 y durante la Conferencia de 1906 de examen del Convenio de Ginebra de 1864, el Imperio Otomano, Persia y Siam pidieron, sin lograrlo, que se incluyeran la media luna roja, el león y el sol rojos, y la llama roja en el Convenio[228]. No obstante, el Imperio Otomano y Persia al menos lograron que se aceptaran las "reservas" que formularon a dicho efecto en 1906[229]. Esta aceptación de las reservas del Imperio Otomano y de Persia en 1906 no significó, no obstante, que las partes hubieran aceptado que el Convenio de Ginebra de 1864 había sido interpretado de un modo particular antes de 1906 por una práctica ulterior no objetada. La práctica del Imperio Otomano y de Persia se vio más bien, al menos hasta 1906, como una práctica no recogida por el Convenio de Ginebra de 1864, si bien fue aceptada como medida temporal y excepcional que dejaba inalterada la obligación convencional general.

Párrafo 2 – diversidad de formas

22) El propósito del párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 es reconocer la diversidad de formas que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden adoptar en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b). La Comisión ha reconocido que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b) consiste en cualquier "comportamiento" en la aplicación de un tratado, incluida en ciertas circunstancias la inacción, que pueda contribuir a que conste un acuerdo acerca de la interpretación del tratado[230]. Dependiendo del tratado de que se trate, esto no incluye únicamente comportamientos orientados al exterior, como actos oficiales, declaraciones y votaciones de ámbito internacional, sino también actos legislativos, ejecutivos y judiciales de ámbito nacional, y puede abarcar incluso comportamientos de actores no estatales realizados en nombre de uno o más Estados partes y que entren dentro del ámbito de aplicación de lo que el tratado conciba como formas de su aplicación[231]. Así pues, el comportamiento individual que puede contribuir a una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), no tiene que cumplir ningún criterio formal específico[232].

23) La práctica ulterior en el ámbito internacional no tiene que ser necesariamente un comportamiento conjunto[233]. Puede bastar un comportamiento paralelo de las partes. Una cuestión aparte es si la actividad paralela conforma realmente un entendimiento común suficiente (acuerdo) acerca de la interpretación de un tratado en un caso particular (véase el proyecto de conclusión 10, párrafo 1, *infra*)[234]. Pueden encontrarse acuerdos ulteriores en tratados jurídicamente vinculantes y en instrumentos no vinculantes como memorandos de entendimiento[235]. También pueden encontrarse acuerdos ulteriores en algunas decisiones de

[228] Bugnion, *The Emblem of the Red Cross...* (véase la nota 226 *supra*), págs. 19 a 31.

[229] A las que se unió Egipto tras su adhesión en 1923, véase Bugnion, *The Emblem of the Red Cross...* (véase la nota 226 *supra*), págs. 23 a 26; no fue hasta que se revisaron los Convenios de Ginebra en 1929, y Turquía, Persia y Egipto afirmaron que el uso de otros emblemas se había convertido en un hecho consumado y que esos emblemas habían sido utilizados en la práctica sin que se planteara objeción alguna, cuando la media luna roja y el león y sol rojos fueron reconocidos finalmente como signos distintivos en el artículo 19, párrafo 2, del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña de 1929 (Sociedad de Naciones, *Treaty Series*, vol. 118, núm. 2733, pág. 303).

[230] Véase el comentario al proyecto de conclusión 4, párrs. 17) a 20), *supra*.

[231] Véase, por ejemplo, el comentario al proyecto de conclusión 5 *supra*; Boisson de Chazournes, "Subsequent practice..." (nota 38 *supra*), págs. 54, 56, 59 y 60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 19 *supra*), págs. 257 a 259; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial págs. 42 a 45, párrs. 103 a 111, págs. 48 y 49, párrs. 119 a 122, y pág. 50, párr. 126; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), págs. 597 y 598, párr. 79.

[232] Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 254 y 255.

[233] *Temple of Preah Vihear* (véase la nota 110 *supra*), pág. 33; *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), pág. 1213, párr. 17, opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren.

[234] *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 737, párr. 258; no obstante, véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial págs. 83 y 84, párr. 117, en donde la Corte reconoció las concesiones de las partes en la controversia como prueba de su acuerdo tácito; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (nota 231 *supra*).

[235] Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 244 y 250.

una conferencia de Estados partes (véase el proyecto de conclusión 11, párrafos 1, 2 y 3, *infra*).

Párrafo 3 – identificación de la práctica ulterior en virtud del artículo 32

24) El párrafo 3 de este proyecto de conclusión establece que, al identificar la práctica ulterior en virtud del artículo 32, el intérprete tiene que determinar si, en particular, el comportamiento ha sido seguido por una o más partes en la aplicación del tratado[236]. La Comisión decidió ocuparse de esa práctica ulterior en virtud del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3)[237] en un párrafo aparte en aras de la claridad analítica (véanse el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, y el proyecto de conclusión 9, párrafo 3, *infra*), pero ello no cuestiona la unidad del proceso de interpretación. Las consideraciones que son pertinentes para la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), también son aplicables, *mutatis mutandis*, a la identificación de la práctica ulterior en virtud del artículo 32. Así pues, los acuerdos en que no estén todas las partes en un tratado acerca de la interpretación del tratado o de su aplicación son una forma de práctica ulterior en virtud del artículo 32.

25) Un ejemplo de arreglo práctico en que no participan todas las partes en un tratado es el memorando de entendimiento entre el Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de los Estados Unidos Mexicanos sobre el servicio de Autotransporte Transfronterizo de Carga Internacional, de 6 de julio de 2011[238]. El memorando de entendimiento no se refiere al Canadá, la tercera parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y en él se especifica que el memorando "es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados Unidos de América y México en el marco del TLCAN". Estas circunstancias sugieren que el memorando de entendimiento no pretende constituir un acuerdo acerca de la interpretación del TLCAN en virtud de los artículos 31, párrafo 3 a) o b), y 32, sino que más bien se limita a ser un arreglo práctico entre un número limitado de partes.

Conclusión 7
Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, contribuyen, en su interacción con otros medios de interpretación, a la aclaración del sentido de un tratado. Ello puede dar lugar a la restricción, la ampliación o la determinación, de algún otro modo, de las posibles interpretaciones, incluido cualquier margen de discrecionalidad que el tratado conceda a las partes.

2. La práctica ulterior en virtud del artículo 32 también puede contribuir a aclarar el sentido de un tratado.

3. Se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo o una práctica en relación con la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado, y no de enmendarlo o modificarlo. La posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la enmienda o la modificación de los tratados de la Convención de Viena de 1969 y del derecho internacional consuetudinario.

[236] Véanse los párrafos 1) a 4) del presente comentario *supra*, y A/CN.4/671, párrs. 3 a 5.

[237] Véase el comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 10), *supra*.

[238] Crook, "Contemporary practice of the United States" (véase la nota 224 *supra*), págs. 809 a 812; véase también: México, *Diario Oficial de la Federación* (7 de julio de 2011), Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América (www.dof.gob.mx).

Comentario

Párrafo 1, primera oración – aclaración del sentido de un tratado

1) El proyecto de conclusión 7 se ocupa de los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de un tratado. Su propósito es indicar cómo los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a aclarar el sentido de un tratado. El párrafo 1 subraya que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior han de considerarse en su interacción con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 2, párrafo 5)[239]. Por consiguiente, no son necesariamente concluyentes de por sí.

2) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como todos los medios de interpretación, pueden tener distintos efectos en el proceso interactivo de interpretación de un tratado, que consiste en prestar la debida atención en un caso concreto a los diversos medios de interpretación en "una sola operación combinada"[240]. La toma en consideración de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de los artículos 31, párrafo 3, y 32 puede así contribuir a aclarar el sentido de un tratado[241] al reducir (precisar) los posibles significados de un término o una disposición en particular o del alcance del tratado en su conjunto (véanse los párrafos 4), 6), 7), 10) y 11) *infra*). Si no, dicha toma en consideración puede contribuir a una aclaración al confirmar una interpretación más amplia. Por último, puede contribuir a entender las diversas interpretaciones posibles de que disponen las partes, incluido el margen de discrecionalidad que el tratado les conceda (véanse los párrafos 12) a 15) *infra*).

3) Las cortes y tribunales internacionales suelen comenzar su razonamiento en una causa concreta determinando el "sentido corriente" de los términos del tratado[242]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se suelen tener en cuenta en una fase posterior del razonamiento, cuando los tribunales se preguntan si ese comportamiento confirma o modifica el resultado alcanzado mediante la interpretación inicial del sentido corriente (o mediante otros medios de interpretación)[243]. Si las partes no desean transmitir el sentido corriente de un término, sino un sentido especial conforme a lo previsto en el artículo 31, párrafo 4, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior también pueden servir para aclarar ese sentido especial. Los ejemplos que figuran a continuación[244] ilustran el modo en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, pueden contribuir, en su interacción con otros medios en el proceso de interpretación, a aclarar el sentido de un tratado.

4) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a determinar el "sentido corriente" de un término concreto confirmando una interpretación restringida entre los distintos matices posibles de significado del término. Así ocurrió, por ejemplo[245], en la

[239] Véase el comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 5, párrs. 12) a 15), *supra*.

[240] *Ibid*.

[241] La terminología empleada es la de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión: "Se entiende por 'declaración interpretativa' una declaración unilateral [...], por la que [un] Estado o [una] organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones" (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. IV, directriz 1.2); véase también el comentario a la directriz 1.2, párr. 18) (A/66/10/Add.1).

[242] Véanse el comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 5, párr. 14), *supra*; *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 8.

[243] Véanse, por ejemplo, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (nota 22 *supra*), pág. 656, párrs. 59 a 61, y pág. 665, párr. 80; *Territorial Dispute* (nota 22 *supra*), pág. 34, párrs. 66 a 71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 22 *supra*), pág. 290, declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume.

[244] Para más ejemplos, véase Nolte, "Jurisprudence under special regimes" (nota 25 *supra*), págs. 210 a 306.

[245] Véanse también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* [excepción preliminar], fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* [excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 306, párr. 67; *Competence of Assembly*

opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que la Corte Internacional de Justicia señaló que, en la práctica de los Estados, los términos "material tóxico o armas tóxicas":

> se han interpretado en su sentido corriente, es decir, como términos que se refieren a las armas cuyo efecto principal, o incluso exclusivo, es intoxicar o asfixiar. Esa práctica está clara y las partes en esos instrumentos no han considerado que estos se refirieran a las armas nucleares[246].

5) Por otra parte, la práctica ulterior puede evitar la limitación del sentido de un término general a solo uno de sus distintos significados posibles[247]. Por ejemplo, en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte declaró lo siguiente:

> La impresión general que se desprende del examen de los documentos pertinentes es que los responsables de la administración de aduanas [...] usaron todos los elementos de valoración de que disponían, aunque quizá no siempre de manera coherente.
>
> En estas circunstancias, la Corte considera que el artículo 95 no establece ninguna regla estricta sobre la cuestión objeto de controversia. Requiere una interpretación más flexible que las respectivas interpretaciones que invocan las partes en la causa[248].

6) Distintos tipos de práctica pueden contribuir tanto a una interpretación restringida como a una interpretación amplia de distintos términos del mismo tratado[249].

7) Un tratado deberá interpretarse conforme al sentido corriente de sus términos "en el contexto de estos" (artículo 31, párrafo 1). Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en interacción con este medio de interpretación concreto, también pueden contribuir a identificar una interpretación más restringida o más amplia de un término de un tratado[250]. En la opinión consultiva relativa a la *Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar el sentido de la expresión "ocho [...] países que posean las flotas mercantes más importantes" del artículo 28 a) de la Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental[251], dado que este concepto de "países que posean las flotas mercantes más importantes" permitía distintas interpretaciones (según el "tonelaje registrado" o según la "titularidad de nacionales") y, dado que no había práctica pertinente de la organización ni de sus miembros en relación con el propio artículo 28 a), la Corte se basó en la práctica seguida en relación con otras disposiciones de la Convención y sostuvo lo siguiente:

> Ese empleo del criterio del tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención [...] convenc[e] a la Corte de que cuando [el artículo 28 a)] se redactó e incluyó en la Convención era poco probable que se

regarding Admission to the United Nations, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 9.

246 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párr. 55.

247 *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 25.

248 *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, fallo de 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 211.

249 Véase, *mutatis mutandis*, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva de 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en la que la Corte Internacional de Justicia interpretó el término "gastos" en sentido amplio y el término "acción" en sentido restringido a la luz de la respectiva práctica ulterior de las Naciones Unidas, en especial págs. 158 a 161 ("gastos") y págs. 164 y 165 ("acción").

250 Véase, por ejemplo, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1988*, págs. 69 y ss., en especial pág. 87, párr. 40.

251 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 289, núm. 4214, pág. 3.

> hubiese pensado en cualquier otro criterio que no fuese el del tonelaje registrado para determinar qué países poseían las flotas mercantes más importantes[252].

8) Junto con el texto y el contexto, el artículo 31, párrafo 1, atribuye importancia al "objeto y fin" de un tratado para su interpretación[253]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior también pueden contribuir a aclarar el objeto y fin de un tratado[254], o conciliar la invocación del "objeto y fin" de un tratado con otros medios de interpretación.

9) En las causas relativas a la *Delimitación marítima en la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen*[255] y las *Plataformas petrolíferas*[256], por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y el fin de tratados bilaterales remitiéndose a la práctica ulterior de las partes. Y en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte sostuvo lo siguiente:

> De los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, sin embargo, no tiene como objetivo solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, así pues, no queda abarcada en el Capítulo VIII de la Carta[257].

Párrafo 1, segunda oración – restricción, ampliación o determinación, de algún otro modo, de las posibles interpretaciones

10) La práctica estatal confirma que los acuerdos y la práctica ulteriores no solo contribuyen a especificar el sentido de un término al reducir los posibles significados de los derechos y obligaciones enunciados en un tratado, sino que también pueden indicar una variedad más amplia de posibles interpretaciones o cierto margen de discrecionalidad que un tratado concede a los Estados[258].

---

[252] *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 150 y ss., en especial pág. 169; véanse asimismo págs. 167 a 169; *obiter dicta*: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom)*, 2 de julio de 2003, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXIII (núm. de venta: E/F.04.V.15), págs. 59 a 151, en especial pág. 99, párr. 141.

[253] Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 211 y 219.

[254] *Ibid*., págs. 212 a 215; véase asimismo *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 31, párr. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109; R. Higgins "Some observations on the inter-temporal rule in international law", en *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, J. Makarczyk (ed.) (La Haya, Kluwer Law International, 1996), págs. 173 a 181, en especial pág. 180; Distefano, "La pratique subséquente..." (véase la nota 191 *supra*), págs. 52 a 54; Crema, "Subsequent agreements and subsequent practice..." (nota 222 *supra*), pág. 21.

[255] *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 50, párr. 27.

[256] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* [excepción preliminar], fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial págs. 813 y 815, párrs. 27 y 30.

[257] Véase también *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* [excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 306, párr. 67.

[258] Con esto no se sugiere que puedan existir distintas interpretaciones posibles de un tratado, sino más bien que el tratado puede reconocer a las partes la posibilidad de elegir entre diversos actos permitidos, véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 19 *supra*), págs. 32 y 33 y pág. 268, donde se cita a la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477: "Es necesario determinar el significado autónomo de las disposiciones pertinentes del tratado [...] De ello se desprende que, al igual que ocurre con otros tratados multilaterales, se debe dar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados un significado independiente que pueda extraerse de las fuentes mencionadas en los artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena de 1969] y sin tener en cuenta las características distintivas del ordenamiento jurídico de un Estado contratante en particular. Por consiguiente, en principio solo puede haber una

11) Por ejemplo, si bien el sentido corriente de los términos del artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944[259] no parece requerir que un vuelo fletado obtenga permiso para aterrizar mientras esté en ruta, la práctica de larga data de los Estados de exigir ese permiso ha llevado a que se acepte con carácter general que esa disposición debe interpretarse en el sentido de que sí se requiere el permiso[260]. Otro caso es el del artículo 22, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961[261], que dispone que los medios de transporte utilizados por una misión no podrán ser objeto de registro, requisa, embargo, o medida de ejecución. Aunque las medidas policiales de carácter coercitivo contra locales diplomáticos o consistentes en la interceptación y el registro de sus medios de transporte suelen suscitar protestas de los Estados[262], el remolque de vehículos diplomáticos que hayan infringido las normas locales de circulación y estacionamiento se ha considerado generalmente permisible en la práctica[263]. Esa práctica sugiere que, aun cuando las medidas punitivas contra vehículos diplomáticos están prohibidas, estos pueden ser inmovilizados o retirados si se demuestra que constituyen un obstáculo o peligro inmediato para el tráfico o la seguridad pública[264]. De ese modo, el sentido de la expresión "medida de ejecución" —y, por tanto, el alcance de la protección concedida a los medios de transporte— ha quedado precisado por la práctica ulterior de las partes.

12) Otro ejemplo se refiere al artículo 12 del Protocolo II[265] a los Convenios de Ginebra de 1949, que dispone:

> Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o del León y Sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente.

Aunque el uso del futuro con carácter imperativo *("shall")* da a entender que los Estados están obligados a utilizar el signo distintivo para identificar al personal y los medios de transporte sanitarios en todas las circunstancias, la práctica ulterior sugiere que los Estados pueden tener cierto margen de discrecionalidad con respecto a su aplicación[266]. Dado que en

---

interpretación verdadera de un tratado [...] En la práctica, corresponde al tribunal nacional que conoce del caso concreto resolver los desacuerdos sustanciales que puedan plantearse sobre una cuestión de interpretación. Pero, al hacerlo, debe dilucidar, sin verse condicionado por los conceptos de su cultura jurídica nacional, el verdadero sentido autónomo e internacional del tratado. Y solo puede haber un verdadero sentido" (The Law Reports, *Appeal Cases 2001*, vol. 2, págs. 515 a 517 (Lord Steyn)).

259 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 102, pág. 295.

260 S. D. Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), pág. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 142 *supra*), pág. 215.

261 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95.

262 E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 4ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 131 a 133; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruselas, Bruylant, 1994), pág. 208, párr. 315.

263 Véanse, por ejemplo, Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf); Islandia, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diplomatic Handbook* (Reykjavik, 2009), pág. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF); Reino Unido, véase la declaración del Subsecretario Parlamentario de Estado del Interior (Lord Elton) en la Cámara de los Lores, HL Deb, 12 de diciembre de 1983, vol. 446 cc 3 y 4; Estados Unidos, véase M. Nash (Leich), "Contemporary practice of the United States relating to international law", *American Journal of International Law*, vol. 88 (abril de 1994), págs. 312 y ss., en especial págs. 312 y 313.

264 Denza, *Diplomatic Law...* (véase la nota 262 *supra*), págs. 132 y 133; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2ª ed. (Baden-Baden (Alemania), Nomos, 2010), pág. 70.

265 Véase la nota 169 *supra*.

266 Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, CICR y Martinus Nijhoff, 1987), pág. 1440, párrs. 4742 a 4744; H. Spieker, "Medical transportation", en *Max Planck*

los últimos años grupos armados han atacado específicamente convoyes sanitarios fácilmente reconocibles por ostentar el emblema protector, los Estados se han abstenido en ciertas situaciones de identificar a esos convoyes con un signo distintivo. En respuesta a una interpelación parlamentaria sobre su práctica en el Afganistán, el Gobierno de Alemania señaló lo siguiente:

> Al igual que otros países que han aportado contingentes a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), las Fuerzas Armadas Federales han podido comprobar que vehículos sanitarios con el correspondiente distintivo han sido objeto de ataques. En ocasiones, esos vehículos y unidades sanitarios, claramente identificados como tales por su emblema protector, fueron incluso objeto prioritario de ataques. Por ello, las Fuerzas Armadas Federales, junto con las de Bélgica, Francia, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos, han decidido cubrir el emblema protector de los vehículos sanitarios en el contexto de la ISAF[267].

13) Esta práctica de los Estados puede confirmar una interpretación del artículo 12 según la cual la obligación de utilizar el emblema protector[268] en circunstancias excepcionales permite que las partes tengan un margen de discrecionalidad.

14) Una disposición de un tratado que conceda a los Estados partes un derecho aparentemente incondicional puede suscitar la cuestión de si su margen de discrecionalidad para ejercer ese derecho está limitado por el fin de la norma. Por ejemplo, según el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el Estado receptor puede comunicar al Estado acreditante, sin tener que exponer los motivos de su decisión, que un miembro de la misión es *persona non grata*. Los Estados emiten esas notificaciones principalmente en los casos en que se ha determinado, o se sospecha, que miembros de la misión han participado en actividades de espionaje o cometido otras infracciones graves del derecho del Estado receptor, o que han causado considerable irritación política[269]. No obstante, los Estados también han formulado esas declaraciones en otras circunstancias, por ejemplo cuando miembros de la misión han causado un perjuicio grave a un tercero[270] o han cometido repetidas infracciones de la ley[271], o incluso para aplicar su normativa sobre la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas[272]. Es incluso posible que las declaraciones se formulen sin razones claras o por motivos puramente políticos. Los otros

---

Encyclopedia of Public International Law (www.mpepil.com), párrs. 7 a 12; véase también el tiempo futuro menos estricto empleado en la versión francesa: *"sera arboré"*.

267 Deutscher Bundestag (Parlamento Federal de Alemania), "Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan", 9 de abril de 2010, Bundestagsdrucksache 17/1338, pág. 2.

268 Spieker, "Medical transportation" (véase la nota 266 *supra*), párr. 12.

269 Véase Denza, *Diplomatic Law*... (nota 262 *supra*), págs. 64 a 73, con más referencias a declaraciones formuladas en relación con el espionaje; véanse también Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (nota 262 *supra*), pág. 484, párr. 630; y Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische*... (nota 264 *supra*), pág. 30.

270 Países Bajos, Departamento de Protocolo, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*. Puede consultarse en www.government.nl/government/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts.

271 Francia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo, *Guía para los diplomáticos extranjeros que trabajan en Francia: De las inmunidades – Respetar las normativas locales* (www.diplomatie.gouv.fr/es/servicios-y-formularios-en-linea/guia-para-los-diplomaticos/de-las-inmunidades/article/respetar-las-normativas-locales); Turquía, Ministerio de Relaciones Exteriores, Reglamento de Tráfico para Misiones Extranjeras en Turquía, Principal Circular Note 63552, Trafic Regulations 2005/PDGY/63552 (6 de abril de 2005) www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); Reino Unido, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, Circular dated 19 april 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London, reproducida en G. Marston, "United Kingdom materials on international law 1985", *British Yearbook of International Law 1985*, vol. 56, pág. 437.

272 Véanse Canadá, Departamento de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo, Revised Impaired Driving Policy (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng); Estados Unidos, Departamento de Estado, Diplomatic Note 10-181 of the Department of State (24 de septiembre de 2010) (www.state.gov/documents/organization/149985.pdf), págs. 8 y 9.

Estados no parecen haber afirmado que esa práctica constituya un abuso de la facultad de declarar *persona non grata* a los miembros de una misión. Así pues, dicha práctica confirma que el artículo 9 prevé un derecho incondicional[273].

Párrafo 2 – práctica ulterior en virtud del artículo 32

15) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 se refiere a los posibles efectos de la práctica ulterior en virtud del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3) que no refleje un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado. Esa práctica, como medio de interpretación complementario, puede confirmar la interpretación a que ha llegado el intérprete en la aplicación del artículo 31, o determinar el sentido cuando la interpretación con arreglo al artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. De ese modo, el artículo 32 establece una distinción entre la utilización de los trabajos preparatorios o de la práctica ulterior para confirmar el sentido a que se ha llegado en virtud del artículo 31 y su utilización para "determinar" ese sentido. Por tanto, se puede haber recurrido a la práctica ulterior en virtud del artículo 32 no solo para determinar el sentido del tratado en ciertas circunstancias, sino también —y siempre— para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31[274].

16) La práctica ulterior en virtud del artículo 32 puede contribuir, por ejemplo, a reducir los posibles conflictos cuando el "objeto y fin" del tratado en su conjunto parezca estar en contradicción con los fines específicos de algunas de sus normas[275]. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en que "las partes intentaron asegurarse la libertad de navegación en el río y delimitar de la manera más precisa posible sus respectivas zonas de influencia"[276]. Así, podría considerarse que la Corte estaba conciliando una posible tensión teniendo en cuenta cierta práctica ulterior de solo una de las partes[277].

17) Otro ejemplo de práctica ulterior en virtud del artículo 32 se refiere a la expresión "precauciones factibles" del artículo 57, párrafo 2 ii), del Protocolo I[278] a los Convenios de Ginebra de 1949. Esa expresión ha sido utilizada, de hecho, en el artículo 3, párrafo 4, del

[273] Véase G. Hafner, "Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), págs. 105 y ss., en especial pág. 112, para un caso de mayor alcance incluso en relación con el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

[274] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China – Publicaciones y productos audiovisuales)*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010, párr. 403: "Aunque la aplicación por el Grupo Especial del artículo 31 de la Convención de Viena a los 'Servicios de distribución de grabaciones de sonidos' le hizo llegar a una 'conclusión preliminar' sobre el sentido de esa anotación, el Grupo Especial decidió recurrir a medios de interpretación complementarios para *confirmar* ese sentido. Observamos a ese respecto que el argumento de China en apelación parece dar por sentado que el análisis realizado por el Grupo Especial conforme al artículo 32 de la *Convención de Viena* habría sido *necesariamente* distinto si el Grupo Especial hubiera constatado que la aplicación del artículo 31 dejaba ambiguo u oscuro el sentido de 'Servicios de distribución de grabaciones de sonidos', y si el Grupo Especial hubiera, por lo tanto, recurrido al artículo 32 para *determinar*, y no para *confirmar*, el sentido de esa expresión. No compartimos esa opinión. Los elementos que se han de examinar conforme al artículo 32 son distintos de los que se han de analizar conforme al artículo 31, pero los elementos que se examinan conforme al artículo 32 son los mismos con independencia del resultado del análisis conforme al artículo 31. Lo que puede ser distinto, en función de los resultados de la aplicación del artículo 31, es el peso que se atribuirá a los elementos analizados conforme al artículo 32". Véase también Villiger, *Commentary...* (nota 37 *supra*), pág. 447, párr. 11.

[275] Véase informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos – AB-1998-4*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párr. 17 ("la mayoría de los tratados no tienen un objeto y un fin único y específico sino más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios"); Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 216.

[276] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), pág 1074, párr. 45.

[277] *Ibid*., pág. 1096, párr. 80.

[278] *Ibid*.

Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), de 10 de octubre de 1980[279], que dispone que "[s]e entiende por 'precauciones viables' aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares". Ese enunciado se ha terminado aceptando en muchos manuales militares, por medio de la práctica ulterior, como definición general de "precauciones factibles" a los efectos del artículo 57, párrafo 2) ii), del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949[280].

18) La identificación de la práctica ulterior en virtud de los artículos 31, párrafo 3 b), y 32 ha hecho a veces que las cortes y tribunales nacionales lleguen a una interpretación amplia o a una interpretación restrictiva. Por otra parte, por ejemplo, la Cámara de los Lores del Reino Unido interpretó que el término "avería" del artículo 26, párrafo 2, del Convenio de Varsovia incluía también la "pérdida", invocando el comportamiento ulterior de las partes[281]. Por otra, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, teniendo en cuenta la práctica ulterior de las partes, decidió que el término "accidente" del artículo 17 del Convenio de Varsovia de 1929 debía interpretarse de manera restrictiva en el sentido de que excluía hechos que no hubieran sido causados por un acontecimiento inesperado o inusual[282]. Otro ejemplo de interpretación restrictiva es una decisión en la que el Tribunal Federal de Australia interpretó la expresión "atentado contra la dignidad" del artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en el sentido de que solo exigía que el Estado receptor ofreciera protección frente a quebrantamientos de la paz o a la perturbación de funciones esenciales de las embajadas, y no contra cualquier forma de molestia o insulto[283].

19) Las cortes y tribunales nacionales, en particular, se remiten a veces a decisiones de otras jurisdicciones nacionales y, de esa forma, entablan un "diálogo judicial" incluso aunque no haya constancia de que exista un acuerdo al respecto de las partes[284]. Además de aplicar con ello el artículo 32, esa remisión puede contribuir al desarrollo de una práctica ulterior junto con otras cortes y tribunales nacionales[285]. Lord Hope, de la Cámara de los Lores, citando las reglas de interpretación de la Convención de Viena, ofreció una orientación general razonable al decir:

---

279 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1342, núm. 22495, pág. 137.

280 Sobre los manuales militares de la Argentina (1989), el Canadá (2001) y el Reino Unido (2004), véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 2*... (nota 219 *supra*), págs. 359 y 360, párrs. 160 a 164, y la actualización en línea para el manual militar de Australia (2006) (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); véase también Sandoz, Swinarski y Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols*... (nota 266 *supra*), pág. 683, párr. 2202.

281 Reino Unido, Cámara de los Lores, *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, pág. 278 (Lord Wilberforce) y pág. 279 (Lord Diplock); de modo similar, Alemania, Tribunal Federal (Asuntos Civiles), BGHZ, vol. 84, págs. 339 y ss., en especial págs. 343 y 344.

282 Estados Unidos, Tribunal Supremo, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, págs. 403 y 404.

283 Australia, Tribunal Federal de Australia, *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Geraldo Magno and Ines Almeida* [1992] FCA 566, párrs. 30 a 35 (Magistrado Einfeld); véase también Reino Unido, Cámara de los Lores, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, párrs. 47 y 48 (Lord Steyn).

284 Véanse, por ejemplo, Estados Unidos, Tribunal Supremo, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, págs. 397 a 407; Estados Unidos, Tribunal Supremo, *Abbott v. Abbott* 560 U.S. (2010), opinión del Tribunal (emitida por el Magistrado Kennedy), opinión separada (www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf) (consultado el 9 de junio de 2016), págs. 12 a 16; Alemania, Tribunal Administrativo Federal, BVerwGE, vol. 139, págs. 272 y ss., en especial págs. 288 y 289; Tribunal Superior de Australia, *Andrew John Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44, págs. 75 a 82; P. Wall, "A marked improvement: The High Court of Australia's approach to treaty interpretation in *Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44" (reseña), *Melbourne Journal of International Law*, vol. 17 (2016), págs. 170 a 188.

285 A. Tzanakopoulos, "Judicial dialogue as a means of interpretation", en *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, H. P. Aust y G. Nolte (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 72 y ss., en especial pág. 94; E. Benvenisti, "Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts", *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), págs. 241 a 274.

> En un mundo ideal, todas las partes en la Convención deberían interpretarla del mismo modo. Por ello, la jurisprudencia constituye una posible fuente adicional de prueba. Han de tenerse cuidadosamente en cuenta los razonamientos de cortes y tribunales de otras jurisdicciones que hayan tenido que ocuparse de la cuestión de que se trate, en particular los de alto prestigio. Se debe dar un peso considerable a las interpretaciones que hayan gozado de aceptación general en otras jurisdicciones. Por otra parte, es preciso obrar con discernimiento si las decisiones entran en conflicto o si no hay coincidencia clara entre ellas[286].

20) Puede ser adecuado, cuando la práctica varíe en diferentes jurisdicciones nacionales, hacer hincapié en la práctica de un grupo de jurisdicciones representativo y dar más peso a las decisiones de las cortes y tribunales superiores[287].

Párrafo 3 – interpretación frente a enmienda o modificación

21) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 7 aborda la cuestión de hasta dónde la interpretación de un tratado puede estar influida por acuerdos ulteriores y una práctica ulterior sin salirse del ámbito de lo que se considera interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b). El párrafo recuerda al intérprete que los acuerdos pueden servir para enmendar o modificar el tratado, pero que tales acuerdos ulteriores están sujetos al artículo 39 de la Convención de Viena de 1969 y deben distinguirse de los acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a). La segunda oración, aun reconociendo que existen ejemplos de lo contrario en la jurisprudencia y opiniones divergentes en la doctrina, establece que la posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general.

22) De conformidad con el artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, "[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes". El artículo 31, párrafo 3 a), por otra parte, se refiere a los acuerdos ulteriores "entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" y no parece abordar la cuestión de la enmienda o la modificación. Como sostuvo el Órgano de Apelación de la OMC:

> el término "aplicación" que figura en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena atañe a los casos en que en un acuerdo se especifica la manera en que las normas u obligaciones en vigor tienen que "aplicarse"; el término no connota la creación de nuevas obligaciones o la prórroga de obligaciones existentes que están sujetas a un límite temporal y que tienen que expirar[288].

23) Los artículos 31, párrafo 3 a), y 39, si se leen conjuntamente, ponen de manifiesto que los acuerdos a que llegan las partes después de la celebración de un tratado pueden interpretar y enmendar o modificar el tratado[289]. Un acuerdo alcanzado conforme al artículo 39 no tiene que revestir necesariamente la misma forma que el tratado que enmienda[290]. Como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay*:

---

[286] Reino Unido, Cámara de los Lores, *King v. Bristow Helicopters Ltd (Scotland)* [2002] UKHL 7, párr. 81. Véase también Reino Unido, Tribunal Supremo, *R (Adams) v. Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18, párr. 17 (Lord Philips) ("[e]sta práctica de solo uno de los muchos signatarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sirve de guía para desentrañar el significado del artículo 14 6) [...] No se ha indicado que exista una práctica coherente entre los signatarios que contribuya a determinar el sentido del artículo 14 6)").

[287] Reino Unido, Cámara de los Lores: *Sidhu v. British Airways* [1997] AC 430, pág. 453 (Lord Hope); *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, págs. 275 y 276 (Lord Wilberforce). Véase también Canadá, Tribunal Supremo, *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp*. [2010] 1 SCR 649, párr. 21 (Magistrado Rothstein).

[288] OMC, informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III* (véase la nota 66 *supra*), párrs. 391 a 393.

[289] Murphy, "The relevance of subsequent agreement..." (véase la nota 260 *supra*), pág. 88.

[290] Sinclair, *The Vienna Convention...* (véase la nota 20 *supra*), pág. 107, que alude a Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados...* (A/CONF.39/11) (véase la nota 193 *supra*), 37ª sesión, 24 de abril de 1968, pág. 207, párrs. 49 a 52; Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), pág. 513, párrs. 7, 9 y 11; K. Odendahl,

> Cualesquiera fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la [Comisión Administradora del Río Uruguay]), este "entendimiento" era vinculante para las Partes, en la medida en que le habían dado su consentimiento, y las Partes habían de respetarlo de buena fe. Podían apartarse de los procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado[291].

24) A veces puede ser difícil trazar una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), que no son vinculantes como tales, y, finalmente, acuerdos sobre la enmienda o la modificación de un tratado en virtud de los artículos 39 a 41[292]. Salvo los enunciados en el artículo 39, no parece haber criterio formal, aparte de los que puedan estipularse en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre esas diferentes formas de acuerdos ulteriores. Está claro, no obstante, que los Estados y las cortes y tribunales internacionales generalmente se inclinan a dar a las partes un gran margen para interpretar un tratado mediante un acuerdo ulterior. Ese margen permite incluso ir más allá del sentido corriente de los términos del tratado. El reconocimiento de este margen para la interpretación de un tratado va en paralelo con la renuencia de los Estados y las cortes y tribunales a reconocer que un acuerdo relativo a la aplicación de un tratado tenga realmente el efecto de enmendar o modificar el tratado[293]. Así pues, un acuerdo para modificar un tratado no está excluido, pero tampoco ha de presumirse[294].

25) Volviendo a la cuestión de si las partes pueden enmendar o modificar un tratado mediante una práctica ulterior común, la Comisión propuso originalmente, en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que se incluyera en la Convención de Viena de 1969 la disposición que figura más abajo, con la que se hubiera reconocido explícitamente la posibilidad de la modificación de los tratados por la práctica ulterior:

> Artículo 38. Modificación de los tratados por la práctica ulterior
>
> Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado[295].

26) Este proyecto de artículo dio pie a un importante debate en la Conferencia de Viena[296]. Las enmiendas para suprimir el proyecto de artículo 38 fueron sometidas a

---

"Article 39. General rule regarding the amendment of treaties", en Dörr y Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties...* (véase la nota 61 *supra*), pág. 706, párr. 16.

[291] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 22 *supra*), págs. 62 y 63, párrs. 128 y 131; la Corte concluyó seguidamente, en la causa que estaba examinando, que esas condiciones no se habían cumplido, págs. 62 a 66, párrs. 128 a 142.

[292] En la práctica judicial, a veces no es necesario determinar si un acuerdo tiene por efecto interpretar o modificar un tratado, véase *Territorial Dispute* (nota 22 *supra*), pág. 29, párr. 60 ("a juicio de la Corte, a los efectos del presente fallo, no hay razón para considerarla como una confirmación o como una modificación de la Declaración"); a veces se considera que un acuerdo concertado en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), también puede tener como efecto la modificación de un tratado (véase Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 142 *supra*), págs. 212 a 214, que cita algunos ejemplos).

[293] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 22 *supra*), pág. 63, párr. 131, y pág. 66, párr. 140; Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3)..." (véase la nota 224 *supra*), pág. 32; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvención) (véase la nota 156 *supra*), págs. 77 y ss., en especial págs. 125 y 126, párr. 132; en contextos diplomáticos fuera de los procedimientos judiciales, los Estados tienden a reconocer más abiertamente que un determinado acuerdo o una práctica común exponen la modificación de un tratado, véase Murphy, "The relevance of subsequent agreement..." (nota 260 *supra*), pág. 83.

[294] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 22 *supra*), pág. 66, párr. 140; Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3)..." (véase la nota 224 *supra*), pág. 32.

[295] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 200 [se omite la nota].

[296] Véanse *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados...* (A/CONF.39/11) (nota 193 *supra*), 37ª sesión, 24 de abril de 1968, págs. 207 a 215; A/CN.4/671, párrs. 119 a 121; Distefano, "La pratique subséquente..." (nota 191 *supra*), págs. 56 a 61.

votación y aprobadas por 53 votos contra 15 y 26 abstenciones. Después de la Conferencia de Viena se discutió si el hecho de que se hubiera rechazado el proyecto de artículo 38 significaba que había quedado excluida la posibilidad de modificar un tratado por la práctica ulterior de las partes. Muchos autores llegaron a la conclusión de que los Estados negociadores simplemente no quisieron abordar esta cuestión en la Convención de Viena de 1969 y que los tratados, como norma general de derecho consuetudinario en materia de tratados, de hecho pueden ser modificados por una práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes a tal efecto[297]. Por su parte, las cortes y tribunales internacionales se han abstenido en su mayoría, desde que se aprobó la Convención de Viena de 1969, de reconocer esta posibilidad.

27) En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que "la práctica ulterior de las partes, en el sentido del significado del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, puede dar lugar a un alejamiento de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito"[298]. No está totalmente claro si con ello la Corte quería reconocer que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede tener también por efecto la enmienda o modificación de un tratado, o si se limitaba a hacer una observación sobre la interpretación de los tratados, dado que la intención "original" de las partes no es necesariamente concluyente para la interpretación de un tratado. En realidad, la Comisión reconoce en el proyecto de conclusión 8 que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, al igual que otros medios de interpretación, "pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo"[299]. Por consiguiente, el alcance de la "interpretación" no viene dado necesariamente por una "intención original" fija, sino que más bien ha de determinarse teniendo en cuenta una serie de consideraciones más amplias, incluidos ciertos hechos posteriores. Este pronunciamiento un tanto ambiguo de la Corte plantea la cuestión de hasta qué punto la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede contribuir a la "interpretación" y si la práctica ulterior puede tener como efecto la enmienda o la modificación de un tratado. En realidad, la línea divisoria entre la interpretación y la enmienda o la modificación de un tratado en la práctica es a menudo "difícil, si no imposible, de determinar"[300].

---

[297] Sinclair, *The Vienna Convention...* (véase la nota 20 *supra*), pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 275 a 280; Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), págs. 51 y 52; Kamto, "La volonté de l'État...", (véase la nota 154 *supra*), págs. 134 a 141, en especial pág. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 142 *supra*), pág. 213; Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), pág. 432, párr. 23; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), págs. 595 y 596, párr. 77 (está de acuerdo Odendahl, "Article 39..." (véase la nota 290 *supra*), pág. 702, párrs. 10 y 11); Distefano, "La pratique subséquente..." (véase la nota 191 *supra*), págs. 62 a 67; H. Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three", *British Yearbook of International Law 2006*, vol. 77, págs. 1 a 82, en especial pág. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 7ª ed. (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2014), pág. 677; I. Buga, "Subsequent practice and treaty modification", en *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M. J. Bowman y D. Kritsiotis (eds.) (de próxima aparición), nota 73 con otras referencias; en desacuerdo con esta opinión, en particular, y subrayando la solemnidad de la celebración de un tratado a diferencia de la informalidad de la práctica, Murphy, "The relevance of subsequent agreement..." (véase la nota 260 *supra*), págs. 89 y 90; véase también Hafner, "Subsequent agreements and practice..." (véase la nota 273 *supra*), págs. 115 a 117 (que distingue entre las perspectivas de los tribunales y los Estados, y subraya la importancia de las disposiciones de enmienda a este respecto).

[298] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 *supra*), pág. 242, párr. 64; véase asimismo *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (nota 153 *supra*); Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), pág. 51; Kamto, "La volonté de l'État..." (véase la nota 154 *supra*), págs. 134 a 141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Cologne, Berlín, Heymanns, 1963), pág. 132.

[299] Véase el proyecto de conclusión 8 y su comentario, párrs. 1) a 18).

[300] Sinclair, *The Vienna Convention...* (véase la nota 20 *supra*), pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 275; Murphy, "The relevance of subsequent agreement..." (véase la nota 260 *supra*), pág. 90; B. Simma, "Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), pág. 46; Karl, *Vertrag*

28) Aparte de plantear la cuestión en su pronunciamiento en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*[301], la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido explícitamente que una práctica ulterior concreta haya tenido como efecto modificar un tratado. Así ocurrió, en particular, en las opiniones consultivas relativas a *Namibia* y a la *Construcción de un muro*, en las que la Corte reconoció que la práctica ulterior tuvo un efecto importante en la determinación del sentido del tratado, pero no llegó a reconocer expresamente que esa práctica hubiera llevado a una enmienda o una modificación de este[302]. Dado que esas opiniones se refieren a tratados por los que se crea una organización internacional, parece difícil derivar de ellas una norma general de derecho de los tratados. Las cuestiones de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales se abordan en el proyecto de conclusión 12[303].

29) Otras causas importantes en las que la Corte Internacional de Justicia ha planteado la cuestión de una posible modificación resultante de la práctica ulterior de las partes son las relativas a los tratados sobre fronteras. Como dijo la Corte en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*:

> Por tanto, la conducta del Camerún en estos territorios tiene pertinencia únicamente respecto de la cuestión de si admitió el establecimiento de un cambio de un título convencional, lo que no puede descartarse totalmente como posibilidad en derecho[304].

30) La Corte consideró que se había dado esa aquiescencia en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, en la que puso decisivamente el acento en el hecho de que había habido claras afirmaciones de soberanía por una parte (Francia) que, según la Corte, requerían una reacción de la otra parte (Tailandia)[305]. Ahora bien, este fallo se dictó antes de que se aprobara la Convención de Viena y, por consiguiente, fue tomado en cuenta, al menos implícitamente, por los Estados en el debate celebrado en la Conferencia de Viena[306]. Este fallo tampoco llega a reconocer expresamente la modificación de un tratado por medio de la práctica ulterior, ya que la Corte dejó abierta la cuestión de si la línea trazada en el mapa francés era compatible con la línea divisoria de las aguas que había sido acordada en el tratado de límites original entre los dos Estados, aunque a menudo se da por sentado que no lo era[307].

---

und spätere Praxis... (véase la nota 75 *supra*), págs. 42 y 43; Sorel y Boré Eveno, "1969 Vienna Convention, Article 31..." (véase la nota 62 *supra*), pág. 825, párr. 42; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), págs. 595 y 596, párr. 77; esto es así aun cuando los dos procesos teóricamente puedan considerarse "bastante diferentes jurídicamente", véase la opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren en *Kasikili/Sedudu Island* (nota 22 *supra*), págs. 1212 y 1213, párr. 16; análogamente Hafner, "Subsequent agreements and practice..." (véase la nota 273 *supra*), pág. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 67 *supra*), pág. 168.

301 *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 *supra*), pág. 242, párr. 64.

302 Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989..." (véase la nota 297 *supra*), pág. 64.

303 Véase desde ya *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), pág. 132, párr. 238, e *ibid., sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/63/10), anexo A, párr. 42.

304 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 353, párr. 68.

305 *Temple of Preah Vihear* (véase la nota 110 *supra*): "no cabe duda de que, por su conducta, hubo un reconocimiento muy definido [...] es evidente que las circunstancias eran tales que reclamaban alguna reacción" (pág. 23); "difícilmente se puede imaginar una afirmación más clara del título por parte de la Indochina francesa y, por tanto, 'exigía una reacción'" (pág. 30).

306 M. Kohen, "*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquence à un traité dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de justice", *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), págs. 253 y ss., en especial pág. 272.

307 *Temple of Preah Vihear* (véase la nota 110 *supra*), pág. 26: "un hecho que, de ser exacto, debía ser igualmente evidente en 1908". El Magistrado Parra-Aranguren opinó que la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* demostró "que el efecto de la práctica ulterior en esa ocasión fue enmendar el tratado" (véase *Kasikili/Sedudu Island* (nota 22 *supra*), opinión disidente del Magistrado

31) Así pues, la Corte Internacional de Justicia, si bien deja abierta la posibilidad de que un tratado pueda ser modificado por la práctica ulterior de las partes, no ha reconocido expresamente hasta el momento que tal efecto se haya producido realmente en un caso concreto. En lugar de eso, la Corte ha llegado a interpretaciones que son difíciles de conciliar con el sentido corriente del texto del tratado, pero que se ajustan a la práctica reconocida de las partes[308]. Las opiniones en contra de tribunales arbitrales han sido calificadas de "excepción aislada"[309] o fueron emitidas antes de la Conferencia de Viena y citadas críticamente en esta[310].

32) El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado claro que no aceptaría ninguna interpretación que supusiera una modificación de obligaciones dimanantes de un tratado, puesto que ello no sería "aplicación" de una disposición convencional existente[311]. La posición del Órgano de Apelación puede estar influida por el artículo 3, párrafo 2, del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, según el cual "[l]as recomendaciones y resoluciones del [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados"[312].

33) En algunas ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la práctica ulterior de las partes puede ser una fuente de modificación del Convenio. En el asunto *Öcalan c. Turquía*, el Tribunal confirmó:

> que una práctica establecida en el seno de los Estados miembros podía dar lugar a una modificación del Convenio. En ese asunto, el Tribunal aceptó que una práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena de muerte, podría entenderse como establecimiento del acuerdo de los Estados contratantes en derogar la excepción prevista en el artículo 2, párrafo 1, y, de ese modo, eliminar un límite textual al margen de interpretación evolutiva del artículo 3 (*ibid*., págs. 40 y 41, párr. 103)[313].

Parra-Aranguren, págs. 1212 y 1213, párr. 16); Buga, "Subsequent practice and treaty modification" (véase la nota 297 *supra*), en especial la nota 120.

[308] En particular, la opinión consultiva sobre *Namibia* (véase la nota 254 *supra*) ha sido interpretada en el sentido de que implica que la práctica ulterior ha modificado el Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas, véase A. Pellet, "Article 38", en *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 2ª ed., A. Zimmermann y otros (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 844, párr. 279, nota 809; véase A/CN.4/671, párrs. 124 a 126.

[309] M. Kohen, "Keeping subsequent agreements and practice in their right limits", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), págs. 34 y ss., en especial pág. 43, con respecto a *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 de abril de 2002, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXV (núm. de venta: E/F.05.V.5), págs. 83 a 195, en especial págs. 110 y 111, párrs. 3.6 a 3.10; véase también *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 de septiembre de 1988, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX (núm. de venta: E/F.93.V.3), págs. 1 a 118, en especial págs. 56 y 57, párrs. 209 y 210, en el que el Tribunal de Arbitraje sostuvo, en un *obiter dictum*, "que el límite fronterizo demarcado prevalecería sobre el Acuerdo si pudiera detectarse una contradicción" (*ibid*., pág. 57); pero véase R. Kolb, "La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14 (2004), págs. 9 a 32, en especial pág. 20.

[310] *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 de diciembre de 1963, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVI (núm. de venta: E/F.69.V.1), págs. 5 a 74, en especial págs. 62 y 63; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*... (A/CONF.39/11) (véase la nota 193 *supra*), 37ª sesión, 24 de abril de 1968, pág. 228, párr. 58 (Japón); Murphy, "The relevance of subsequent agreement..." (nota 260 *supra*), pág. 89.

[311] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Banano III* (véase la nota 66 *supra*), segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21, WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1, adoptado el 11 de diciembre de 2008, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008, párrs. 391 a 393.

[312] Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (véase la nota 66 *supra*), Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, anexo 2, pág. 401.

[313] *Öcalan v. Turkey* [GC], demanda núm. 46221/99, 12 de mayo de 2005, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-IV, párr. 163, donde se menciona *Soering v. the United Kingdom*, demanda

34) Aplicando este razonamiento, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión en el asunto *Al-Saadoon y Mufdhi c. el Reino Unido*:

> Por tanto, puede apreciarse que, en el asunto *Öcalan*, la Gran Sala no descartó que el artículo 2 ya hubiera sido enmendado para eliminar la excepción que permitía la pena de muerte. Además, como se ha señalado, la situación ha evolucionado desde entonces. Todos los Estados miembros salvo dos han firmado ya el Protocolo núm. 13 y, entre los signatarios, todos salvo tres lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica constante de los Estados en el respeto de la moratoria sobre la pena de muerte, son claramente indicativas de que el artículo 2 ha sido enmendado de manera que ahora prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia. En este contexto, el Tribunal no considera que el enunciado de la segunda frase del artículo 2, párrafo 1, siga siendo un obstáculo a la hora de interpretar las palabras "pena o trato inhumano o degradante" del artículo 3 en el sentido de que incluyen la pena de muerte (compárese con *Soering*, citado más arriba, párrs. 102 a 104)[314].

35) La jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales permite llegar a las conclusiones siguientes: el contexto de la OMC indica que un tratado puede excluir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. A la inversa, los asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dan a entender que un tratado puede permitir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Así pues, en última instancia, el propio tratado regula la cuestión en primer lugar y su tratamiento depende en gran medida del tratado o de las disposiciones convencionales de que se trate[315].

36) La situación es más complicada en el caso de los tratados respecto de los cuales no existan tales indicaciones. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no se puede inferir ninguna norma supletoria clara para tales casos. No obstante, tal vez se podría extraer la conclusión de que la Corte, si bien concluyó que la posibilidad de una modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes "no puede excluirse totalmente desde el punto de vista jurídico"[316], consideró que se debía evitar que se produjera dicha modificación siempre que fuera posible. En lugar de ello, la Corte parece preferir aceptar interpretaciones amplias del sentido corriente de los términos del tratado.

37) Esta conclusión, extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, sigue la línea de determinadas consideraciones que se formularon durante los debates entre los Estados acerca del proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena de 1969[317]. En la actualidad, parece haber ganado más peso la consideración de que no se deben soslayar los procedimientos de enmienda previstos en los tratados recurriendo a medios informales, frente a la observación general, igualmente cierta, de que el derecho internacional a menudo no es tan formalista como el derecho interno de los Estados[318]. La preocupación manifestada por varios Estados en la Conferencia de Viena de que la posibilidad de modificar un tratado por medio de la práctica ulterior pudiese crear dificultades en relación con el derecho constitucional nacional también ha adquirido desde entonces mayor

---

núm. 14038/88, 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 161, párr. 103. Véase también *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, demanda núm. 61498/08, 4 de octubre de 2010, párrs. 119 y 120.

[314] *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, demanda núm. 61498/08, 4 de octubre de 2010, párr. 120; B. Malkani, "The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62 (2013), págs. 523 a 556; confirmado en *Hassan v. United Kingdom* [GC] (véase la nota 26 *supra*), párr. 101.

[315] Véase Buga, "Subsequent practice and treaty modification" (nota 297 *supra*), notas 126 a 132.

[316] Véase *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 353, párr. 68.

[317] A/CN.4/671, párrs. 119 a 121.

[318] Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice..." (nota 260 *supra*), pág. 89; Simma, "Miscellaneous thoughts on subsequent agreements..." (nota 300 *supra*), pág. 47; Hafner, "Subsequent agreements and practice..." (véase la nota 273 *supra*), págs. 115 a 117; J. E. Álvarez, "Limits of change by way of subsequent agreements and practice", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), pág. 130.

relevancia[319]. Y, si bien la enmienda o la modificación de un tratado por la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de todas las partes no pone formalmente en tela de juicio el principio *pacta sunt servanda*, no es menos cierto que la estabilidad de las relaciones convencionales puede quedar en entredicho si un medio informal para identificar un acuerdo como práctica ulterior pudiera modificar fácilmente un tratado[320].

38) En conclusión, aunque en la jurisprudencia internacional existe cierto apoyo a que, en caso de que el tratado no contenga indicaciones en contra, la práctica ulterior acordada entre las partes teóricamente pueda llevar a modificaciones del tratado, no se debe presumir que en realidad se produzca tal efecto, y la posibilidad de enmendar o de modificar un tratado mediante la práctica ulterior no ha sido reconocida de manera general[321].

Conclusión 8
Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 8 aborda el papel que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden desempeñar en el contexto de la cuestión más general de si el sentido de un término de un tratado es susceptible de evolucionar con el tiempo.

[319] Véase *NATO Strategic Concept Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 19 de junio de 2001, demanda 2 BvE 6/99 (puede consultarse una traducción inglesa en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), párrs. 19 a 21; Tribunal Fiscal Federal de Alemania, BFHE, vol. 157, págs. 39 y ss., en especial págs. 43 y 44; *ibid*., vol. 227, págs. 419 y ss., en especial pág. 426; *ibid*., vol. 181, págs. 158 y ss., en especial pág. 161; S. Kadelbach, "Domestic constitucional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), págs. 145 a 148; Álvarez, "Limits of change..." (véase la nota 318 *supra*), pág. 130; I. Wuerth, "Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*) págs. 154 a 159; y H. Ruiz Fabri, "Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*) págs. 165 y 166.

[320] Véase, por ejemplo, Kohen, "*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente..." (nota 306 *supra*), pág. 274 (en particular con respecto a los tratados de límites).

[321] Por el contrario, los Estados y las cortes y tribunales prefieren tratar de considerar, por todos los medios, una práctica ulterior acordada entre las partes como un esfuerzo por interpretar el tratado de una manera determinada. Estos esfuerzos por interpretar un tratado de manera amplia son posibles porque el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 no concede prioridad a ningún medio de interpretación en particular, sino que requiere más bien que el intérprete tenga en cuenta todos los medios de interpretación pertinentes. (Véase el proyecto de conclusión 2, párr. 5, y su comentario Hafner, "Subsequent agreements and practice..." (véase la nota 273 *supra*), pág. 117; algunos autores opinan que la gama de posibilidades en materia de "interpretación" es más amplia en el caso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3, que en el caso de interpretaciones por otros medios de interpretación, incluida la gama de interpretaciones evolutivas por las cortes o tribunales, por ejemplo, Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 275; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 supra), págs. 595 y 596, párr. 77.) En este contexto, una consideración importante es hasta qué punto es posible una interpretación evolutiva de la disposición convencional en cuestión. (Véase el proyecto de conclusión 8; en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia pudo dejar abierta la cuestión de si el término "comercio" había sido modificado por la práctica ulterior de las partes puesto que decidió que era posible dar a ese término una interpretación evolutiva. *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 *supra*), págs. 242 y 243, párrs. 64 a 66).

2) En el caso de los tratados, la cuestión del denominado derecho intertemporal[322] se ha planteado tradicionalmente en términos de si un tratado debe interpretarse a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su celebración (interpretación "contemporánea" o "estática") o a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su aplicación (interpretación "evolutiva" o "dinámica")[323]. La observación incidental del árbitro Max Huber en el caso *Island of Palmas*, según la cual "un acto jurídico ha de apreciarse a la luz del derecho de la época"[324], llevó a muchas cortes y tribunales internacionales, así como a muchos tratadistas, a favorecer de manera general la interpretación contemporánea[325]. Al mismo tiempo, el Tribunal de Arbitraje en el caso *Iron Rhine* afirmó que había "apoyo general entre los principales tratadistas a una interpretación evolutiva de los tratados"[326].

3) La Comisión, en su comentario acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, consideró en 1966 que "sería difícil formular una norma que abarcase totalmente el elemento temporal" y, por ello, "decidió omitir el elemento temporal"[327]. Del mismo modo, los debates celebrados en el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación llevaron a la conclusión, en 2006, de que era difícil formular y convenir una norma general que diera preferencia a un "principio de interpretación contemporánea" o a un principio que reconociera de forma general la necesidad de tener en cuenta el "significado evolutivo" de los tratados[328].

4) No se debe entender que el proyecto de conclusión 8 toma partido con respecto a la idoneidad de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los tratados en general. El proyecto de conclusión 8 subraya más bien que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como cualquier otro medio de interpretación de los tratados, pueden apoyar una interpretación tanto contemporánea como evolutiva, según proceda. La Comisión, por tanto, llegó a la conclusión de que esos medios de interpretación de los tratados "pueden contribuir a determinar si" una interpretación evolutiva es o no adecuada en relación con un término concreto de un tratado.

5) La jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales confirma este planteamiento. Las diversas cortes y tribunales internacionales que han recurrido a la interpretación evolutiva, aunque en distinto grado, parecen haber seguido un enfoque específico para cada caso a la hora de determinar, mediante el recurso a los diversos medios de interpretación de los tratados a los que se hace referencia en los artículos 31 y 32, si

---

[322] T. O. Elias, "The doctrine of intertemporal law", *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), págs. 285 y ss.; D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2001); M. Fitzmaurice, "Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I", *The Hague Yearbook of International Law*, vol. 21 (2008), págs. 101 a 153; M. Kotzur, "Intertemporal law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com); U. Linderfalk, "Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties", *International Community Law Review*, vol. 10 (2008), págs. 109 y ss.; A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed. (Berlín, Duncker & Humblot, 1984), págs. 496 y ss., párrs. 782 y ss.

[323] M. Fitzmaurice, "Dynamic (evolutive) interpretation..." (véase la nota 322 *supra*).

[324] *Island of Palmas (the Netherlands/United States of America)*, laudo de 4 de abril de 1928, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II (núm. de venta: 1949.V.1), págs. 829 a 871, en especial pág. 845.

[325] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 202 y 203, párr. 11).

[326] *Award in Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway* (véase la nota 24 *supra*), pág. 35, en especial párr. 81; véase, por ejemplo, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 142 *supra*), págs. 215 y 216; M. Fitzmaurice, "Dynamic (evolutive) interpretation..." (véase la nota 322 *supra*), págs. 29 a 31; G. Distefano, "L'interprétation évolutive de la norme internationale", *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2011), págs. 373 a 396, en especial págs. 384 y 389 y ss.; Higgins, "Some observations on the inter-temporal rule..." (véase la nota 254 *supra*), págs. 174 y ss.; Sorel y Boré Eveno, "1969 Vienna Convention, Article 31..." (véase la nota 62 *supra*), pág. 807, párr. 8; P.-M. Dupuy, "Evolutionary interpretation of treaties", en Cannizzaro, *The Law of Treaties...* (véase la nota 61 *supra*), págs. 125 y ss.; M. Kotzur, "Intertemporal Law" (véase la nota 322 *supra*), párr. 14.

[327] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 222, párr. 16); Higgins, "Some observations on the inter-temporal rule..." (véase la nota 254 *supra*), pág. 178.

[328] Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 478.

conviene o no atribuir a un término de un tratado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

6) Se considera que la Corte Internacional de Justicia, en particular, ha seguido dos tendencias en su jurisprudencia, una a favor de una interpretación más "contemporánea" y la otra a favor de una interpretación más "evolutiva", como señaló el Magistrado *ad hoc* Guillaume en su declaración en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*[329]. Las resoluciones que favorecen un enfoque más contemporáneo se refieren principalmente a términos específicos de los tratados ("repartición de las aguas"[330], "canal principal o Thalweg"[331]; nombres de lugares[332] y "desembocadura" de un río[333]). Por otra parte, las causas en las que se apoya una interpretación evolutiva parecen estar relacionadas con términos más generales. Así ocurre, en particular, con los términos que son, por definición, evolutivos, como las expresiones "las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno", "el bienestar y desarrollo de esos pueblos" y "misión sagrada" que figuraban en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre *Namibia*, dio a las palabras "misión sagrada" un sentido evolutivo para concluir que "el objetivo final de esa misión sagrada era la libre determinación y la independencia"[334]. El carácter "genérico" de un término concreto en un tratado[335] y el hecho de que el tratado esté concebido para que tenga "una duración continuada"[336] también pueden dar lugar a un sentido evolutivo.

7) Otros órganos judiciales internacionales también utilizan en ocasiones un enfoque evolutivo respecto de la interpretación, aunque muestran diferentes grados de apertura a esa interpretación. El Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido solo ocasionalmente a la interpretación evolutiva. Sin embargo, en un asunto bien conocido sostuvo que "el término genérico 'recursos naturales' del párrafo g) del artículo XX no es 'estático' en su contenido o en sus referencias sino, más bien, 'por definición, evolutivo'"[337]. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del TIDM ha sostenido que el sentido atribuido a ciertas obligaciones de velar por algo[338] "puede cambiar con el tiempo"[339] y ha hecho hincapié en

---

329 *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 *supra*), declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y ss., en especial págs. 294 y ss., párrs. 9 y ss.; véase también *Anuario..., 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 479; Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 478; resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre "Le problème intertemporel en droit international public", *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (Wiesbaden session, 1975), págs. 536 y ss. (www.idi-iil.org).

330 *Case concerning a boundary dispute between Argentina and Chile concerning the delimitation of the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, decisión de 21 de octubre de 1994, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXII (núm. de venta: E/F.00.V.7), págs. 3 a 149, en especial pág. 43, párr. 130; véase también, con respecto a la expresión "línea divisoria de las aguas", *Temple of Preah Vihear* (nota 110 *supra*), págs. 16 a 22.

331 *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), págs. 1060 a 1062, párrs. 21 y 25.

332 *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXV (núm. de venta: E/F.05.V.5), págs. 83 a 195, en especial pág. 110, párr. 3.5.

333 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial págs. 338 y 339, párr. 48, y pág. 346, párr. 59.

334 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 54 *supra*), pág. 31, párr. 53.

335 *Aegean Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1978*, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 77; Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 478.

336 *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 supra), pág. 243, párr. 66.

337 Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos (Estados Unidos – Camarón)*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párr. 130.

338 Véase Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3, art. 153, párr. 4, y art. 4, párr. 4, del anexo III.

339 *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area* (véase la nota 23 *supra*), párr. 117.

que las normas relativas a la responsabilidad de los Estados de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pueden seguir la evolución del derecho y "no se consideran estáticas"[340]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido de forma más general que "el Convenio es un instrumento vivo que se ha de interpretar [...] a la luz de las condiciones de vida actuales"[341]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también de forma más general, sigue un enfoque evolutivo en materia de interpretación, en particular en el marco de su aplicación del principio denominado *pro homine*[342]. En el caso relativo a la *Iron Rhine*, el Tribunal de Arbitraje estimó que la viabilidad y la efectividad continuadas de un acuerdo ferroviario transfronterizo multidimensional era una razón importante para aceptar que incluso normas bastante técnicas fueran objeto de una interpretación evolutiva[343].

8) En definitiva, la mayoría de las cortes y tribunales internacionales no han reconocido la interpretación evolutiva como una forma distinta de interpretación, sino que han llegado a esa interpretación evolutiva en aplicación de los diversos medios de interpretación que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, considerando ciertos criterios (en particular los mencionados en el párrafo 6) *supra*) sobre la base del examen de cada caso. Por tanto, toda interpretación evolutiva del sentido de un término a lo largo del tiempo ha de ser el resultado del proceso ordinario de interpretación de los tratados[344].

9) La Comisión considera que esa situación confirma su planteamiento original de la interpretación de los tratados:

> el criterio de la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados se basa en que debe presumirse que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes y en que la dilucidación del sentido del texto, y no una investigación *ab initio* de la supuesta intención de las partes, es lo que constituye el objeto de la interpretación [...] haciendo del sentido corriente de los términos, del contexto del tratado, de sus objetivos y fines y de las normas generales de derecho internacional, junto con las interpretaciones auténticas de las propias partes, los criterios primordiales para interpretar un tratado[345].

---

[340] *Ibid*., párr. 211.

[341] *Tyrer v. the United Kingdom*, demanda núm. 5856/72, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 26, párr. 31; *Güzelyurtly and Others v. Cyprus and Turkey*, demanda núm. 36925/07, 4 de abril de 2017, párr. 286; *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], demanda núm. 18030/11, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2016 (fragmentos), párrs. 138 y 150; *Biao v. Denmark* [GC], demanda núm. 38590/10, 24 de mayo de 2016, párr. 131.

[342] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (véase la nota 53 *supra*), párr. 114 ("Esta orientación adquiere particular relevancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la opinión consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer v. United Kingdom* (1978), *Marckx v. Belgium* (1979), *Loizidou v. Turkey* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales") [se omiten las notas]; Arévalo Narváez y Patarroyo Ramírez, "Treaties over Time and Human Rights..." (véase la nota 27 *supra*), págs. 295 a 331.

[343] Véanse *Arbitration regarding the Iron Rhine* (véase la nota 24 *supra*), párr. 80: "En este caso, no se trata de un término conceptual o genérico, sino de avances técnicos en relación con el funcionamiento y la capacidad del ferrocarril"; y *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 335 *supra*), pág. 32, párr. 77; *Delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)*, laudo, 31 de julio de 1989, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX (núm. de venta: E/F.93.V.3), págs. 119 a 213, en especial págs. 151 y 152, párr. 85.

[344] Como se señala en el informe de 2006 del Grupo de Estudio sobre la fragmentación, "[e]l punto de partida debe ser [...] el hecho de que adoptar una decisión al respecto [de la interpretación evolutiva] es una cuestión de interpretación del propio tratado" (véase A/CN.4/L.682 y Corr.1, párr. 478).

[345] *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 199, párr. 15); véase también el párr. 13): "El párrafo 3 especifica como otros elementos auténticos de interpretación los siguientes: a) los

En consecuencia, en el proyecto de conclusión 8, la expresión “intención presunta” se entiende como la intención de las partes tal como ha sido determinada mediante la aplicación de los diversos medios de interpretación reconocidos en los artículos 31 y 32. Así pues, la “intención presunta” no es una voluntad original que se pueda identificar por separado, y los trabajos preparatorios no son el elemento de base principal para determinar la intención presunta de las partes, sino que solo son, como indica el artículo 32, un medio de interpretación complementario. Y aunque la interpretación ha de tratar de determinar la intención de las partes, el intérprete ha de basarse para ello en los medios de interpretación de los que se disponga en el momento de la interpretación, entre los que figuran los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en el tratado. Por tanto, el intérprete tiene que responder a la pregunta de si puede presumirse que las partes tenían la intención, al celebrar un tratado, de atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

10) El proyecto de conclusión 8 no toma partido sobre la cuestión de la conveniencia de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los tratados en general (véase el párrafo 4), *supra* del comentario). Debe entenderse, sin embargo, que indica la necesidad de cierta prudencia antes de concluir a favor de un enfoque evolutivo en un caso concreto. Con ese fin, el proyecto de conclusión 8 señala los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación que pueden ofrecer indicaciones útiles al intérprete para evaluar, como parte del proceso ordinario de interpretación de los tratados, si el sentido de un término es susceptible de evolucionar con el tiempo[346].

11) Ese enfoque se basa en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otras cortes y tribunales internacionales, que abundan en el mismo sentido. En su opinión consultiva sobre *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a la práctica de los órganos de las Naciones Unidas y de los Estados para formular las conclusiones que extraía de la naturaleza intrínsecamente evolutiva del derecho a la libre determinación[347]. En la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo*, la Corte consideró “significativo” que la práctica administrativa de las Naciones Unidas y el comportamiento de la parte que había invocado la interpretación restrictiva en un contexto diferente confirmaban lo que había considerado el “sentido corriente y genérico” de la expresión “estatuto territorial”[348]. En cualquier caso, las resoluciones en las que la Corte Internacional de Justicia ha adoptado una interpretación evolutiva no se han desviado del posible sentido del texto ni de la intención presunta de las partes en el tratado, como se habían expresado también en los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[349].

12) El fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos* es un ejemplo de la manera en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes pueden ayudar a determinar si se ha de dar a un término un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo. Al interpretar el término “comercio” en un tratado de 1858, la Corte sostuvo:

> Por un lado, la práctica ulterior de las partes, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, puede dar lugar a una desviación de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito entre las partes. Por otro lado, hay situaciones en que la intención de las partes al celebrar el tratado era [...] dar a

acuerdos entre las partes relativos a la interpretación del tratado; y b) toda práctica posterior en la aplicación del tratado que denote claramente el acuerdo de todas las partes respecto de su interpretación” (*ibid*., pág. 198); por otro lado, en su tercer informe sobre el derecho de los tratados, Waldock explicó que los trabajos preparatorios no son, como tales, medios auténticos de interpretación (*ibid*., documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 57, párr. 21)).

346 Véanse también Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 19 *supra*), págs. 292 a 294; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international* (nota 141 *supra*), págs. 488 a 501; J. Arato, “Subsequent practice and evolutive interpretation”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9-3 (2010), págs. 443 a 494, en especial págs. 444, 445 y 465 y ss.

347 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 54 *supra*), págs. 30 y 31, párrs. 49 a 51.

348 *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 335 *supra*), pág. 31, párr. 74.

349 Véase también *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (véase la nota 343 *supra*), págs. 151 y 152, párr. 85.

> los términos utilizados [...] un sentido o un contenido susceptible de evolucionar, no uno establecido de una vez por todas, a fin de tener en cuenta, entre otras cosas, la evolución del derecho internacional[350].

La Corte entendió después que el término "comercio" era un "término genérico", cuyo sentido las partes sabían "que probablemente evolucionaría [...] con los años" y que "el tratado se [había celebrado] hac[ía] mucho tiempo", lo que la llevó a concluir que "se hab[ía] de suponer que las partes [...] tenían la intención de que el sentido de" este término "pudiera evolucionar"[351]. En su opinión separada, el Magistrado Skotnikov, aunque discrepaba de ese razonamiento, llegó en última instancia a la misma conclusión al constatar la existencia de una práctica ulterior más reciente de Costa Rica relacionada con el turismo en el río San Juan "durante al menos un decenio" contra la que Nicaragua no había "protestado nunca" sino que había "sistemáticamente autorizado la navegación turística" lo que indicaba, a su juicio, que "las partes [habían] llegado a un acuerdo en cuanto a su interpretación"[352].

13) El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha tenido en cuenta, a veces, formas más generales de práctica de los Estados, en particular la evolución de la legislación de los Estados que, a su vez, puede dar lugar a un cambio en la interpretación del alcance de los delitos o de sus elementos. En la causa *Fiscalía c. Furundžija*[353], por ejemplo, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, buscando una definición del delito de violación, prohibido por el artículo 27 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra[354], por el artículo 76, párrafo 1, del primer Protocolo adicional (Protocolo I)[355] y por el artículo 4, párrafo 2 e), del segundo Protocolo adicional (Protocolo II)[356], examinó los principios de derecho penal comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo y sostuvo:

> que se puede discernir en la legislación nacional de varios Estados una tendencia a ampliar la definición de violación para que abarque actos tipificados previamente como delitos comparativamente menos graves, como la agresión sexual o el atentado contra el pudor. Esa tendencia muestra que, en el plano nacional, los Estados tienden a adoptar una actitud más estricta con respecto a las formas graves de agresión sexual[357].

14) El enfoque del "instrumento vivo" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se basa, entre otras cosas, en diferentes formas de práctica ulterior[358]. Si bien el Tribunal no requiere por lo general "el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), las decisiones en las que adopta un enfoque evolutivo suelen estar apoyadas por una relación detallada de práctica ulterior[359].

---

350 *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 22 *supra*), pág. 242, párr. 64.

351 *Ibid.*, pág. 243, párrs. 66 a 68.

352 *Ibid*., opinión separada del Magistrado Skotnikov, págs. 283 y ss., en especial pág. 285, párrs. 9 y 10.

353 *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 10 de diciembre de 1998, causa núm. IT-95-17/1-T, ICTY *Judicial Reports 1998*, vol. I, párrs. 165 y ss.

354 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 973, pág. 287.

355 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3.

356 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17513, pág. 609.

357 Véase *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 353 *supra*), párr. 179; asimismo *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sala de Primera Instancia I, sentencia, 27 de enero de 2000, causa núm. ICTR-96-13-A, párrs. 220 y ss., en particular párr. 228.

358 Véase Nolte, "Jurisprudence under special regimes..." (nota 25 *supra*), págs. 246 y ss.

359 *Öcalan v. Turkey* [GC], demanda núm. 46221/99, 12 de mayo de 2005, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-IV, párr. 163; *VO v. France* [GC], demanda núm. 53924/00, 8 de julio de 2004, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-VIII, párrs. 4 y 70; *Johnston and others v. Ireland*, demanda núm. 9697/82, 18 de diciembre de 1986, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 112, párr. 53; *Bayatyan v. Armenia* [GC], demanda núm. 23459/03, 7 de julio de 2011, párr. 63; *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, 7 de julio de 1989,

15) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de su relativamente poco frecuente mención de la práctica ulterior, ha tenido en cuenta a menudo evoluciones más generales en el ámbito internacional, enfoque que se sitúa en algún lugar entre la práctica ulterior y "toda norma pertinente" del artículo 31, párrafo 3 c)[360]. En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, por ejemplo, la Corte señaló que:

> dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales[361].

16) El Comité de Derechos Humanos también ha adoptado en ocasiones un enfoque evolutivo que se basa en los cambios ocurridos en la práctica de los Estados. Así, en *Judge c. el Canadá*, el Comité abandonó sus repetidos pronunciamientos basados en *Kindler*[362], explicando lo siguiente:

> El Comité es consciente de que la jurisprudencia mencionada anteriormente fue establecida hace unos diez años y que desde entonces ha habido un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte y, en los Estados que han mantenido la pena de muerte, un consenso creciente para no ejecutarla[363].

En *Yoon y Choi*, el Comité subrayó que el sentido de cualquier derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[364] evolucionaba con el tiempo y llegó a la conclusión de que el artículo 18, párrafo 3, ofrecía en ese momento al menos algún tipo de protección frente a la obligación de actuar en contra de creencias religiosas genuinas. La razón del Comité para llegar a esa conclusión es que "un número cada vez mayor de los Estados partes en el Pacto que han conservado el servicio militar obligatorio han introducido alternativas al servicio militar obligatorio"[365].

17) Por último, los tribunales establecidos bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones han hecho hincapié en que la práctica ulterior puede ser un medio particularmente importante de interpretación de las disposiciones que las partes en el tratado tenían la intención de desarrollar a la luz de la práctica ulterior[366].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 161, párr. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, demanda núm. 61498/08, 4 de octubre de 2010, párrs. 119 y 120, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010 (fragmentos); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], demanda núm. 34503/97, 12 de noviembre de 2008, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2008, párr. 76; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (véase la nota 179 *supra*).

360 Véanse, por ejemplo, *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, sentencia (fondo), 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 4, párr. 151; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (véase la nota 53 *supra*), párrs. 130 a 133 y 137.

361 *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párr. 146; véase también *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva, 14 de julio de 1989, OC-10/89, Serie A, núm. 10, párr. 38.

362 *Kindler c. el Canadá*, dictamen, 30 de julio de 1993, comunicación núm. 470/1991, informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/48/40), vol. II, anexo XII, U.

363 *Judge c. el Canadá*, dictamen, 5 de agosto de 2002, comunicación núm. 829/1998, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/58/40), vol. II, anexo V, G, párr. 10.3.

364 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

365 *Yoon y Choi c. la República de Corea*, dictamen, 3 de noviembre de 2006, comunicaciones núms. 1321/2004 y 1322/2004, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/62/40), vol. II, anexo VII, V, párr. 8.4.

366 Véase *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), laudo y voto particular concurrente, 15 de marzo de 2002, caso CIADI núm. ARB/00/2, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 308 y ss., en especial pág. 317, párr. 33; asimismo *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. la República Bolivariana de Venezuela*,

18) Así pues, la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados confirman que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 "pueden contribuir a determinar" si un "término" tiene "un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo". La palabra "término" no se limita a expresiones específicas (como "comercio", "estatus territorial", "violación" o "inversión"), sino que también puede abarcar conceptos más interrelacionados o transversales (como "por ley" (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o "necesarias" (artículo 18 de ese Pacto), que existen, por ejemplo, en los tratados de derechos humanos). Dado que los "términos" de un tratado son elementos de las normas en él enunciadas, abarcan por tanto las normas en cuestión.

19) Del mismo modo, la práctica ulterior en virtud de los artículos 31, párrafo 3 b), y 32 ha contribuido a que las cortes y tribunales nacionales realicen interpretaciones bien más evolutivas o bien estáticas de un tratado. Por ejemplo, en una causa relativa al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[367], el Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia interpretó el término "derechos de custodia" en el sentido de que abarcaba no solo los derechos previstos en la ley, sino también "derechos *de facto*". Basándose en un examen de la práctica legislativa y judicial de distintos Estados y en relación con el artículo 31, párrafo 3 b), el Tribunal argumentó que esta práctica "ponía de manifiesto un cambio fundamental de actitud" que le llevaba a entender la expresión "derechos de custodia" en su concepción moderna en lugar de interpretarla "con el prisma de 1980"[368]. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en una serie de causas relativas a la interpretación del Tratado del Atlántico Norte[369] a la luz de los cambios en el contexto de seguridad tras el fin de la Guerra Fría, también sostuvo que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), "podían adquirir importancia para el significado del tratado" y, en última instancia, entendió que eso era lo que había sucedido[370].

20) Otras decisiones de cortes y tribunales nacionales han confirmado que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de los artículos 31, párrafo 3, y 32 no necesariamente respaldan la interpretación evolutiva de un tratado. En la causa *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos abordó la cuestión de si la expresión "lesión corporal" que figuraba en el artículo 17 del Convenio de Varsovia de 1929[371] abarcaba no solo las lesiones físicas, sino también las psicológicas. El Tribunal, teniendo en cuenta el "comportamiento posterior a 1929" y las "interpretaciones de los signatarios", subrayó que, pese a algunas iniciativas en sentido

decisión sobre la jurisdicción, 27 de septiembre de 2001, caso CIADI núm. ARB/00/5, *ibid.*, pág. 419, párr. 97.

367 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1343, núm. 22514, pág. 89.

368 Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia, *C v. H* [2009] NZCA 100, párrs. 175 a 177, 195 y 196 (Magistrado Baragwanath); véase también el párr. 31 (Magistrado Chambers): "La revisión del texto que fue redactado y acordado en 1980 es simplemente impracticable, puesto que cualquier revisión tendría que ser acordada por un gran número de Estados contratantes. Por lo tanto, los cambios necesarios para adaptarse a las tendencias sociales y de otra índole han de lograrse mediante la evolución de la exégesis y la interpretación. Se trata de un ejercicio permisible habida cuenta de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que también entró en vigor en 1980. El artículo 31, párrafo 3 b) permite una interpretación que refleje 'toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado'". De modo similar: Canadá, Tribunal Supremo: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, párr. 129 (Magistrado Cory).

369 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 34, núm. 541, pág. 243.

370 Alemania, Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE, vol. 90, págs. 286 y ss., en especial págs. 363 y 364, párr. 276; *ibid.*, vol. 104, págs. 151 y ss., en especial págs. 206 y 207.

371 Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, Sociedad de Naciones, *Treaty Series*, vol. CXXXVII, pág. 11.

contrario, la mayoría de las partes siempre había entendido que el término solo recogía las lesiones físicas[372].

Conclusión 9
Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

1. El peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medio de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3, depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad.

2. Además, el peso de la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), depende, entre otras cosas, de que se repita y de la forma en que lo haga.

3. El peso de la práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 puede depender de los criterios mencionados en los párrafos 1 y 2.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 9 identifica algunos criterios que pueden ser útiles para determinar el peso interpretativo que ha de otorgarse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior concretos en el proceso de interpretación en un caso determinado. Naturalmente, el peso atribuido a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior también ha de determinarse en relación con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 2, párrafo 5).

Párrafo 1 – peso: claridad, especificidad y otros factores

2) El párrafo 1 se refiere al peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, de manera que aborda ambos apartados a) y b) desde un punto de vista general. El párrafo 1 indica que el peso que ha de atribuirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medio de interpretación depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad. El uso de la expresión "entre otras cosas" indica que esos criterios no deben considerarse exhaustivos. Otros criterios pueden referirse al momento en que tuvieron lugar el acuerdo o la práctica[373], la importancia dada por las partes a un acuerdo o una práctica concretos o la carga de la prueba aplicable.

3) El peso interpretativo de los acuerdos o la práctica ulteriores en relación con otros medios de interpretación depende a menudo de su claridad y especificidad en relación con el tratado correspondiente[374]. Así lo confirman, por ejemplo, ciertas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, laudos arbitrales e informes de Grupos Especiales y del Órgano de Apelación de la OMC[375]. El laudo dictado por el Tribunal del CIADI en el caso *Plama Consortium Limited c. la República de Bulgaria* es ilustrativo a este respecto:

> Es cierto que los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados se pueden tener en cuenta a efectos de aclarar el sentido del texto de un

[372] Estados Unidos de América, Tribunal Supremo, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, 499 U.S. 530, págs. 546 a 549; véase también Reino Unido, Cámara de los Lores: *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, párrs. 98 y 125 (Lord Hope).

[373] En la causa relativa a la *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, la Corte dio preeminencia a la práctica más cercana a la fecha de entrada en vigor, *Maritime Dispute (Peru v. Chile*), fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial pág. 50 párr. 126.

[374] Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice..." (nota 260 *supra*), pág. 91.

[375] Véanse, por ejemplo, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 55, párr. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (véase la nota 153 *supra*), págs. 231 y ss., en especial pág. 259, párr. 74; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/R, adoptado el 19 de febrero de 2009, informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano* (Upland) *(Estados Unidos – Algodón americando* (Upland)), WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, párr. 625.

> tratado en el momento en que fue celebrado. El demandante ha presentado una exposición muy clara y lúcida de la práctica de Bulgaria en relación con la celebración de tratados sobre inversiones con posterioridad a la celebración del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Bulgaria-Chipre en 1987. En la década de 1990, Bulgaria, después de la caída del régimen comunista, empezó a celebrar TBI con disposiciones sobre la solución de controversias mucho más liberales, incluido el recurso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, esa práctica no es especialmente pertinente en el caso presente ya que las negociaciones posteriores entre Bulgaria y Chipre indican que esas Partes Contratantes no tenían la intención de que la cláusula de la nación más favorecida (NMF) tuviera el sentido que de otro modo podría inferirse de la práctica convencional ulterior de Bulgaria. Bulgaria y Chipre negociaron una revisión de su TBI en 1998. Las negociaciones fracasaron, pero contemplaban una revisión de las disposiciones sobre solución de controversias [...] Cabe inferir de esas negociaciones que las propias Partes Contratantes en el TBI no consideraban que la disposición relativa al trato NMF pudiera hacerse extensiva a las disposiciones sobre solución de controversias de otros TBI[376].

4) Mientras que la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales suelen atribuir un mayor peso interpretativo a la práctica ulterior más bien específica de los Estados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basa a menudo en evaluaciones comparativas amplias de la legislación interna o las posiciones internacionales adoptadas por los Estados[377]. En este último contexto, conviene tener presente que los derechos y obligaciones previstos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, "Convenio Europeo de Derechos Humanos")[378] se han de incorporar correctamente, dentro de un marco de apreciación determinado, en la legislación, la práctica ejecutiva y los arreglos internacionales del respectivo Estado parte. A estos efectos, la existencia de elementos comunes suficientemente fuertes en la legislación nacional de sus Estados partes puede ser pertinente para determinar el alcance de un derecho humano o la necesidad de su restricción. Además, la naturaleza de ciertos derechos u obligaciones a veces induce a tener en cuenta prácticas menos específicas. Por ejemplo, en el asunto *Rantsev c. Chipre*, el Tribunal sostuvo que:

> De las disposiciones de esos dos instrumentos [internacionales] se desprende claramente que los Estados Contratantes [...] han estimado que solo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos del problema permite luchar eficazmente contra la trata [...] Por tanto, el deber de penalizar y perseguir la trata es solo un aspecto de la obligación general de los Estados miembros de luchar contra ese fenómeno. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 [sobre la prohibición del trabajo forzado] ha de considerarse en ese contexto más amplio[379].

5) Por otra parte, en el asunto *Chapman c. el Reino Unido*, el Tribunal observó que "puede decirse que hay un consenso internacional emergente entre los Estados Contratantes del Consejo de Europa en virtud del cual se reconocen las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida"[380], pero en última instancia afirmó "no estar convencido de que ese consenso sea

---

[376] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, caso CIADI núm. ARB/03/24, resolución en materia de competencia, 8 de febrero de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, núm. 1 (primavera de 2005), págs. 262 y ss., en especial págs. 323 y 324, párr. 195.

[377] Véanse, por ejemplo, *Cossey v. the United Kingdom*, demanda núm. 10843/84, 27 de septiembre de 1990, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 184, párr. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, demanda núm. 5856/72, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 26, párr. 31; *Norris v. Ireland*, demanda núm. 10581/83, 26 de octubre de 1988, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 142, párr. 46.

[378] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221.

[379] *Rantsev v. Cyprus and Russia*, demanda núm. 25965/04, 7 de enero de 2010, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010 (fragmentos), párr. 285; véanse también los párrs. 273 y 274.

[380] *Chapman v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 27238/95, 18 de enero de 2001, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-I, párr. 93.

suficientemente concreto para poder extraer orientaciones en cuanto al comportamiento o las normas que los Estados Contratantes consideran deseables en una situación determinada"[381].

Párrafo 2 – peso: repetición de una práctica y otros factores

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 9 trata solo de la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), y especifica que, además de los criterios mencionados en el párrafo 1, el peso de la práctica ulterior también depende, entre otras cosas, de que se repita y de la forma en que lo haga. La fórmula "de que se repita y de la forma en que lo haga" incorpora el elemento temporal y el de la naturaleza de la repetición. Indica, por ejemplo, que, según el tratado de que se trate, algo más que una mera repetición mecánica o irreflexiva de una práctica puede contribuir a su valor interpretativo en el contexto del artículo 31, párrafo 3 b). El elemento temporal y el de la naturaleza de la repetición también sirven para indicar el "fundamento" de una determinada posición de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Por otra parte, la no aplicación de un acuerdo ulterior puede indicar su falta de peso como medio de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 a)[382].

7) La cuestión de si la "práctica ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 b)[383], requiere más que una aplicación aislada del tratado fue abordada por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II*:

> la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie "concordante, común y coherente" de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación[384].

8) De esta definición parece desprenderse que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), requiere no solo un "acto o declaración" acerca de la interpretación de un tratado; también un comportamiento de una frecuencia y uniformidad tales que justifique la conclusión de que las partes han llegado a un acuerdo establecido acerca de la interpretación del tratado. Ese umbral supondría que una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), requiere una práctica común especialmente amplia, asentada y específica en su forma para poder considerar que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación.

9) La Corte Internacional de Justicia, por su parte, ha aplicado el artículo 31, párrafo 3 b), con mayor flexibilidad, sin añadir más condiciones. Este fue el criterio seguido, en particular, en el fallo dictado en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*[385]. Otras cortes y tribunales internacionales han seguido también en la mayoría de los casos el criterio adoptado por la Corte Internacional de Justicia. Así sucede con el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[386] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[387].

---

[381] *Ibid*., párr. 94.

[382] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 22 *supra*), pág. 63, párr. 131.

[383] Véase el proyecto de conclusión 4, párr. 2, *supra*.

[384] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. E, pág. 16 [se omiten las notas].

[385] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), págs. 1075 y 1076, párrs. 47 a 50, y pág. 1087, párr. 63; *Territorial Dispute* (véase la nota 22 *supra*), págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71.

[386] Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvención) (véase la nota 156 *supra*), págs. 77 y ss., en especial págs. 116 a 126, párrs. 109 a 133.

[387] *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 161, párr. 103; *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), demanda núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, párrs. 73 y 79 a 82; *Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (decisión) [GC], demanda núm. 52207/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XII, párrs. 56 y 62; en lo concerniente a la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, véase O. K. Fauchald, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals — An Empirical Analysis", *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2 (2008), págs. 301 y ss., en especial pág. 345; véase también A. Roberts, "Power and

10) No obstante, la diferencia entre el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC, por una parte, y el enfoque de la Corte Internacional de Justicia, por otra, es más aparente que real. El Órgano de Apelación de la OMC parece haber tomado la fórmula "concordante, común y coherente" de una publicación[388] en la que se dice que "el valor de la práctica ulterior dependerá, naturalmente, de la medida en que esta sea concordante, común y coherente"[389]. La fórmula "concordante, común y coherente" sirve así de orientación en cuanto a las circunstancias en que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), tiene mayor o menor peso como medio de interpretación en un proceso de interpretación, en lugar de exigir una frecuencia determinada de la práctica[390]. El propio Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido en algunas ocasiones a esta perspectiva matizada[391].

11) La Comisión, aun cuando estima que la fórmula "concordante, común y coherente" puede ser útil para determinar el peso de la práctica ulterior en un caso concreto, considera asimismo que dicha fórmula no está suficientemente consolidada para articular un umbral mínimo que determine la aplicabilidad del artículo 31, párrafo 3 b), y entraña el riesgo de que sea malinterpretada por ser demasiado prescriptiva. En definitiva, la Comisión continúa estimando que "[e]l valor de la práctica ulterior varía según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto"[392]. Esto significa que un único caso de práctica seguida por las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación ha de ser tenido en cuenta en virtud del artículo 31, párrafo 3 b)[393].

---

persuasión in investment treaty interpretation: the dual role of States", *American Journal of International Law*, vol. 104 (2010), págs. 207 a 215.

388 Sinclair, *The Vienna Convention...* (véase la nota 20 *supra*), pág. 137; véase también Yasseen, "L'interprétation des traités..." (nota 20 *supra*), págs. 48 y 49; mientras que el término *"commune"* ha sido tomado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, *"d'une certaine constance"* y *"concordante"* son condiciones que infiere Yasseen al profundizar en su análisis; véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 106 y 107, párrs. 17 y 18, y pág. 243, párr. 15.

389 Sinclair, *The Vienna Convention...* (véase la nota 20 *supra*); Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvención) (véase la nota 156 *supra*), págs. 77 y ss., en especial pág. 118, párr. 114.

390 *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, parte II, págs. 53 a 264, en especial pág. 187, párr. 169; J.-P. Cot, "La conduite subséquente des parties a un traité", *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, págs. 644 a 647 *("valeur probatoire")*; Distefano, "La pratique subséquente..." (véase la nota 191 *supra*), pág. 46; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), pág. 598, párr. 80; véanse también las alegaciones orales ante la Corte Internacional de Justicia en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, págs. 32 a 36, párrs. 7 a 19 (Wood), que pueden consultarse en www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf y CR 2012/36, págs. 13 a 18, párrs. 6 a 21 (Wordsworth), disponibles en www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

391 Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, 22 de junio de 1998, párr. 93.

392 Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15); Cot, "La conduite subséquente des parties..." (véase la nota 390 *supra*), pág. 652.

393 En realidad, un caso único de práctica no será a menudo suficiente para que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; sin embargo, como regla general, la práctica ulteriormente seguida en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), no exige ninguna repetición sino solo un acuerdo acerca de la interpretación. Así pues, la probabilidad de un acuerdo que conste en virtud de una práctica única depende del acto y el tratado de que se trate, véanse E. Lauterpacht, "The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals", *Recueil des cours..., 1976*, vol. 152, págs. 377 a 466, en especial pág. 457; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 67 *supra*), pág. 166; C. F. Amerasinghe, "Interpretation of texts in open international organizations", *British Yearbook of International Law 1994*, vol. 65, págs. 175 y ss., en especial pág. 199; Villiger arguye a favor de una cierta frecuencia, pero subraya que lo importante es que conste un acuerdo, Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), pág. 431, párr. 22. Yasseen y Sinclair escriben que la práctica "en general" no se puede constatar mediante un solo acto, Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), pág. 47; Sinclair, *The Vienna Convention...* (véase la nota 20 *supra*), pág. 137; véase Nolte "Subsequent agreements and subsequent practice of States..." (véase la nota 62 *supra*), pág. 310.

12) El peso de una práctica ulterior también puede (“entre otras cosas”) depender de otros factores, como la coherencia y la amplitud. La coherencia de una práctica ulterior depende de si el comportamiento se aparta excepcionalmente, y hasta qué punto, de la práctica habitual establecida de otro modo. La amplitud de una práctica viene determinada por el número de partes que la siguen de manera que conste el acuerdo de todas las partes.

Párrafo 3 – peso de la práctica ulterior en virtud del artículo 32

13) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 9 versa sobre el peso que debe atribuirse a la práctica ulterior en virtud del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3). No aborda cuándo y en qué circunstancias se puede tomar en consideración esa práctica. El Órgano de Apelación de la OMC ha subrayado, en una situación comparable, que esas dos cuestiones han de distinguirse entre sí:

> consideramos que las Comunidades Europeas amalgaman la cuestión preliminar de qué puede ser considerado una “circunstancia” de la celebración de un tratado con la cuestión distinta de determinar el grado de pertinencia que puede atribuirse a una determinada circunstancia a efectos de interpretación en virtud del artículo 32[394].

El Órgano de Apelación sostuvo también que:

> en primer lugar, el Grupo Especial *no* examinó la práctica de las Comunidades Europeas en materia de clasificación durante las negociaciones de la Ronda Uruguay *como medio de interpretación complementario* en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena*; y, en segundo lugar, el valor de la práctica de clasificación como medio de interpretación complementario[395].

Para determinar la “pertinencia” de esa práctica ulterior, el Órgano de Apelación se remitió a “factores objetivos”:

> Entre ellos figuran el tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; el conocimiento efectivo de un acto o instrumento publicado o el simple acceso a él; el contenido del documento, instrumento o hecho en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y si o cómo se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado[396].

14) El Órgano de Apelación, aunque no utilizó el término “especificidad”, se remitió a los criterios antes mencionados. En vez de claridad, el Órgano de Apelación habló de “coherencia”, y señaló que la coherencia no debía establecer un criterio de referencia sino más bien determinar el grado de pertinencia. “En general, una práctica anterior coherente en materia de clasificación puede ser significativa, pero una práctica de clasificación incoherente *no puede* ser pertinente a la interpretación del sentido de una concesión arancelaria”[397].

15) Otro factor que contribuye a determinar la pertinencia en relación con el artículo 32 puede ser el número de Estados afectados que realizan esa práctica. El Órgano de Apelación ha señalado:

> Para determinar esa intención puede ser pertinente la práctica anterior de *una* de las partes solamente, pero es evidente que esta tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes. En el caso concreto de la interpretación de una

[394] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R y Corr.1 y WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 297.

[395] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998, párr. 92 [se omite la nota y en cursiva en el original].

[396] *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 394 *supra*), párr. 290 [se omite la nota].

[397] *Ibid*., párr. 307 [se omite la nota; en cursiva en el original]; véase también *CE – Equipo informático* (véase la nota 395 *supra*), párr. 95.

> concesión arancelaria consignada en una Lista, puede de hecho ser muy importante la práctica del Miembro importador en materia de clasificación[398].

También es cierto que:

> sería relativamente novel y posiblemente plantearía inquietudes respecto del debido proceso en casos de arbitrajes de inversión si se le asignara un peso sustancial, y menos aún decisivo, a una declaración unilateral ulterior de un Estado[399].

Conclusión 10
Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. Un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no tendrá que serlo, para ser tenido en cuenta.

2. El número de partes que han de seguir activamente una práctica ulterior para que haya un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede variar. El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción.

Comentario

Párrafo 1, primera oración – "entendimiento común"

1) La primera oración del párrafo 1 enuncia el principio de que un "acuerdo" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Para que ese entendimiento común tenga el efecto previsto en el artículo 31, párrafo 3, las partes han de reconocerlo y aceptar la interpretación en él contenida. Si bien la diferencia en cuanto a la forma de un "acuerdo" en virtud del apartado a) y el apartado b) ya se ha establecido en el proyecto de conclusión 4 y su comentario[400], en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 10 se pretende reflejar lo que ambos apartados tienen en común, que es el acuerdo entre las partes, en lo esencial, acerca de la interpretación del tratado.

2) El elemento que distingue los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), por una parte, y toda otra práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32[401], por otra, es el "acuerdo" de todas las partes acerca de la interpretación del tratado. Es este acuerdo de las partes el que da a los medios de interpretación mencionados en el artículo 31, párrafo 3[402], su función y valor específicos en el proceso interactivo de interpretación contemplado en la regla general de interpretación del artículo 31[403].

3) Las posiciones divergentes acerca de la interpretación expresadas por las partes en un tratado impiden que exista un acuerdo. Este criterio ha sido confirmado, entre otros, por el Tribunal de Arbitraje en el caso *German External Debts*, en el que determinó que no podía deducirse la existencia de un "entendimiento ulterior tácito" a partir de una serie de

---

398 *CE – Equipo informático* (véase la nota 395 *supra*), párr. 93 [en cursiva en el original].

399 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay* (véase la nota 136 *supra*), párr. 476.

400 Véase el comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 10), *supra*.

401 Véanse los proyectos de conclusión 3 y 4, párr. 3, *supra*.

402 Véase Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3)..." (nota 224 *supra*), pág. 30: "No hay motivo alguno para pensar que la palabra 'acuerdo' en el apartado b) tiene un significado diferente del recogido en el apartado a)".

403 Véase el comentario al proyecto de conclusión 2, párrs. 12) a 15), *supra*; el artículo 31, que ha de ser "interpretado en su conjunto", concibe el proceso de interpretación como "una sola operación combinada" y no "estable[ce] una jerarquía jurídica entre las reglas de interpretación de los tratados", *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241, párrs. 8) y 9).

comunicaciones de los organismos de la administración debido a que uno de ellos, el Banco de Inglaterra, había expresado una opinión divergente[404].

4) No obstante, solo hay falta de acuerdo en la medida en que las posiciones de las partes están en conflicto y durante el tiempo en que lo están. Que las partes difieran en la forma en que se aplica un tratado no permite, en sí, inferir la existencia de posiciones encontradas acerca de la interpretación del tratado. Esa diferencia puede indicar discrepancias respecto de la única interpretación correcta, pero también puede reflejar simplemente un entendimiento común en el sentido de que el tratado concede cierto margen de discrecionalidad en su aplicación[405]. Los tratados de derechos humanos, por ejemplo, suelen tener como objetivo lograr una interpretación uniforme, pero también dejan un margen de discrecionalidad a los Estados.

5) Si bien el comportamiento ambiguo de una o más partes normalmente impide determinar que hay acuerdo[406], no todos los elementos del comportamiento de un Estado que no se ajusten plenamente al contexto general confieren necesariamente ambigüedad al comportamiento de dicho Estado. Por ejemplo, en el caso del *Beagle Channel*, el Tribunal de Arbitraje declaró que, aun cuando hubo un momento en que las partes manifestaron diferencias de opinión en cuanto a la interpretación de un tratado, ese hecho no bastaba para determinar que la falta de acuerdo era permanente:

> De igual forma, las negociaciones fallidas para alcanzar una solución difícilmente podrían tener un efecto permanente. A lo sumo, podían haber privado temporalmente a los actos de las partes de su valor probatorio en relación con sus respectivas interpretaciones del Tratado, en la medida en que dichos actos tuvieran lugar durante el proceso de negociación. La cuestión no puede ir más allá[407].

6) Análogamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en el asunto *Loizidou c. Turquía* que los límites a las restricciones que las partes podían imponer al aceptar la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal se habían visto "confirmados por la práctica ulterior de las Partes Contratantes", es decir, por "la prueba de una práctica de la que puede inferirse un acuerdo prácticamente universal entre las Partes Contratantes según el cual los artículos 25 y 46 [...] del Convenio no permiten que se impongan restricciones territoriales o sustantivas"[408]. El Tribunal, aplicando el artículo 31, párrafo 3 b), calificó "esa práctica de los Estados" de "uniforme y coherente", pese a reconocer también que podía haber una excepción en el caso de dos Estados en particular[409]. La decisión indica que, al menos en el caso del Convenio Europeo, existe cierto margen de discrecionalidad al determinar si se está en presencia de un acuerdo de las partes acerca de una interpretación en particular[410].

---

[404] *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, laudo de 16 de mayo de 1980, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIX, parte III, págs. 67 a 145, en especial págs. 103 y 104, párr. 31; véanse también *CE – Equipo informático* (nota 395 *supra*), párr. 95; *Delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau* (nota 343 *supra*), pág. 175, párr. 66.

[405] Véase el comentario al proyecto de conclusión 7, párrs. 12) a 15), *supra*.

[406] *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (véase la nota 153 *supra*), pág. 258, párr. 70; Kolb, "La modification d'un traité..." (véase la nota 309 *supra*), pág. 16.

[407] *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, parte II, págs. 53 a 264, en especial pág. 188, párr. 171.

[408] *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), demanda núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, párrs. 79 y 81.

[409] *Ibid*., párrs. 80 y 82; el asunto no se refería a la interpretación de un derecho humano particular, sino a la cuestión de si un Estado estaba obligado en absoluto por el Convenio.

[410] La jurisprudencia más restrictiva del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC parece indicar que cada intérprete puede evaluar la situación de manera diferente, véase *Estados Unidos – Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero")*, WT/DS294/R, informe adoptado el 9 de mayo de 2006, párr. 7.218: "... aunque se hubiera establecido

7) El término “acuerdo” que figura en la Convención de Viena de 1969[411] no implica ningún requisito de forma[412], incluido el “acuerdo” en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b)[413]. No obstante, la Comisión, a fin de distinguir entre un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), y una práctica ulterior por la cual “conste el acuerdo” de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), ha señalado que el acuerdo ulterior presupone un “acto común”[414]. No es preciso que un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas[415].

8) Para que un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), sea “común”, a veces basta con que las distintas partes lleguen al mismo entendimiento de manera individual, pero otras veces es necesario que las partes sean mutuamente conscientes de la existencia de un entendimiento común. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que, para que existiera una práctica en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), era necesario que “las autoridades de Bechuanalandia fuesen plenamente conscientes de ello y aceptasen” la interpretación de las autoridades de Caprivi con respecto a la frontera establecida en el tratado[416]. En determinadas circunstancias, cabe presumir el conocimiento y la aceptación de la posición de la otra parte o las otras partes, en particular en el caso de los tratados que se aplican a nivel nacional.

Párrafo 1, segunda oración – posibles efectos jurídicos del acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b)

9) El objetivo de la segunda oración del párrafo 1 es reafirmar que el “acuerdo” del artículo 31, párrafo 3, no tiene que ser jurídicamente vinculante en sí mismo[417], a diferencia de otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 en que el término “acuerdo” se utiliza en el sentido de un instrumento jurídicamente vinculante[418].

10) Así lo confirma la Comisión en el texto definitivo de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados cuando utiliza la expresión “toda práctica ulteriormente seguida

---

de forma concluyente que los 76 Miembros indicados por las Comunidades Europeas han adoptado [determinada] práctica [...], eso solo significaría que un número considerable de Miembros de la OMC han adoptado un enfoque distinto del de los Estados Unidos. [...] Observamos que en este procedimiento un tercero ha presentado argumentos contra la opinión de las Comunidades Europeas”.

411 Véanse los artículos 2, párr.1 a), 3, 24, párr. 2, 39 a 41, 58 y 60.

412 Véase el comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 5), *supra*; confirmado por la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, laudo de 7 de julio de 2014, que se puede consultar en https://pcacases.com/web/sendAttach/383, pág. 47, párr. 165; Yasseen, “L’interprétation des traités...” (véase la nota 20 *supra*), pág. 45; Distefano, “La pratique subséquente...” (véase la nota 191 *supra*), pág. 47.

413 Véase el comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 5), *supra*; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 231 y 232 y 243 a 247; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 142 *supra*), pág. 213; Dörr, “Article 31...” (véase la nota 61 *supra*), pág. 594, párr. 75; R. Gardiner, “The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation”, en *The Oxford Guide to Treaties*, D. B. Hollis (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 475 y 483.

414 Véase el comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 10), *supra*; un “acto común” puede también consistir en un canje de notas, véase *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 de junio de 1990, *International Law Reports*, vol. 105 (1997), págs. 1 y ss., en especial págs. 54 a 56; Fox, “Article 31 (3) (a) and (b)...” (nota 62 *supra*), pág. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 19 *supra*), págs. 248 y 249.

415 Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (véase la nota 86 *supra*), págs. 789 y 790.

416 *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), pág. 1094, párr. 74 (“ocupación de la isla por la tribu masubia”) y pág. 1077, párr. 55 (“informe Eason”, el cual “al parecer nunca fue remitido a Alemania”); Dörr, “Article 31...” (véase la nota 61 *supra*), págs. 602 y 603, párr. 89.

417 Véase el comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 6), *supra*; P. Gautier, “Non-binding agreements”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párr. 14; Benatar, “From probative value to authentic interpretation...” (véase la nota 62 *supra*), págs. 194 y 195; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 142 *supra*), pág. 213; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 244; véase también Nolte, “Subsequent agreements and subsequent practice of States...” (nota 62 *supra*), págs. 307 y ss., en especial pág. 375.

418 Véanse los artículos 2, párr. 1 a), 3, 24, párr. 2, 39 a 41, 58 y 60.

[...] por la cual conste el entendimiento de las partes"[419]. El uso del término "entendimiento" indica que la palabra "acuerdo" que figura en el artículo 31, párrafo 3, no requiere que las partes asuman o establezcan una obligación jurídica que coexista con el tratado o sea independiente de este[420]. La Conferencia de Viena no reemplazó "entendimiento" por "acuerdo" por motivos sustantivos, sino "como mera cuestión de redacción", a fin de hacer hincapié en que el entendimiento de las partes debía ser su entendimiento "común"[421]. El "acuerdo" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), tampoco tiene que ser jurídicamente vinculante[422].

11) Por tanto, basta con que las partes, a través de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, atribuyan un determinado sentido al tratado[423] o, en otras palabras, adopten un cierto "entendimiento" con respecto al tratado[424]. Así pues, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), pueden, como medio de interpretación, tener consecuencias jurídicas en el marco del proceso de interpretación en el sentido del artículo 31[425]. En consecuencia, las cortes y tribunales internacionales no han exigido que el "acuerdo" en virtud del artículo 31, párrafo 3, refleje la intención de las partes de crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas o independientes[426]. Del mismo modo, en

---

419 Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15).

420 *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, parte II, págs. 53 a 264, en especial pág. 187, párr. 169; *The Question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, 16 de mayo de 1980, *ibid*., vol. XIX, págs. 67 a 145, en especial págs. 103 y 104, párr. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (véase la nota 75 *supra*), págs. 190 a 195; Kolb, "La modification d'un traité..." (véase la nota 309 *supra*), págs. 25 y 26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 67 *supra*), págs. 169 a 171.

421 *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados...* (A/CONF.39/11) (véase la nota 193 *supra*), 31ª sesión, 19 de abril de 1968, pág. 186, párr. 59 (Australia); P. Gautier, "Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États", en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet (ed.) (Bruselas, Bruylant, 2007), págs. 425 a 454, en especial págs. 430 y 431 *("La lettre [a] du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme 'accord' est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au 'traité' défini à l'article 2 de la convention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique")*.

422 Véase Gautier, "Non-binding agreements" (nota 417 *supra*), párr. 14; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 142 *supra*), págs. 211 y 213.

423 Esta terminología se basa en el comentario a la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10*, A/66/10/Add.1, párrs. 18) y 19)).

424 Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 243 y 244, párrs. 15) y 16) (utiliza el término "entendimiento" en relación con el texto precursor tanto del artículo 31, párrafo 3 a), como del artículo 31, párr. 3 b)).

425 *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXIV (núm. de venta: E/F.04.V.18), págs. 1 a 359, en especial pág. 131, párr. 6.7; Aust, "The theory and practice of informal international instruments" (véase la nota 86 *supra*), págs. 787 y 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 67 *supra*), pág. 173; Hafner, "Subsequent agreements and practice..." (véase la nota 273 *supra*), págs. 110 a 113; Gautier, "Les accords informels et la Convention de Vienne..." (véase la nota 421 *supra*), pág. 434.

426 Por ejemplo, "modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación" (informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. E, pág. 16); o "pauta [...] [que] implique un *acuerdo* sobre la interpretación de la disposición respectiva" (Informe del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros – Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, WT/DS375/R, WT/DS376/R y WT/DS377/R, adoptado el 21 de septiembre de 2010, párr. 7.558); o "práctica [que] refleja un acuerdo sobre la interpretación" (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados

ocasiones, los memorandos de entendimiento han sido reconocidos por su "contribución potencialmente importante a la interpretación", pero "no como fuente de derechos y obligaciones jurídicas independientes"[427].

Párrafo 2 – formas de participación en la práctica ulterior

12) La primera oración del párrafo 2 confirma el principio de que no todas las partes han de seguir una práctica en particular para que ello constituya un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 b). La segunda oración aclara que, en determinadas circunstancias, el silencio o la inacción pueden equivaler a la aceptación de esa práctica por las partes que no la siguen.

13) Desde el principio, la Comisión ha reconocido que un "acuerdo" que emane de la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede ser producto, en parte, del silencio o la inacción de una o más partes. Al exponer el motivo por el que utilizó la expresión "el entendimiento de las partes" en el proyecto de artículo 27, párrafo 3 b) (que posteriormente pasó a ser "acuerdo" en el artículo 31, párrafo 3 b) (véase el párrafo 10) *supra*)), y no la expresión "el entendimiento de *todas* las partes", la Comisión:

> Estimó que la expresión "el entendimiento de las partes" se refería necesariamente a todas las partes. Omitió la palabra 'todas' simplemente para evitar cualquier posibilidad de que se entendiese erróneamente que todas y cada una de las partes debían haber seguido la práctica, cuando basta con que la hayan aceptado[428].

14) En la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, la Corte Internacional de Justicia también reconoció la posibilidad de que se manifestara un acuerdo acerca de la interpretación a través del silencio o la inacción, al afirmar que, cuando era "evidente que las circunstancias exigían una reacción dentro de un plazo razonable", se había de considerar que el Estado que se encontraba ante un determinado comportamiento ulterior de otra parte había "dado su asentimiento"[429]. El planteamiento general de la Corte en cuanto a los efectos del silencio como práctica ulterior por la que consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado ha sido confirmado en decisiones posteriores[430] y

---

Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvención) (véase la nota 156 *supra*), págs. 77 y ss., en especial pág. 119, párr. 116); o que "la práctica de los Estados" "[...] indica la falta de posicionamiento de los Estados contratantes" (*Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (decisión) [GC], demanda núm. 52207/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XII, párr. 62); "[E]l Tribunal no está obligado a adoptar las opiniones de ninguna de las partes. Si bien el Tribunal debe 'tener [...] en cuenta' todo acuerdo ulterior entre los Estados parte conforme al artículo 31, párrafo 3 a), de la [Convención de Viena de 1969], la interpretación correcta del artículo 10.18 y de cómo debería aplicarse a los hechos del caso que nos ocupa son tareas que radican exclusivamente en este Tribunal": *The Renco Group Inc. c. la República del Perú* (véase la nota 29 *supra*), párr. 156.

427 *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport* (véase la nota 425 *supra*), pág. 131, párr. 6.7; véase también *Arbitration regarding the Iron Rhine* (véase la nota 24 *supra*), pág. 98, párr. 157.

428 *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15).

429 *Temple of Preah Vihear* (véase la nota 110 *supra*), pág. 23.

430 Véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* [excepción preliminar], fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 392 y ss., en especial pág. 410, párr. 39; *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 353 *supra*), párrs. 165 y ss., en especial párr. 179; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, demanda núm. 25965/04, 7 de enero de 2010, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010 (fragmentos), párr. 285; con reservas: informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R y Corr.1 y WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 272; véase también, para una confirmación parcial, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo núm. 30-16-3, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983), págs. 141 y ss., en especial pág. 144; *The Question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of*

es respaldado por la doctrina en general[431]. Las "circunstancias" que "requieran alguna reacción" incluyen el entorno específico en el que interactúan los Estados partes en relación con el tratado[432].

15) En el caso *Beagle Channel*[433], el Tribunal de Arbitraje examinó el argumento planteado por la Argentina según el cual los actos de jurisdicción de Chile respecto de ciertas islas no podían considerarse un comportamiento ulterior pertinente debido a que la Argentina no había reaccionado ante ellos. No obstante, el Tribunal afirmó que:

> Los términos de la Convención de Viena no especifican la forma en que puede manifestarse un "acuerdo". En el contexto del presente caso, los actos de jurisdicción no tenían por objeto establecer un título independiente de los términos del Tratado y tampoco pueden considerarse en contradicción con la interpretación que hace Chile de esos términos. Las pruebas corroboran la opinión de que se trataba de actos públicos que la Argentina conocía muy bien y que solo podían derivar del Tratado. En esas circunstancias, el silencio de la Argentina permite inferir que los actos tendieron a confirmar una interpretación del sentido del Tratado independiente de los propios actos de jurisdicción[434].

En el mismo caso, el Tribunal de Arbitraje estimó que:

> La mera publicación de una serie de mapas de valor y prestigio sumamente dudosos (como ya ha determinado el Tribunal), incluso aunque esos mapas representaran la opinión oficial de la Argentina, no podía impedir que Chile realizara actos que revelaran, a su vez, su propia opinión respecto de los derechos que le confería el Tratado de 1881, ni podía tampoco eximir a la Argentina de la necesidad de reaccionar en respuesta a esos actos si los consideraba contrarios al Tratado[435].

16) La importancia del silencio también depende de la situación jurídica con la que se relaciona la práctica ulterior de la otra parte y de la pretensión invocada. Así, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte Internacional de Justicia afirmó:

> Algunas de esas actividades —la organización de los servicios públicos de salud y de educación, las actividades policiales y la administración de justicia— podían considerarse normalmente actos de *soberanía*. No obstante, la Corte observa que, dado que existía un título preexistente del Camerún en esa zona, la pregunta jurídica pertinente que hay que hacerse es si existía, por consiguiente, una prueba de la aquiescencia del Camerún en lo que se refiere al traspaso del título a Nigeria[436] .

17) Este fallo indica que, en los casos relativos a tratados que delimitan una frontera, solo muy excepcionalmente las circunstancias requerirán alguna reacción con respecto a comportamientos contrarios a la delimitación. En estas situaciones parece haber una fuerte presunción de que el silencio o la inacción no constituyen aceptación de una práctica[437].

America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other, 16 de mayo de 1980, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIX, págs. 67 a 145, en especial págs. 103 y 104, párr. 31.

[431] Kamto, "La volonté de l'État en droit international" (véase la nota 154 *supra*), págs. 134 a 141; Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), pág. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 267; Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), pág. 431, párr. 22; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), págs. 599 a 602, párrs. 84 y 87.

[432] Por ejemplo, cuando actúan en el marco de una organización internacional: véanse *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo de 5 de diciembre de 2011, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 644 y ss., en especial págs. 675 y 676, párrs. 99 a 101; Kamto, "La volonté de l'État en droit international" (véase la nota 154 *supra*), pág. 136.

[433] *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, parte II, págs. 53 a 264.

[434] *Ibid*., pág. 187, párr. 169 a).

[435] *Ibid*., pág. 188, párr. 171.

[436] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 352, párr. 67.

[437] *Ibid*., pág. 351, párr. 64: "Sin embargo, la Corte observa que ahora que ha formulado sus conclusiones de que la frontera en el Lago Chad estaba delimitada [...], de ello se desprende

18) El valor del silencio o la inacción a los fines de determinar si existe un acuerdo acerca de la interpretación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Las decisiones de las cortes y tribunales internacionales demuestran que no es fácil establecer la aceptación de una práctica por una o más partes en razón de su silencio o inacción.

19) Las cortes y tribunales internacionales, por ejemplo, se han mostrado reacios a aceptar que los procesos parlamentarios o las sentencias de las cortes y tribunales nacionales sean considerados una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), ante la cual quepa esperar una reacción de las otras partes en el tratado, incluso si dichos procesos o sentencias llegaron a su conocimiento a través de otros canales, incluido su propio servicio diplomático[438].

20) Además, aun cuando una de las partes, a través de su comportamiento, ponga de manifiesto cierta posición con respecto a otra parte (o partes) acerca de la interpretación de un tratado, no necesariamente cabe esperar una reacción de la otra parte o partes. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la falta de reacción de un Estado ante las conclusiones formuladas por una comisión conjunta de expertos, a la cual las partes habían encomendado la tarea de dilucidar una situación fáctica concreta en relación con un hecho controvertido, no permitía concluir que se había alcanzado un acuerdo con respecto a dicha controversia[439]. El motivo fue que las partes habían considerado que la labor de los expertos era una etapa meramente preparatoria tras la cual se tomaría una decisión independiente a nivel político. En un plano más general, el Órgano de Apelación de la OMC ha sostenido que:

> en determinadas situaciones específicas, la "falta de reacción" o el silencio de determinada parte en un tratado pued[e] interpretarse, a la luz de las circunstancias del caso, como aceptación de la práctica seguida por otras partes en el tratado. Pueden ocurrir tales situaciones cuando una parte que no ha seguido una práctica ha tenido, o se le ha dado, conocimiento de la práctica de otras partes (por ejemplo, mediante notificación o por haber participado en un foro en que la práctica se discute) pero no reacciona frente a ella[440].

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha confirmado este enfoque. Teniendo en cuenta la práctica de los Estados en la interpretación de los artículos 56, 58 y 73 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Tribunal declaró:

> El Tribunal reconoce que la legislación nacional de varios Estados, no solo en la región de África Occidental, sino también en otras regiones del mundo, regula el aprovisionamiento de los buques extranjeros que pescan en sus zonas económicas exclusivas de manera comparable a la de Guinea-Bissau. El Tribunal observa asimismo que no hay ninguna objeción manifiesta a dicha legislación que, en general, se cumple[441].

21) Decisiones de cortes y tribunales nacionales han reconocido también que el silencio de una parte en un tratado solo puede interpretarse como aceptación "si las circunstancias

necesariamente que las actuaciones objetivas de Nigeria han de ser ciertamente evaluadas para determinar sus consecuencias jurídicas en calidad de actos *contra legem*"; véanse también *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 586, párr. 63; *Delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (véase la nota 343 *supra*), en especial pág. 181, párr. 70.

438 *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 22 *supra*), pág. 650, párr. 48; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R y Corr.1 y WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 334 ("el mero acceso a una sentencia publicada no puede equipararse a la aceptación"); véase también Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-104/16 P, *Consejo c. Frente Polisario* [2016], *Recopilación de Jurisprudencia* 973, párr. 118.

439 *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 22 *supra*), págs. 1089 a 1091, párrs. 65 a 68.

440 Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 438 *supra*), párr. 272 [se omite la nota].

441 *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)*, sentencia, *ITLOS Reports 2014*, párr. 218.

requieren algún tipo de reacción"[442]. A veces, esas circunstancias se han reconocido en determinados contextos cooperativos, por ejemplo en el marco de un tratado bilateral que prevé una forma particularmente estrecha de cooperación[443]. Esto puede ser diferente si el tipo de cooperación que se contempla en el tratado tiene lugar en el contexto de una organización internacional cuyas normas impiden recurrir a la práctica de las partes, y a su silencio, a los efectos de la interpretación[444].

22) El posible valor jurídico del silencio o la inacción ante una práctica ulterior de una parte en un tratado no se limita a su contribución a un posible acuerdo común subyacente, sino que puede también influir en el funcionamiento de normas que no se basen en el consentimiento, como la doctrina de los actos propios *(estoppel)*, la preclusión o la prescripción[445].

23) El acuerdo que conste entre las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), puede, en algún momento, darse por terminado. Las partes pueden sustituirlo por otro acuerdo de diferente alcance o contenido en virtud del artículo 31, párrafo 3. En este caso, el nuevo acuerdo sustituye al anterior como medio auténtico de interpretación a partir de la fecha de su existencia, al menos con efectos en el futuro[446]. No obstante, esas situaciones no se deben presumir a la ligera, ya que los Estados no suelen cambiar su interpretación de un tratado en función de consideraciones a corto plazo.

24) También es posible que surja una desavenencia entre las partes acerca de la interpretación del tratado después de haber alcanzado un acuerdo ulterior sobre dicha interpretación. No obstante, esta desavenencia normalmente no sustituirá al acuerdo ulterior previo, ya que el principio de la buena fe impide que una parte niegue simplemente las expectativas legítimas creadas por una interpretación común[447]. Por otro lado, las expresiones claras de rechazo de una de las partes de un entendimiento previo derivado de una práctica común "sí reducen significativamente la importancia de dicha práctica desde ese momento", sin restar importancia, no obstante, a la práctica común anterior[448].

Cuarta parte
Aspectos específicos

Conclusión 11
Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

1. Una conferencia de Estados partes, en el sentido del presente proyecto de conclusiones, es una reunión de partes en un tratado a los fines de examinar o aplicar el tratado, salvo cuando actúen en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado y, en su caso, del reglamento aplicable. Dependiendo de las circunstancias, dicha decisión puede

[442] Suiza, Tribunal Federal, sentencia de 17 de febrero de 1971, BGE, vol. 97 I, págs. 359 y ss., en especial págs. 370 y 371.

[443] Véase Estados Unidos, Tribunal Supremo, *O'Connor et ux. v. United States*, 479 U.S. 27, págs. 33 a 35; Alemania, Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE, vol. 59, págs. 63 y ss., en especial págs. 94 y 95.

[444] Véase Reino Unido, Tribunal Supremo: por una parte, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority* [2012] UKSC 22, párrs. 68 a 71 (Lord Phillips); y, por otra, *Bucnys v. Ministry of Justice, Lithuania* [2013] UKSC 71, párrs. 39 a 43 (Lord Mance).

[445] *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva de 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 182 (opinión disidente del Magistrado Spender).

[446] Hafner, "Subsequent agreements and practice..." (véase la nota 273 *supra*), pág. 118; esto significa que el efecto interpretativo de un acuerdo en virtud del artículo 31, párr. 3, no es necesariamente retroactivo a la fecha de la entrada en vigor del tratado, como sostiene Yasseen, "L'interprétation des traités..." (véase la nota 20 *supra*), pág. 47.

[447] Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (véase la nota 75 *supra*), pág. 151.

[448] *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial pág. 52, párr. 142.

constituir, explícita o implícitamente, un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), o dar lugar a una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), o a una práctica ulterior en virtud del artículo 32. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad no excluyente de opciones prácticas para la aplicación del tratado.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, en la medida en que exprese un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma y del procedimiento seguido para su adopción, incluida la adopción por consenso.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 11 se refiere a un tipo particular de actuación de los Estados que puede dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en virtud del artículo 32, a saber, las decisiones adoptadas en el marco de conferencias de Estados partes[449].

Párrafo 1 – definición de las conferencias de Estados partes

2) Las conferencias de Estados partes son una forma de participar en el proceso continuo de examen y aplicación de los tratados multilaterales[450]. En líneas generales, esas conferencias pueden dividirse en dos categorías básicas. En primer lugar, algunas conferencias son en realidad un órgano de una organización internacional en el que los Estados partes actúan en calidad de miembros de ese órgano (por ejemplo, las reuniones de las partes de la Organización Mundial del Comercio, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, o la Organización de Aviación Civil Internacional)[451]. Esas conferencias no están comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 11, que no se refiere a la práctica ulterior de organizaciones internacionales, o en el ámbito de organizaciones internacionales[452]. En segundo lugar, otras conferencias de Estados partes se convocan en relación con tratados que no establecen una organización internacional; más bien, el tratado simplemente prevé, o permite, la celebración de reuniones más o menos periódicas de las partes para su examen y aplicación. Esas conferencias de examen constituyen marcos para la cooperación de las partes y el comportamiento ulterior de estos en relación con el tratado. Cualquier tipo de conferencia de Estados partes también puede tener competencias específicas en relación con la enmienda y/o reforma de los tratados. Como ejemplo de ello, cabe citar el proceso de examen de la Conferencia de la Convención sobre las Armas Biológicas de 1972[453], la

[449] También se las conoce como “Reuniones de las Partes” o “Asambleas de los Estados partes”.

[450] Véanse V. Röben, “Conference (Meeting) of States Parties”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), pág. 605; R. R. Churchill y G. Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), págs. 623 a 659; J. Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), págs. 1 a 52; A. Wiersema, “The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31 (2009), págs. 231 a 287; L. Boisson de Chazournes, “Environmental treaties in time”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), págs. 293 a 298.

[451] Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (1994) (véase la nota 66 *supra*); Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (1993) (véase la nota 164 *supra*); Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago, 1944), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 102, pág. 295.

[452] Véase el proyecto de conclusión 12 *infra*.

[453] Véase la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (1972), (véase la nota 163 *supra*), art. XI. Con arreglo a este mecanismo, una conferencia de los Estados partes en la Convención se reunirá para “examinar la aplicación de la Convención para asegurarse de que se están cumpliendo los fines del preámbulo y las disposiciones de la Convención [...] En ese examen se

Conferencia de examen con arreglo al artículo VIII, párrafo 3, del Tratado sobre la No Proliferación de 1968[454], y las conferencias de las partes establecidas por tratados internacionales sobre el medio ambiente[455]. La Comisión Ballenera Internacional, establecida en virtud de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena[456], es un caso límite entre las dos categorías básicas de conferencias de Estados partes, y su práctica ulterior se examinó en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*[457].

3) Habida cuenta de que suelen ser establecidas por tratados, las conferencias de Estados partes son, en cierto sentido, "órganos creados en virtud de tratados". Sin embargo, no deben confundirse con los órganos integrados por expertos independientes (véase el proyecto de conclusión 13) o los órganos con un número limitado de miembros. Las conferencias de Estados partes son reuniones más o menos periódicas abiertas a todas las partes en un tratado. Pueden ser establecidas por tratados con una adhesión universal y por tratados con un número de miembros más limitado.

4) A fin de reconocer la gran variedad de conferencias de Estados partes y las normas por las que se rigen, el párrafo 1 establece una amplia definición del concepto de "conferencia de Estados partes" a los efectos del presente proyecto de conclusiones, que solo excluye la actuación de los Estados en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional (que será objeto de un proyecto de conclusión ulterior). El concepto también incluye las conferencias de las partes de un tratado cuyas partes no son solo Estados.

Párrafo 2, primera oración – efecto jurídico de las decisiones

5) La primera oración del párrafo 2 reconoce que la importancia jurídica de los actos realizados por las conferencias de Estados partes depende, en primer lugar, de las normas que rigen las conferencias de Estados partes, en particular del tratado constitutivo y del reglamento aplicable. Las conferencias de Estados partes realizan diversos actos, como el examen de la aplicación del tratado, el examen del tratado en sí, y la adopción de decisiones en el marco de procedimientos de enmienda[458].

---

tendrán en cuenta todas las nuevas realizaciones científicas y tecnológicas que tengan relación con la Convención" (art. XII).

454 Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (1968), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 729, núm. 10485, pág. 161; en el artículo VIII, párr. 3, se establece que cinco años después de la entrada en vigor del Tratado y, si así se decide, en lo sucesivo a intervalos de cinco años, se celebrará una conferencia "a fin de examinar el funcionamiento de este Tratado para asegurarse que se están cumpliendo los fines del Preámbulo y las disposiciones del Tratado". Mediante esas decisiones, los Estados partes examinan la aplicación del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, artículo por artículo, y formulan conclusiones y recomendaciones sobre medidas de seguimiento.

455 Un ejemplo es la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107), la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Protocolo de Kyoto, 1997) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162) y la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar, 1971) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 996, núm. 14583, pág. 245).

456 A menudo se dice que en la Convención se establece una organización internacional, pero la cuestión no es tan clara, y la Convención atribuye a la Comisión Ballenera Internacional ciertas características que se encuadran en la definición actual de Conferencia de Estados partes.

457 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párr. 46.

458 Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas: art. 6, párr. 1, sobre las competencias de examen, y art. 10 *bis*, sobre las enmiendas; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: art. 7, párr. 2, sobre las competencias de examen, y art. 15, sobre las enmiendas; Protocolo de Kyoto, art. 13, párr. 4, sobre las competencias de examen de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, y art. 20, sobre los procedimientos de enmienda; Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Naciones Unidas, *Treaty Series*,

6) Las competencias de las conferencias de Estados partes pueden estar previstas en cláusulas generales, en disposiciones específicas o en ambas. Por ejemplo, el artículo 7, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático comienza con la siguiente formulación general, antes de enumerar 13 tareas específicas de la Conferencia, una de las cuales se refiere al examen de las obligaciones de las Partes en el tratado:

> La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención.

7) Diversos tratados contienen disposiciones específicas en que se hace referencia a una conferencia de las partes que propondrá "directrices" para la aplicación de determinadas disposiciones del tratado[459] o determinará "los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes" para un plan de aplicación del tratado[460].

8) Los procedimientos de enmienda (en un sentido amplio del término) pueden ser procedimientos que permiten enmendar el texto principal del tratado (cuyo resultado en la mayoría de los casos debe ser ratificado por los Estados partes con arreglo a los procedimientos establecidos en sus constituciones), y procedimientos de aceptación tácita y renuncia expresa[461], que suelen aplicarse a los anexos y apéndices, que contienen listas de sustancias, especies u otros elementos que es necesario actualizar periódicamente[462].

9) Como punto de partida, en el párrafo 2 se establece que el efecto jurídico de una decisión adoptada en una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado en cuestión y, en su caso, del reglamento aplicable. El término "principalmente" deja margen para las normas subsidiarias, "salvo" o "a menos" que "el tratado disponga otra cosa" (véanse, por ejemplo, los artículos 16, 20, 22, párrafo 1, 24, 70, párrafo 1, y 72, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969). La expresión "en su caso" aclara que el reglamento de la conferencia de Estados partes, cuando exista, se aplicará teniendo en cuenta que puede haber situaciones en que las conferencias lleven a cabo su labor sin haber aprobado específicamente un reglamento[463].

Párrafo 2, segunda oración – las decisiones pueden constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior

10) La segunda oración del párrafo 2 reconoce que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior para la interpretación de los tratados en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes pueden desempeñar una función importante en la determinación del acuerdo común de las partes en cuanto al sentido del tratado.

---

vol. 993, núm. 14537, pág. 243), art. XI, sobre la Conferencia de las Partes, y art. XVII, sobre los procedimientos de enmienda; Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares; Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2302, núm. 41032, pág. 166), art. 23, párr. 5 (competencias de examen), art. 28 (enmiendas) y art. 33 (protocolos).

459 Artículos 7 y 9 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco.

460 El artículo 17 del Protocolo de Kyoto es un ejemplo; véanse Churchill y Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements..." (nota 450 *supra*), pág. 639; J. Brunnée, "Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements", en *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum y V. Röben (eds.) (Berlín, Springer, 2005), págs. 110 a 115.

461 Véase J. Brunnée, "Treaty amendments", en Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (nota 413 *supra*), págs. 354 a 360.

462 *Ibid*.

463 Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

11) Las decisiones de las conferencias de Estados partes, entre otras cosas, pueden constituir o reflejar acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), por los cuales las partes interpretan el tratado básico. Por ejemplo, la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre las Armas Biológicas ha adoptado periódicamente "acuerdos adicionales" sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención. Esos acuerdos han sido adoptados por los Estados partes en el marco de las conferencias de examen, por consenso, y "han abordado todos los artículos del tratado para responder a inquietudes concretas a medida que se planteaban"[464]. Mediante esos acuerdos, los Estados partes interpretan las disposiciones de la Convención definiendo, especificando o explicando de algún otro modo el sentido y alcance de las disposiciones, así como adoptando directrices sobre su aplicación. La Dependencia de Apoyo a la Aplicación de la Convención sobre las Armas Biológicas[465] define un "acuerdo adicional" como aquel que:

i) Interpreta, define o explica el significado o alcance de una disposición de la Convención; o

ii) Da instrucciones, directrices o recomendaciones sobre cómo aplicar una disposición[466].

12) De manera análoga, la Conferencia de los Estados partes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (Convenio de Londres sobre Vertimiento)[467] ha aprobado resoluciones que interpretan ese instrumento. La Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, a petición de los órganos rectores, formuló la siguiente observación con respecto a una "resolución interpretativa" de la Conferencia de los Estados partes en el Convenio de Londres sobre Vertimiento:

> Según el artículo 31, párrafo 3 a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...], para los efectos de la interpretación de un tratado habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes. El artículo no prevé una forma específica de acuerdo ulterior en que deba figurar dicha interpretación, lo que parece indicar que, siempre que la intención sea clara, la interpretación podría asumir distintas formas, como la adopción de una resolución en una reunión de las Partes, o incluso una decisión registrada en las actas resumidas de una reunión de las Partes[468].

13) En esa misma línea, el Asesor Jurídico de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha manifestado en términos generales que:

> Las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes, órgano supremo que integra a todas las Partes en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, ciertamente constituyen un "acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la interpretación del tratado", tal y como establece el artículo 31 de la Convención de Viena[469].

---

[464] Véase P. Millett, "The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15 (2010), págs. 25 a 43, en especial pág. 33.

[465] La Dependencia de Apoyo a la Aplicación fue creada por la Conferencia de los Estados partes para prestar apoyo administrativo a la Conferencia de Examen y promover las medidas de fomento de la confianza entre los Estados partes (véase el Documento Final de la Sexta Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.VI/6), parte III (Decisiones y recomendaciones), párr. 5).

[466] Véase el documento informativo presentado por la Dependencia de Apoyo a la Aplicación, preparado para la Séptima Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención, titulado "Entendimientos y acuerdos adicionales alcanzados en Conferencias de Examen anteriores relativos a cada artículo de la Convención" (BWC/CONF.VII/INF.5) (actualizado para incluir los entendimientos y acuerdos alcanzados en esa Conferencia, Ginebra, 2012).

[467] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1046, núm. 15749, pág. 120.

[468] Punto 4 del orden del día (Fertilización de los océanos), presentado por la Secretaría en relación con los requisitos de procedimiento relativos a una decisión sobre una resolución interpretativa: observaciones de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, documento LC 33/J/6, párr. 3.

[469] Véase Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Órgano de Negociación Intergubernamental de un Protocolo sobre Comercio Ilícito de Productos de Tabaco,

14) Los autores también han interpretado que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir acuerdos ulteriores[470] y al respecto han señalado lo siguiente:

> Esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes en sí mismas, pero pueden tener relevancia desde el punto de vista jurídico, especialmente como fuente de interpretación autorizada del tratado[471].

15) En relación con la función desempeñada por la Comisión Ballenera Internacional en el marco de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

> El artículo VI de la Convención establece que "[l]a Comisión podrá, llegado el caso, hacer recomendaciones a alguno o algunos de los Gobiernos contratantes, o a todos ellos, en cualesquiera materias relativas a ballenas o a la caza de ballenas y a los objetivos y fines de la presente Convención". Esas recomendaciones, que asumen la forma de resoluciones, no son vinculantes. Sin embargo, cuando se las adopta por consenso o por unanimidad de votos, pueden ser pertinentes para la interpretación de la Convención o su anexo[472].

16) Los ejemplos que figuran más abajo, extraídos de la práctica de las conferencias de Estados partes, respaldan la afirmación de que las decisiones adoptadas por esas conferencias pueden constituir acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a).

17) El artículo I, párrafo 1, de la Convención sobre las Armas Biológicas establece que cada Estado parte se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia:

> Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos.

18) En la Tercera Conferencia de Examen (1991), los Estados partes señalaron que las prohibiciones establecidas en esta disposición se referían a "agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxínicos perjudiciales para las plantas y los animales, así como para el ser humano".[473]

19) El artículo 4, párrafo 9, del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono[474] ha suscitado un debate sobre el significado de la expresión "Estado que no sea parte en este Protocolo". De conformidad con esa disposición:

> A los efectos del presente artículo, la expresión "Estado que no sea parte en este Protocolo" incluirá, por lo que respecta a cualquier sustancia controlada, a todo Estado u organización de integración económica regional que no haya convenido en

"Texto revisado propuesto por el Presidente para un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, y debate general: Asesoramiento jurídico sobre el ámbito de aplicación del protocolo", nota del Asesor Jurídico de la OMS relativa al ámbito de aplicación del protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco (FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6), anexo, párr. 8; S. F. Halabi, "The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39 (2010), págs. 121 a 183.

[470] D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 83 (en relación con el Tratado sobre la No Proliferación); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 142 *supra*), págs. 213 y 214.

[471] B. M. Carnahan, "Treaty review conferences", *American Journal of International Law*, vol. 81 (1987), págs. 226 a 230, en especial pág. 229.

[472] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párr. 46.

[473] Declaración Final de la Tercera Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, Ginebra, 9 a 27 de septiembre de 1991 (BWC/CONF.III/23, parte II).

[474] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369, pág. 3.

aceptar como vinculantes las medidas de control vigentes en relación con dicha sustancia.

20) En el caso de los hidroclorofluorocarbonos, dos enmiendas pertinentes del Protocolo de Montreal[475] imponen obligaciones que suscitaron la duda de si para que un Estado "no sea parte en este Protocolo" debe no serlo en ninguna de esas dos enmiendas. La Reunión de las Partes decidió que:

> La expresión "Estado que no sea Parte en este Protocolo" incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing[476].

21) Si bien los actos que son consecuencia de un procedimiento de aceptación tácita[477] no constituyen, como tales, acuerdos ulteriores de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), pueden, en ciertas circunstancias y además de surtir el efecto primario establecido en el tratado, implicar la celebración de dicho acuerdo ulterior. Un ejemplo de ello son algunas de las decisiones de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Londres sobre Vertimiento. En su 16ª reunión, celebrada en 1993, la Reunión Consultiva de las Partes Contratantes aprobó tres enmiendas al anexo I mediante el procedimiento de aceptación tácita previsto en el Convenio[478]. En sí mismas, esas enmiendas no constituyen acuerdos ulteriores. Sin embargo, también implican una amplia variedad de interpretaciones del tratado al que se refieren[479]. La enmienda hace referencia a una resolución que fue aprobada por la Reunión Consultiva celebrada tres años antes, en que se había determinado

---

[475] Enmienda de Copenhague al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1785, núm. 26369, pág. 516; y Enmienda de Beijing al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (1999), *ibid*., vol. 2173, núm. 26369, pág. 183.

[476] Para más información, véase la decisión XV/3 relativa a las obligaciones de las Partes en la Enmienda de Beijing de 1999 dimanantes del artículo 4 del Protocolo de Montreal en relación con los hidroclorofluorocarbonos; la propia definición se ha formulado de la siguiente manera: "a) La expresión 'Estado que no sea parte en este Protocolo' que figura en el párrafo 9 del artículo 4 no se aplicará a los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo hasta el 1 de enero de 2016, fecha en que, con arreglo a lo dispuesto en las Enmiendas de Copenhague y de Beijing, entrarán en vigor las medidas de control de la producción y el consumo de hidroclorofluorocarbonos para los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo; b) La expresión 'Estado que no sea parte en este Protocolo' incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing; c) Reconociendo, sin embargo, las dificultades prácticas que plantean las fechas fijadas para adoptar la interpretación expuesta más arriba de la expresión 'Estado que no sea parte en este Protocolo', se aplicará lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 a menos que, antes del 31 de marzo de 2004, ese Estado: i) Haya notificado a la Secretaría su intención de ratificar o aceptar la Enmienda de Beijing, o de adherirse a ella, lo antes posible; ii) Haya certificado que cumple cabalmente lo dispuesto en los artículos 2, 2A a 2G y 4 del Protocolo en su forma modificada por la Enmienda de Copenhague; iii) Haya presentado a la Secretaría datos en relación con lo expuesto en los apartados i) y ii) *supra*, que deberán actualizarse el 31 de marzo de 2005, en cuyo caso ese Estado quedará fuera de la definición de 'Estado que no sea parte en este Protocolo' hasta la conclusión de la 17ª Reunión de las Partes" (Informe de la 15ª Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (UNEP/OzL.Pro.15/9), cap. XVIII, secc. A, decisión XV/3, párr. 1).

[477] Véase el párrafo 8) del presente comentario *supra*.

[478] Véase la 16ª Reunión Consultiva de las Partes Contratantes, celebrada en Londres, y las resoluciones LC.49 (16), LC.50 (16) y LC.51 (16) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1775, núm. 15749, pág. 395). En primer lugar, la Reunión decidió enmendar la eliminación gradual del vertimiento de desechos industriales a más tardar el 31 de diciembre de 1995. En segundo lugar, prohibió la incineración en el mar de desechos industriales y lodos de aguas residuales. Por último, decidió sustituir el párrafo 6 del anexo I y prohibir el vertimiento de desechos radiactivos u otras materias radiactivas (véase también "Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972", *Focus on IMO* (julio de 1997), pág. 11).

[479] Se ha sostenido que estas enmiendas al anexo I del Convenio de Londres sobre Vertimientos "constituyen cambios fundamentales al Convenio" (véase Churchill y Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements..." (nota 450 *supra*), pág. 638).

que las partes estaban de acuerdo en que "[e]l Convenio de Londres sobre Vertimiento es el órgano adecuado para ocuparse de la cuestión de la evacuación de desechos radiactivos de baja actividad en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar"[480], y se basa en esa resolución. Se ha señalado que la resolución "amplía efectivamente la definición de 'vertimiento' del Convenio al establecer que el término abarca la evacuación de desechos en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar, aunque no por tierra mediante la excavación de túneles"[481]. Así pues, la enmienda confirmó que la resolución interpretativa constituía un acuerdo ulterior sobre la interpretación del tratado.

22) El artículo 17, párrafo 5, del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación[482] establece que "[l]as enmiendas [...] entrarán en vigor, respecto de las Partes que las hayan aceptado, el nonagésimo día después de la fecha en que el Depositario haya recibido el instrumento de su ratificación, aprobación, confirmación formal o aceptación por tres cuartos, como mínimo, de las Partes que [las] hayan aceptado [...]". A raíz de una iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza, la Conferencia de las Partes decidió aclarar el requisito de la aceptación por tres cuartos de las Partes y convino en que:

> sin perjuicio de otros acuerdos ambientales multilaterales, el párrafo 5 del artículo 17 del Convenio de Basilea se interprete en el sentido de que, para que la enmienda entre en vigor, deben aceptarla tres cuartos de los países que eran Partes en el momento de su aprobación y hace notar que esta interpretación del párrafo 5 del artículo 17 no obliga a ninguna Parte a ratificar la Enmienda sobre la prohibición[483].

Las partes adoptaron esa decisión sobre la interpretación del artículo 17, párrafo 5, por consenso, y muchos Estados partes destacaron que la conferencia de las partes en cualquier convenio era "la autoridad máxima en cuanto a su interpretación"[484]. Aunque de ello parece desprenderse que la decisión constituye un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), la decisión se tomó tras debatir si era necesaria una enmienda formal al Convenio para alcanzar ese resultado[485]. Cabe señalar también que la delegación del Japón, pidiendo que sus palabras se reflejaran en el informe de la Conferencia, dijo que "respaldaba el criterio del 'momento actual' adoptado para interpretar las disposiciones del Convenio relativas a la entrada en vigor de las enmiendas, que se describían en la opinión jurídica proporcionada por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas como Depositario[486], y había aceptado el criterio del momento actual enunciado en la decisión sobre la iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza *solo en este caso en particular*"[487].

---

480 OMI, informe de la 13ª Reunión Consultiva de las Partes Contratantes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, LDC 13/15, anexo 7, resolución LDC.41 (13), párr. 1.

481 Churchill y Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements..." (véase la nota 450 *supra*), pág. 641.

482 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1673, núm. 28911, pág. 57.

483 Véase el informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación sobre la labor de su décima reunión (Cartagena (Colombia), 17 a 21 de octubre de 2011), UNEP/CHW.10/28, anexo 1, Decisión BC-10/3 (Iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea), párr. 2.

484 *Ibid.*, cap. III.A, párr. 65.

485 Véase G. Handl, "International 'lawmaking' by conferences of the parties and other politically mandated bodies", en Wolfrum y Röben, *Developments of International Law in Treaty Making* (nota 460 *supra*), págs. 127 a 143, en especial pág. 132.

486 De conformidad con el "criterio del momento actual" empleado por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, cuando un tratado no especifica nada o no es claro al respecto, "[l]a práctica del Secretario General es calcular el número de aceptaciones teniendo en cuenta el número de partes en el tratado en el momento en que se depositó cada instrumento de aceptación de una enmienda". Véanse los fragmentos extraídos del memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas de fecha 8 de marzo de 2004, disponibles en inglés en www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

487 Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea... (véase la nota 483 *supra*), párr. 68 (sin cursiva en el original).

23) Los ejemplos anteriores demuestran que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden, en ciertas circunstancias, constituir acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a). Esas decisiones también pueden originar una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), o una práctica ulterior en virtud del artículo 32 si no reflejan el acuerdo de las partes. No obstante, el correspondiente carácter de una decisión de una conferencia de Estados partes siempre ha de determinarse cuidadosamente. A tal fin, es preciso tener en cuenta la especificidad y la claridad de los términos elegidos a la luz del texto de la decisión de la conferencia de Estados partes en su conjunto, su objeto y finalidad y la forma en que se aplica. A menudo, las partes no tienen la intención de que tal decisión tenga particular trascendencia.

Párrafo 2, tercera oración – las decisiones pueden ofrecer una diversidad de opciones prácticas

24) La última oración del párrafo 2 del proyecto de conclusión 11 recuerda al intérprete que las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad de opciones prácticas para la aplicación del tratado. Esas decisiones no constituyen necesariamente un acuerdo ulterior o una práctica ulterior a los efectos de la interpretación del tratado, aunque se hayan adoptado por consenso. De hecho, las conferencias de Estados partes a menudo no tratan explícitamente de resolver o abordar cuestiones relacionadas con la interpretación de un tratado.

25) A título de ejemplo, cabe referirse a una decisión adoptada por la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Los artículos 9 y 10 del Convenio se centran en la reglamentación del contenido de los productos de tabaco y la reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco, respectivamente. Habida cuenta de que esas medidas requieren cuantiosos recursos financieros, en la sección dedicada a las "Consideraciones de orden práctico" en relación con la aplicación de los artículos 9 y 10, los Estados partes acordaron "algunas opciones que las Partes, si lo juzgaran oportuno, podrían utilizar", a saber:

a) impuestos sobre el tabaco para fines específicos;

b) derechos por expedición de licencias de fabricación y/o importación de tabaco;

c) derechos por registro de productos de tabaco;

d) expedición de licencias a distribuidores y/o minoristas de tabaco;

e) sanciones por incumplimiento impuestas a la industria tabacalera y a los minoristas de tabaco; y

f) derechos anuales para las actividades de vigilancia del tabaco (industria tabacalera y minoristas)[488].

Esa decisión contiene una enumeración no exhaustiva de opciones prácticas para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio. Ahora bien, las partes acordaron implícitamente de ese modo que las "opciones" enumeradas serían, en general, compatibles con el Convenio.

Párrafo 2 en su totalidad

26) De lo anterior se desprende que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden producir distintos efectos jurídicos. A menudo esas decisiones no pretenden ser en sí mismas un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), porque su objeto no es constituir una declaración acerca de la interpretación del tratado. En otros casos las partes dejan suficientemente claro que la decisión de la conferencia de Estados partes refleja el

[488] Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco *(Reglamentación del contenido de los productos de tabaco y de la divulgación de información sobre los productos de tabaco)*, FCTC/COP4(10), anexo, aprobadas en la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Punta del Este (Uruguay), 15 a 20 de noviembre de 2010), en FCTC/COP/4/DIV/6, pág. 49.

acuerdo al que han llegado acerca de la interpretación del tratado. También pueden producir efectos conjuntamente con una obligación jurídica de cooperar con arreglo al tratado, "por lo que las partes deben tener debidamente en cuenta" dicha decisión[489]. En cualquier caso, no puede afirmarse simplemente que, porque un tratado no reconozca a la conferencia de Estados partes competencia para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, sus decisiones sean necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico y constituyan solamente compromisos políticos[490].

27) En último término, el efecto de las decisiones de las conferencias de Estados partes depende de las circunstancias concretas de cada caso en particular y esas decisiones deben interpretarse adecuadamente. Un elemento importante puede ser si los Estados partes aplican uniformemente o sin cuestionamientos el tratado tal como ha sido interpretado por la decisión de la conferencia de Estados partes. La práctica discordante tras la adopción de una decisión por la conferencia de Estados partes puede ser indicio de que los Estados no asumen que la decisión constituya un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a)[491]. Las decisiones de la conferencia de Estados partes que no pueden ser consideradas acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), ni práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), pueden, sin embargo, constituir un medio de interpretación subsidiario en virtud del artículo 32[492].

Párrafo 3 – un acuerdo acerca de la interpretación del tratado

28) El párrafo 3 establece el principio de que los acuerdos entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado en virtud del artículo 31, párrafo 3, han de referirse al contenido de dicho tratado. Así pues, lo importante es el fondo del acuerdo expresado en la decisión de la conferencia de Estados partes, y no la forma o el procedimiento por el que se llega a esa decisión. Los actos que se originan en las conferencias de Estados partes pueden tener distintas formas y designaciones y ser el resultado de procedimientos distintos. Las conferencias de Estados partes pueden incluso llevar a cabo su labor sin un reglamento aprobado formalmente[493]. Si la decisión de la conferencia de Estados partes se basa en una votación unánime en la que participan todas las partes, es evidente que puede constituir un "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), siempre que esa decisión sea "acerca de la interpretación del tratado".

29) No obstante, las decisiones de las conferencias de Estados partes sobre las funciones de examen y aplicación suelen adoptarse por consenso. Esta práctica resulta de reglamentos que normalmente exigen que los Estados partes hagan todo lo posible para lograr un consenso en lo que respecta a las cuestiones sustantivas. Un ejemplo temprano de ello

---

489 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 257, párr. 83.

490 *Ibid*., pág. 248, párr. 46.

491 Véase el comentario al proyecto de conclusión 10, párrs. 23) y 24), *supra*.

492 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226 (opinión separada de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, pág. 454, párr. 4: "Observo que las resoluciones aprobadas en una votación de la Comisión Ballenera Internacional tienen algunas consecuencias, aunque no encajen dentro del ámbito de aplicación del artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena").

493 La Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático aplica provisionalmente el proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios (FCCC/CP/1996/2), con excepción del proyecto de artículo 42 en el capítulo sobre "Votaciones", ya que hasta el momento no se ha alcanzado un acuerdo respecto de las dos alternativas de votación posibles planteadas, véanse Informe de la Conferencia de las Partes sobre su primer período de sesiones (28 de marzo a 7 de abril de 1995) (FCCC/CP/1995/7), pág. 8, párr. 10, e Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 19º período de sesiones (11 a 23 de noviembre de 2013) (FCCC/CP/2013/10), págs. 6 y 7, párr. 4; de manera análoga, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79) tampoco aprobó el artículo 40, párrafo 1, del reglamento, relativo a las votaciones, "debido a la falta de consenso entre las Partes respecto a la mayoría requerida para adoptar decisiones sobre cuestiones de fondo", véase el Informe de la 11ª Reunión de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (8 a 19 de octubre de 2012) (UNEP/CBD/COP/11/35), párr. 65.

puede encontrarse en el Reglamento Provisional de la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre las Armas Biológicas. De conformidad con el artículo 28, párrafo 2:

> Como la tarea de la Conferencia encargada del examen de la Convención es examinar el funcionamiento de la Convención con miras a asegurar que se realicen los propósitos del preámbulo y las disposiciones de la Convención, para reforzar así la eficacia de esta, debería hacerse todo lo posible por llegar a un acuerdo sobre las cuestiones de fondo por consenso. No debería haber votaciones sobre esas cuestiones hasta que se hayan agotado todos los esfuerzos por lograr un consenso[494].

Esta fórmula, con algunas variaciones menores, ha pasado a ser la norma en los procedimientos de toma de decisiones sustantivas de las conferencias de Estados partes.

30) A fin de disipar cualquier preocupación acerca de las decisiones adoptadas por consenso, se añadió la expresión "incluida la adopción por consenso" al final del párrafo 3 para descartar la idea de que cualquier decisión adoptada por consenso equivaldría necesariamente a un acuerdo sustantivo. De hecho, el consenso no es un concepto que necesariamente indique que existe algún grado de acuerdo sobre el fondo de la cuestión. Según el documento *Comentarios sobre Cuestiones de Procedimiento*, publicado por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 60/286 de la Asamblea General[495], de 8 de septiembre de 2006:

> Generalmente se entiende por consenso un proceso de toma de decisiones consistente en llegar a una decisión sin que se formulen objeciones formales y sin someter la cuestión a votación. Sin embargo, el consenso no refleja necesariamente "unanimidad" de opinión respecto de la cuestión de fondo. El término se usa para describir la práctica que consiste en hacer todo lo posible por llegar a un consenso general sin que ninguna delegación objete expresamente a que se registre dicho consenso[496].

31) De ello se desprende que la adopción por consenso no es una condición suficiente para que conste un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) o b). Los reglamentos de las conferencias de Estados partes por lo general no recogen ninguna indicación acerca de los posibles efectos jurídicos que pueda tener una resolución en cuanto acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), o práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b). Esos reglamentos solo determinan la forma en que las conferencias de Estados partes adoptan sus decisiones, no sus posibles efectos jurídicos como acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3. Aunque los acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), no tienen que ser vinculantes en sí mismos, la Convención de Viena de 1969 les atribuye efectos jurídicos en virtud del artículo 31 cuando existe un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado que la distinción entre la forma de una decisión colectiva y el acuerdo sobre el fondo es relevante en ese contexto[497].

32) El hecho de que algunas decisiones, pese a haberse adoptado por consenso, no pueden constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), es especialmente cierto cuando uno o varios Estados partes se han opuesto a ese consenso.

---

[494] Véase el artículo 28, párrafo 2, del reglamento provisional de la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, celebrada en Ginebra del 3 al 21 de marzo de 1980 (BWC/CONF.I/2).

[495] Véase la resolución 60/286 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2006, sobre la revitalización de la Asamblea General, en que se pide a la Secretaría de las Naciones Unidas "que ponga a disposición del público los precedentes y la práctica previa sobre los reglamentos y las prácticas de los órganos intergubernamentales de la Organización" (anexo, párr. 24).

[496] Véase "Consensus in UN practice: General", documento preparado por la Secretaría, que puede consultarse en http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf; véase también R. Wolfrum y J. Pichon, "Consensus", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párrs. 3, 4 y 24.

[497] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 257, párr. 83.

33) Por ejemplo, en su Sexta Reunión, celebrada en 2002, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica trabajó en la formulación de principios de orientación para la prevención, introducción y mitigación de impactos de especies exóticas que amenazan los ecosistemas, los hábitats o las especies[498]. Tras varios intentos fallidos por llegar a un acuerdo, la Presidenta de la Conferencia de las Partes propuso que se adoptara la decisión y que se dejara constancia en el informe final de la reunión de las reservas que Australia había planteado. No obstante, el representante de Australia reiteró que no podía aceptar los principios de orientación y que "su objeción explícita seguía en pie"[499]. La Presidenta declaró cerrado el debate y dijo que, "siguiendo la práctica establecida", quedaba adoptada la decisión sin someterla a votación, pero aclaró que las objeciones de los Estados discrepantes se reflejarían en el informe final de la reunión. Tras la adopción de la decisión, Australia reiteró su parecer de que el consenso constituye adopción sin objeción explícita y expresó sus inquietudes respecto de la legalidad de la adopción del proyecto de decisión. De resultas de todo ello, se añadió una nota a pie de página a la decisión VI/23 en la que se indica que "[d]urante el proceso de adopción de esta decisión, un representante formuló una objeción explícita y recalcó que estimaba que la Conferencia de las Partes no podía aprobar legítimamente una moción o texto existiendo una objeción explícita"[500].

34) Ante esta situación, el Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica solicitó una opinión jurídica del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas[501], quien respondió[502] que una parte podía "disociarse del fondo o del texto [...] del documento, indicar que el haberse llegado a un consenso no constituye aceptación del fondo ni del texto ni de partes del documento y/o presentar cualquier otra restricción respecto de la posición de su Gobierno sobre el fondo o el texto [...] del documento"[503]. Así pues, queda claro que se puede adoptar una decisión por consenso pese al desacuerdo de uno o varios Estados partes respecto del fondo de la decisión.

35) La decisión relacionada con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y una decisión similar adoptada en Cancún en 2010 por la Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto de la Convención sobre el Cambio Climático (a pesar de la objeción de Bolivia)[504] plantean la importante cuestión de qué hay que entender por "consenso"[505]. No obstante, esta cuestión, que no entra dentro de los límites del presente tema, ha de distinguirse de la cuestión de si todas las partes en un tratado han llegado a un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación de ese tratado en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b). Las decisiones de las conferencias de Estados partes que no reflejan un acuerdo sustantivo entre todas las partes no pueden considerarse acuerdos en virtud del artículo 31, párrafo 3, aunque pueden ser "otra práctica ulterior" en virtud del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3).

36) Una cuestión diferente es la de los efectos jurídicos de la decisión de una conferencia de Estados partes que constituye un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3. En 2011 se pidió a la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI que "asesor[ara] a los

[498] Véase el informe de la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (UNEP/CBD/COP/6/20), anexo I, decisión VI/23.

[499] *Ibid*., párr. 313.

[500] *Ibid*., párr. 318; el debate figura en los párrs. 294 a 324.

[501] La solicitud puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, documento SCBD/SEL/DBO/30219 (6 de junio de 2002).

[502] Carta de fecha 17 de junio de 2002, enviada por fax.

[503] *Ibid*.

[504] Véase el informe de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto sobre su sexto período de sesiones, celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010 (FCCC/KP/CMP/2010/12 y Add.1), decisión 1/CMP.6 (Los Acuerdos de Cancún: Resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre los nuevos compromisos de las Partes del anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto en su 15º período de sesiones); y decisión 2/CMP.6 (Los Acuerdos de Cancún: Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura); así como las deliberaciones de la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, párr. 29.

[505] Véase Nolte, "Subsequent agreements and subsequent practice of States..." (nota 62 *supra*), págs. 372 a 377.

órganos rectores [...] sobre los requisitos de procedimiento relacionados con la adopción de una decisión sobre una resolución interpretativa y, en particular, si sería necesario llegar a un consenso para tomar esa decisión o no"[506]. En su respuesta, la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, si bien confirmó que una resolución de la Conferencia de los Estados Partes podía, en principio, constituir un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), indicó a los órganos rectores que aun cuando la Conferencia adoptara una decisión por consenso, ello no significaría que la decisión fuera a ser vinculante para todas las partes[507].

37) Aun cuando parte del presupuesto erróneo de que un "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), solo sería vinculante "como un tratado o una enmienda a un tratado"[508], la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, en su opinión, llega a la conclusión correcta de que, aunque la decisión adoptada por consenso por una conferencia de Estados partes constituya un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación, no es (necesariamente) vinculante para las partes[509]. Más bien, como ha señalado la Comisión, un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), es solo uno de los distintos medios de interpretación a tener en cuenta en el proceso de interpretación[510].

38) Así pues, las resoluciones interpretativas de las conferencias de Estados partes, aunque no sean jurídicamente vinculantes por sí mismas, pueden, no obstante, constituir acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), si hay indicios suficientes para suponer que esa fue la intención de las partes cuando adoptaron la decisión, o si, por la práctica ulterior de las partes, consta la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación del tratado[511]. El intérprete ha de atribuir el peso que corresponda a una resolución interpretativa de esa índole en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), pero puede no considerarla jurídicamente vinculante[512].

Conclusión 12
Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

1. Los artículos 31 y 32 son aplicables a los tratados que sean el instrumento constitutivo de una organización internacional. Por consiguiente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de esos tratados, y la práctica ulterior en virtud del artículo 32 puede serlo.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, o la práctica ulterior en virtud del artículo 32 pueden provenir, o ser expresión, de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo.

3. La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31 y 32.

4. Los párrafos 1 a 3 son aplicables a la interpretación de cualquier tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización.

[506] OMI, informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo Interperíodos sobre la Fertilización de los Océanos (LC 33/4), párr. 4.15.2.
[507] OMI, documento LC 33/J/6, (véase la nota 468 *supra*), párr. 3.
[508] *Ibid*., párr. 8.
[509] Véase el comentario al proyecto de conclusión 10, párrs. 9) a 11), *supra*.
[510] Comentario al proyecto de conclusión 3, párr. 4), *supra*.
[511] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226, opinión separada del Magistrado Greenwood, págs. 407 y 408, párr. 6, y opinión separada de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, págs. 453 y 454, párr. 4.
[512] Véase el comentario al proyecto de conclusión 3, párr. 4), *supra*.

Comentario

Aspectos generales

1) El proyecto de conclusión 12 se refiere a un determinado tipo de tratado, a saber, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y a la forma en que los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior deberán o podrán tenerse en cuenta para su interpretación con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969.

2) Los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales se abordan de manera específica en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969, que dispone lo siguiente:

> La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización[513].

3) Al igual que cualquier tratado, un instrumento constitutivo de una organización internacional en el sentido del artículo 5 es un acuerdo internacional "ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos" (artículo 2, párrafo 1 a)). Las disposiciones contenidas en dicho tratado forman parte de ese instrumento constitutivo[514].

4) En general, al establecer que la Convención de Viena de 1969 se aplica a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización[515], el artículo 5 sigue el enfoque general de la Convención, según el cual los tratados entre Estados están sujetos a las normas establecidas en la Convención "salvo que el tratado disponga otra cosa"[516].

5) El proyecto de conclusión 12 se refiere únicamente a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Por tanto, no aborda todos los aspectos de la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados que conciernen a organizaciones internacionales. En particular, no se aplica a la interpretación de los tratados aprobados en el ámbito de una organización internacional ni a la de los tratados celebrados por organizaciones internacionales que no sean ellos mismos instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales[517]. El proyecto de conclusión 12 tampoco se aplica a la interpretación de las decisiones de los órganos de organizaciones internacionales como tales[518], incluida la interpretación de las decisiones de las cortes y tribunales internacionales[519], ni a los efectos de una "clara y

---

[513] Véase también la disposición paralela del artículo 5 de la Convención de Viena de 1986.

[514] El artículo 20, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969 requiere la aceptación, por el órgano competente de la organización, de las reservas relativas a su instrumento constitutivo. Duodécimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario..., 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584, párrs. 75 a 77; S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), pág. 204.

[515] Véanse *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 210 (proyecto de artículo 4); K. Schmalenbach, "Art. 5", en Dörr y Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties...* (véase la nota 61 *supra*), pág. 89, párr. 1.

[516] Véanse, por ejemplo, los artículos 16; 19 a) y b); 20, párrs. 1 y 3 a 5; 22; 24, párr. 3; 25, párr. 2; 44, párr. 1; 55; 58, párr. 2; 70, párr. 1; 72, párr. 1; y 77, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969.

[517] Esta última categoría se aborda en la Convención de Viena de 1986 (A/CONF.129/15).

[518] *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 442, párr. 94 ("si bien cabe recurrir a las normas sobre interpretación de los tratados que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las diferencias que existen entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados obligan a que también se tengan en cuenta otros factores en la interpretación de esas resoluciones"); véanse también H. Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, part eight", *British Yearbook of International Law 1996*, vol. 67, págs. 1 y ss., en especial pág. 29; M. C. Wood, "The Interpretation of Security Council Resolutions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), págs. 73 y ss., en especial pág. 85; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 128.

[519] *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fallo, *I.C.J. Reports 2013*, págs. 281 y ss., en especial

constante jurisprudencia"[520] de las cortes o tribunales[521]. Por último, la conclusión no se ocupa de manera específica de las cuestiones relativas a los pronunciamientos de los órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados integrados por expertos independientes, que se abordan en el proyecto de conclusión 13.

Párrafo 1 – aplicabilidad de los artículos 31 y 32

6) En la primera oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 12 se reconoce la aplicabilidad de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 a los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales[522]. La Corte Internacional de Justicia lo ha confirmado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*:

> Desde un punto de vista formal, los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales son tratados multilaterales, a los que se aplican las normas bien establecidas de interpretación de los tratados[523].

7) La Corte ha sostenido con respecto a la Carta de las Naciones Unidas:

> En las ocasiones anteriores en que la Corte ha tenido que interpretar la Carta de las Naciones Unidas, ha seguido los principios y reglas aplicables en general a la interpretación de los tratados, habida cuenta de que ha reconocido que la Carta es un tratado multilateral, aunque con ciertas características especiales[524].

8) Al mismo tiempo, el artículo 5 sugiere, y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales confirman, que los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales también son tratados de un tipo particular que puede ser necesario interpretar de una manera específica. Así, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado:

> No obstante, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son también tratados de tipo particular; su objeto es crear nuevos sujetos de derecho, dotados de cierta autonomía, a los que las partes confían la tarea de lograr objetivos comunes. Tales tratados pueden plantear problemas específicos de interpretación, debido, entre otras cosas, a su carácter, que es convencional y al mismo tiempo institucional; la naturaleza misma de la organización creada, los objetivos que le hayan asignado sus fundadores, los imperativos asociados al cumplimiento efectivo de sus funciones, así como su propia práctica, son todos ellos elementos que pueden merecer especial atención a la hora de interpretar esos tratados constitutivos[525].

9) La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 12 se refiere más concretamente a los elementos de los artículos 31 y 32 relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación y confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de los

---

pág. 307, párr. 75 ("Un fallo de la Corte no puede equipararse a un tratado, que es un instrumento cuya fuerza vinculante y cuyo contenido emanan del consentimiento de los Estados contratantes y cuya interpretación puede verse afectada por el comportamiento ulterior de dichos Estados, de conformidad con el principio establecido en el artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969").

[520] Véanse *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transports and the Regions ex parte Alconbury Developments Limited and others* [2001] UKHL 23; *Regina v. Special Adjudicator (respondent) ex parte Ullah (FC) (appellant) Do (FC) (appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham of Cornhill); *Regina (On the Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

[521] Esta jurisprudencia puede ser un medio para determinar normas de derecho, como se indica, en particular, en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

[522] Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 281 y 282.

[523] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 74, párr. 19.

[524] *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 157.

[525] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 75, párr. 19.

instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y que la práctica ulterior en virtud del artículo 32 también puede serlo.

10) La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el artículo 31, párrafo 3 b), se aplica a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. En su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, tras describir los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales como tratados de un tipo particular, la Corte inició su interpretación de la Constitución de la OMS afirmando:

> Según la norma consuetudinaria de interpretación expresada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los términos de un tratado deben interpretarse "en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" y "juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> [...]
>
> b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado"[526].

Remitiéndose a diferentes precedentes de su propia jurisprudencia en que, entre otras cosas, había recurrido a la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), como medio de interpretación, la Corte anunció que aplicaría el artículo 31, párrafo 3 b):

> en este caso a fin de determinar si, de conformidad con la Constitución de la OMS, la cuestión a la que se le ha pedido que responda se plantea "dentro de la esfera de [las] actividades' de esa Organización"[527].

11) La causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* es otra decisión en que la Corte ha destacado, en una causa relacionada con la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional[528], la práctica ulteriormente seguida por las partes. Partiendo de la observación de que "los Estados miembros también han encomendado a la Comisión ciertas tareas que inicialmente no estaban previstas en los textos de los tratados"[529], la Corte llegó a la siguiente conclusión:

> Del análisis de los textos de los tratados y de la práctica [seguida por las partes] realizado en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, no obstante, su objeto no es resolver, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, por tanto, no entra dentro del Capítulo VIII de la Carta[530].

12) El artículo 31, párrafo 3 a), también es aplicable a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales[531]. No obstante, son poco comunes los acuerdos ulteriores autónomos entre los Estados miembros relativos a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Cuando se plantean cuestiones de interpretación con respecto a tales instrumentos, las partes actúan en su mayoría como miembros en el marco del órgano plenario de la organización. Si existe la necesidad de modificar, enmendar o complementar el tratado, los Estados miembros o bien utilizan el procedimiento de enmienda previsto en el tratado, o bien celebran un nuevo tratado, por lo general un protocolo[532]. No obstante, también es posible que las partes actúen como tales

---

526 *Ibid.*

527 *Ibid.*

528 Véase el artículo 17 del Convenio y Estatutos relativos al Desarrollo de la Cuenca del Chad (Tratado de Fort-Lamy de 1964), *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), pág. 80; en general: P. H. Sand, "Development of International Water Law in the Lake Chad Basin", *ibid*., págs. 52 a 76.

529 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 305, párr. 65.

530 *Ibid*., págs. 306 y 307, párr. 67.

531 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226; véase también la nota 558 *infra* y el texto que la acompaña.

532 Véanse los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena de 1969.

cuando se reúnan en el marco de un órgano plenario de la organización correspondiente. Así, en 1995:

> Los Gobiernos de los 15 Estados miembros [de la Unión Europea] han acordado que esta decisión constituye la interpretación convenida y definitiva de las disposiciones del Tratado[533].

Es decir que:

> el nombre de la moneda europea será Euro. [...] El nombre específico Euro se utilizará en lugar del término genérico Ecu utilizado por el Tratado para referirse a la unidad monetaria europea[534].

Esta decisión de "los Estados miembros reunidos en el marco de" la Unión Europea se ha considerado, en la doctrina, un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a)[535].

13) A veces es difícil determinar si "los Estados miembros reunidos en el marco" de un órgano plenario de una organización internacional tienen la intención de actuar en su calidad de miembros de ese órgano, como suelen hacer, o si se proponen actuar en su calidad independiente de Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización[536]. Al abordar esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea inicialmente recurrió a los términos del acto en cuestión:

> Del tenor literal de dicha disposición se desprende claramente que los actos adoptados por los representantes de los Estados miembros, cuando no actúan en calidad de miembros del Consejo, sino en calidad de representantes de su Gobierno, ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros, no están sometidos al control de legalidad ejercido por el Tribunal de Justicia[537].

No obstante, posteriormente, el Tribunal concedió una importancia decisiva al "contenido y [el] conjunto de las circunstancias en las que se adoptó [la decisión]" a fin de determinar si se trataba de una decisión del órgano o de los propios Estados miembros en tanto que partes en el tratado:

> En consecuencia, no basta con que un acto se califique de "decisión de los Estados miembros" para sustraerlo al control establecido en el artículo 173 del Tratado. Para ello es preciso además comprobar que dicho acto, habida cuenta de su contenido y del conjunto de las circunstancias en las que se adoptó, no constituye en realidad una decisión del Consejo[538].

14) Aparte de los acuerdos ulteriores o la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de todas las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), la práctica ulteriormente seguida por una o varias partes en virtud del artículo 32 en la aplicación del instrumento constitutivo de una organización internacional también puede ser pertinente para la interpretación de ese tratado[539]. Por ejemplo, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, al igual que otros tratados multilaterales, a veces se aplican mediante práctica o acuerdos bilaterales o regionales ulteriores. Esos tratados bilaterales no son, por tanto, acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), aunque solo sea porque se celebran entre un número limitado de partes en el instrumento constitutivo multilateral. No obstante, pueden dar lugar a afirmaciones sobre la interpretación del propio

---

533 Véase Consejo Europeo de Madrid, Conclusiones de la Presidencia, *Boletín de la Unión Europea*, núm. 12 (1995), págs. 9 y ss., en especial pág. 10, secc. I.A.I.

534 *Ibid.*

535 Véanse Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 142 *supra*), pág. 215; Hafner, "Subsequent agreements and practice..." (véase la nota 273 *supra*), págs. 109 y 110.

536 P. C. G. Kapteyn y P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3ª ed., L. W. Gormley (ed.) (Londres, Kluwer Law International, 1998), págs. 340 a 343.

537 Asuntos acumulados núms. C-181/91 y C-248/91, *Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas* [1993], *Recopilación de Jurisprudencia I-3713*, párr. 12.

538 *Ibid*., párr. 14.

539 Véanse los proyectos de conclusión 2, párr. 4, y 4, párr. 3, y sus comentarios, párr. 10) y párrs. 23) a 35), respectivamente, *supra*.

instrumento constitutivo y servir de medios de interpretación complementarios en virtud del artículo 32.

Párrafo 2 – acuerdos ulteriores y práctica ulterior de los Estados partes que "provienen" o "son expresión" de la práctica de una organización internacional

15) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 12 pone de relieve una manera determinada en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes en virtud de los artículos 31, párrafo 3, y 32 pueden surgir o expresarse. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes pueden "provenir" de sus reacciones a la práctica de una organización internacional en la aplicación de un instrumento constitutivo. De no ser así, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes en un acuerdo constitutivo pueden "ser expresión" de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo. La expresión "provenir" tiene por objeto abarcar la generación y el desarrollo de acuerdos ulteriores y práctica ulterior por los Estados partes, mientras que "ser expresión de" se utiliza en el sentido de reflejar y articular tales acuerdos y tal práctica. Cualquiera de las variantes de la práctica, ya sea de la seguida en una organización internacional o que provenga de ella, puede ser pertinente para la identificación de acuerdos ulteriores o de una práctica ulterior de los Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización (véase el proyecto de conclusión 4)[540].

16) En su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la posibilidad de que la práctica de una organización reflejara un acuerdo o la práctica de los propios Estados miembros en tanto que partes en el tratado, pero concluyó que en ese caso la práctica no expresaba una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), ni equivalía a esta:

> La propia resolución WHA46.40, que se aprobó, no sin oposición, tan pronto como la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares se planteó en la OMS, no puede interpretarse en el sentido de que exprese una práctica que establece un acuerdo de los miembros de la Organización para interpretar que su Constitución la faculta para examinar la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares[541].

17) En esta causa, al examinar la pertinencia de una resolución de una organización internacional para la interpretación de su instrumento constitutivo, la Corte analizó, en primer lugar, si la resolución expresaba o constituía "una práctica por la cual consta el acuerdo de los miembros de la Organización" en virtud del artículo 31, párrafo 3 b)[542].

18) Del mismo modo, el Órgano de Apelación de la OMC ha señalado en términos generales:

> Basándonos en el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, consideramos que una decisión adoptada por los Miembros puede ser considerada un "acuerdo ulterior entre las partes" acerca de la interpretación de un acuerdo abarcado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente; y ii) los

[540] R. Higgins, "The development of international law by the political organs of the United Nations", *Proceedings of the American Society of International Law at its 59th Annual Meeting* (Washington, D.C., 22 a 24 de abril de 1965), págs. 116 a 124, en especial pág. 119; la práctica de una organización internacional también puede ser un medio de interpretación en sí mismo en virtud del párrafo 3 (véanse los párrs. 25) a 35) *infra*).

[541] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 81, párr. 27.

[542] La Corte Permanente de Justicia Internacional adoptó este enfoque en su opinión consultiva sobre la causa *Competence of the International Labour Organization to regulate, incidentally, the personal work of the employer*, 23 de julio de 1926, *P.C.I.J.*, Serie B, núm. 13, págs. 19 y 20; véase S. Engel, "'Living' international constitutions and the world court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), págs. 865 a 910, en especial pág. 871.

términos y el contenido de la decisión expresan un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación* o *aplicación* de una disposición de las normas de la OMC[543].

19) En relación con las condiciones en que puede considerarse que una decisión de un órgano plenario es un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), el Órgano de Apelación de la OMC afirmó lo siguiente:

> 263. En cuanto al primer elemento, señalamos que la Decisión Ministerial de Doha fue adoptada por consenso el 14 de noviembre de 2001 con motivo de la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC. [...] Por lo que respecta al segundo elemento, la pregunta clave a la que hay que responder es si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación* o *aplicación* de la expresión "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.
>
> 264. Recordamos que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha dispone lo siguiente:
>
> > A reserva de las condiciones especificadas en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se entenderá que la expresión "plazo prudencial" significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos.
>
> 265. Al examinar la cuestión de si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de la expresión "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, encontramos orientaciones útiles en los informes del Órgano de Apelación en *CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Ecuador II)/CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*. El Órgano de Apelación observó que la Comisión de Derecho Internacional (la "CDI") describe un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* como "otro *elemento auténtico de interpretación* que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto". Según el Órgano de Apelación, "la CDI, al referirse a la 'interpretación auténtica', entiende que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 alude a *acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado*". Por consiguiente, examinaremos si el párrafo 5.2 concretamente guarda relación con la interpretación del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.
>
> [...]
>
> 268. Por las razones anteriormente expuestas, *confirmamos* la constatación del Grupo Especial [...] de que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, acerca de la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*[544].

20) La Corte Internacional de Justicia, si bien no mencionó expresamente el artículo 31, párrafo 3 a), al invocar la Declaración de la Asamblea General sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas para la interpretación del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta, destacó la "actitud de las partes y de otros Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General" y su consentimiento al

[543] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012, párr. 262 [en cursiva en el original].

[544] *Ibid*. [se omiten las notas]; si bien la Decisión Ministerial de Doha no se refiere a una disposición del Acuerdo sobre la OMC propiamente dicho, sí se refiere a un anexo de dicho Acuerdo (el "Acuerdo OTC") que forma "parte integrante" del Acuerdo por el que se Establece la OMC (art. 2, párr. 2, del Acuerdo sobre la OMC).

respecto[545]. En este contexto, diversos autores han llegado a la conclusión de que los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), pueden, en determinadas circunstancias, provenir o ser expresión de actos de órganos plenarios de organizaciones internacionales[546], como la Asamblea General de las Naciones Unidas[547]. De hecho, como ha indicado el Órgano de Apelación de la OMC en referencia a la Comisión[548], la calificación de una decisión colectiva de "elemento auténtico de interpretación" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), solo se justifica si las partes en el instrumento constitutivo de una organización internacional actuaron como tales y no, como suelen hacer, institucionalmente como miembros del órgano plenario correspondiente[549].

---

[545] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 100, párr. 188: "El efecto de un consentimiento al texto de dichas resoluciones no puede entenderse como el de una mera 'reiteración o aclaración' del compromiso convencional contraído en la Carta. Por el contrario, puede entenderse como una aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución en sí mismas". Esta afirmación, cuyo principal objetivo es explicar el posible papel de las resoluciones de la Asamblea General en la formación del derecho consuetudinario, también reconoce, en relación con los tratados, que esas resoluciones pueden servir para expresar el acuerdo, o las posiciones, de las partes sobre una determinada interpretación de la Carta de las Naciones Unidas como tratado ("aclaración"); de modo similar, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 437, párr. 80; en este sentido, por ejemplo, L. B. Sohn, "The UN system as authoritative interpreter of its law", en *United Nations Legal Order*, vol. 1, O. Schachter y C. C. Joyner (eds.) (Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995), págs. 169 a 229, en especial pág. 177 (donde se observa en relación con la causa relativa a *Nicaragua* que "[l]a Corte aceptó la Declaración sobre las Relaciones de Amistad como interpretación auténtica de la Carta").

[546] H. G. Schermers y N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5ª ed. revisada (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011), pág. 854 (donde se hace referencia a las interpretaciones que hace la Asamblea del Fondo de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos con respecto a los instrumentos constitutivos del Fondo); M. Cogen, "Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT", *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), págs. 145 a 179, en especial págs. 157 y 158 (donde se hace referencia a una decisión adoptada por unanimidad por el Consejo de la CERN el 17 de junio de 2010 por la que se interpretan los criterios de admisión establecidos en la Convención de la CERN como un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), de la Convención de Viena de 1969).

[547] Véanse E. Jiménez de Aréchega, "International law in the past third of a century", *Recueil des Cours..., 1978*, vol. 159, págs. 1 a 334, en especial pág. 32 (donde se afirma en relación con la Declaración que esta resolución constituye una expresión autorizada de las opiniones de la totalidad de las partes en la Carta en cuanto a esos principios básicos y ciertos corolarios que se derivan de ellos. A la luz de estas circunstancias, parece difícil negar el peso jurídico y la autoridad de la Declaración, no solo como resolución que reconoce lo que, en opinión de los propios Miembros, constituyen normas existentes de derecho consuetudinario, sino también como interpretación de la Carta por el acuerdo ulterior y la práctica ulterior de todos sus Miembros); O. Schachter, "General Course in public international law", *Recueil des Cours..., 1982*, vol. 178, págs. 9 a 396, en especial pág. 113 (donde se afirma que las resoluciones declarativas de normas jurídicas que interpretan y "concretan" los principios de la Carta —ya sea como normas generales o en relación con casos particulares— pueden considerarse una interpretación auténtica por las partes de sus obligaciones convencionales vigentes. En la medida en que constituyen una interpretación, y que han sido acordadas por todos los Estados Miembros, encajan sin problemas en una de las fuentes del derecho establecidas); P. Kunig, "United Nations Charter, interpretation of", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X (www.mpepil.com), págs. 273 y ss., en especial pág. 275 (donde se afirma que, si se aprueban por *consenso*, las resoluciones de la Asamblea General pueden desempeñar una importante función en la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 142 *supra*), pág. 213 (donde se señala que la resolución 51/210 de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, de 17 de diciembre de 1996, puede considerarse un acuerdo ulterior acerca de la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas). Todas las resoluciones a las que hacen referencia los autores se aprobaron por consenso.

[548] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012, párr. 265.

[549] Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), págs. 114 y 115.

21) El párrafo 2 se refiere a la práctica de una organización internacional más que a la práctica de un órgano de una organización internacional. La práctica de una organización internacional proviene por lo general del comportamiento de un órgano, pero también puede dar lugar a ella el comportamiento de dos o más órganos.

22) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes, que pueden "provenir, o ser expresión, de" la práctica de una organización internacional, pueden estar, a veces, muy estrechamente relacionados con la práctica de la organización como tal. Por ejemplo, en su opinión consultiva relativa a *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia interpretó la expresión "votos afirmativos" del Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas en el sentido de que incluía las abstenciones, basándose principalmente en la práctica del órgano competente de la organización unida al hecho de que en ese momento dicha práctica era "generalmente aceptada" por los Estados Miembros:

> las actuaciones del Consejo de Seguridad desde hace tiempo demuestran ampliamente que, en las decisiones de la presidencia y las posiciones adoptadas por los miembros del Consejo, en particular sus miembros permanentes, se ha interpretado de manera continua y uniforme que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente no constituye un impedimento para la aprobación de resoluciones. Este procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad, que se ha mantenido invariable desde la enmienda del Artículo 27 de la Carta en 1965, ha sido generalmente aceptado por los Miembros de las Naciones Unidas y pone de manifiesto una práctica general de esa Organización[550].

En esta causa, la Corte hizo hincapié tanto en la práctica de uno o más órganos de la organización internacional como en la "aceptación general" de esa práctica por los Estados Miembros, y señaló que la combinación de esos dos elementos constituía una "práctica general de la organización"[551]. La Corte siguió este enfoque en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* al afirmar lo siguiente:

> La Corte estima que la práctica *aceptada* de la Asamblea General, tal como ha evolucionado, es compatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta[552].

Al hablar de la "práctica aceptada de la Asamblea General"[553], la Corte afirmó de manera implícita que la aquiescencia, en nombre de los Estados Miembros, a la práctica seguida por la organización en la aplicación del tratado permite establecer el acuerdo acerca de la interpretación de la disposición convencional pertinente[554]. Del mismo modo, la Corte de Justicia de la Unión Europea señaló, en su sentencia en el asunto *Europäische Schule München*, que la jurisprudencia de "la sala de recursos de las Escuelas Europeas [...] debe considerarse una práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Convenio por el que se establece el Estatuto de las Escuelas Europeas, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena". Habida cuenta de que "[l]as partes en dicho Convenio nunca se

---

[550] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 22.

[551] H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two", *British Yearbook of International Law 1990*, vol. 61, págs. 1 a 133, en especial pág. 76 (donde se señala que la referencia de la Corte a que se trataba de una práctica "de" la Organización tenía presumiblemente la intención de aludir, no a una práctica seguida por la Organización como entidad en sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional, sino a una práctica seguida, aprobada o respetada en toda la Organización. Desde esta perspectiva, la práctica es más bien un reconocimiento de los demás miembros del Consejo de Seguridad en el momento pertinente, y en realidad de todos los Estados miembros por aceptación tácita, de la validez de esas resoluciones).

[552] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 150 (sin cursiva en el original).

[553] *Ibid*.

[554] Véase el comentario al proyecto de conclusión 11, párr. 2, segunda oración, párrs. 13) a 25), *supra*; Villiger, *Commentary...* (véase la nota 37 *supra*), págs. 431 y 432, párr. 22; J. Arato, "Treaty interpretation and constitutional transformation", *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), págs. 289 a 357, en especial pág. 322.

han opuesto a tal práctica", "la falta de oposición de dichas partes debe considerarse que refleja el consentimiento tácito de las mismas respecto de tal práctica"[555].

23) Partiendo de esta base, es razonable considerar "que la práctica pertinente normalmente será la de aquellos en quienes recae la obligación de actuar"[556], en el sentido de que "cuando, mediante un tratado, los Estados encomiendan actividades a una organización, la forma en que se llevan a cabo esas actividades puede constituir práctica en virtud del tratado; no obstante, la determinación de si dicha práctica representa el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado puede exigir que se tengan en cuenta otros factores"[557].

24) Así, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a las recomendaciones (no vinculantes) de la Comisión Ballenera Internacional (que es el nombre de una organización internacional establecida por la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena[558] y de uno de sus órganos), y aclaró que, cuando esas recomendaciones son "aprobadas por consenso o por unanimidad, pueden ser pertinentes para la interpretación de la Convención o su Anexo"[559]. No obstante, al mismo tiempo, la Corte hizo una advertencia al señalar lo siguiente:

> Australia y Nueva Zelandia exageran la importancia jurídica de las resoluciones y directrices de carácter recomendatorio que invocan. En primer lugar, muchas resoluciones de la Comisión Ballenera Internacional fueron aprobadas sin el apoyo de todos los Estados partes en la Convención y, en particular, sin la anuencia del Japón. Por tanto, esos instrumentos no pueden considerarse un acuerdo ulterior sobre la interpretación del artículo VIII, ni una práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado en el sentido de los apartados a) y b), respectivamente, del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[560].

25) Esta advertencia no excluye, no obstante, que una resolución que se haya aprobado sin el apoyo de todos los Estados miembros pueda hacer surgir, o expresar, la posición o la práctica de algún Estado miembro en la aplicación del tratado en virtud del artículo 32[561].

La propia práctica de una organización internacional

26) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 12 se refiere a otra forma de práctica que puede ser pertinente para la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional, a saber, la práctica de la organización *como tal*, es decir, su "propia práctica", que hay que distinguir de la práctica de los Estados miembros. En algunos casos, la Corte Internacional de Justicia ha tenido en cuenta la práctica de una organización internacional en la interpretación de los instrumentos constitutivos sin referirse a la práctica o la aceptación de los Estados miembros de la organización. En particular, la Corte ha señalado

555 Sentencia de 11 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-164/13 y C-465-13, *Europäische Schule München c. Silvana Oberto y Barbara O'Leary* [2015], párrs. 65 y 66.

556 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 281.

557 *Ibid.*

558 S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), págs. 37 y 38; A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2005), pág. 411.

559 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226.

560 *Ibid*., pág. 257, párr. 83.

561 Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 149 (donde se hace referencia a la resolución 1600 (XV) de la Asamblea General, de 15 de abril de 1961 (aprobada por 60 votos contra 16 y 23 abstenciones, en particular de la Unión Soviética y otros Estados de Europa Oriental) y la resolución 1913 (XVIII), de 13 de diciembre de 1963 (aprobada por 91 votos contra 2 (España y Portugal)).

en relación con las organizaciones internacionales que "su propia práctica [...] puede merecer especial atención" en el proceso de interpretación[562].

27) Por ejemplo, en su opinión consultiva relativa a la *Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, la Corte señaló:

> Los órganos a los que el Artículo 4 confía la decisión de la Organización en materia de admisión han reconocido de manera constante que la admisión por la Asamblea General solo puede concederse sobre la base de una recomendación del Consejo de Seguridad[563].

28) De manera análoga, en la causa relativa a la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, la Corte se refirió a los actos de los órganos de la Organización cuando mencionó la práctica de "las Naciones Unidas":

> En la práctica, según la información proporcionada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de confiar misiones cada vez más variadas a personas que no tienen la condición de funcionarios de la Organización. [...] En todos esos casos, se desprende de la práctica de las Naciones Unidas que las personas así designadas, y en particular los miembros de esos comités o comisiones, han sido consideradas peritos en misión en el sentido de la sección 22[564].

29) En su opinión consultiva relativa a la *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a "la práctica seguida por la propia Organización en el cumplimiento de la Convención" como medio de interpretación[565].

30) En su opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la Corte explicó el motivo por el que la práctica de una organización internacional, como tal, incluida la de un órgano en particular, puede ser pertinente para la interpretación de su instrumento constitutivo:

> No se aceptaron las propuestas que se hicieron durante la redacción de la Carta de atribuir la máxima autoridad para su interpretación a la Corte Internacional de Justicia; la opinión que la Corte está emitiendo es una opinión consultiva. Por consiguiente, conforme a lo previsto en 1945, cada órgano debe, por lo menos en primer lugar, determinar su propia competencia. Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad aprueba una resolución con el objeto declarado de mantener la paz y la seguridad internacionales, y si, con arreglo al mandato o la autorización de dicha resolución, el Secretario General contrae obligaciones financieras, es de presumir que las sumas referidas constituyen "gastos de la Organización"[566].

31) Muchas organizaciones internacionales comparten la característica de no prever una "autoridad última de interpretación" de su instrumento constitutivo. Por consiguiente, en la actualidad, la conclusión extraída por la Corte de esa circunstancia ha sido generalmente aceptada como aplicable a las organizaciones internacionales en general[567].

---

[562] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 74; véase también D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* (París, Pedone, 1981), págs. 379 a 384.

[563] *Competence of the General Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 9.

[564] *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, págs. 177 y ss., en especial pág. 194, párr. 48.

[565] *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 150 y ss., en especial pág. 169.

[566] *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 168.

[567] Véase J. Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law*, 3ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), pág. 86; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), pág. 25;

En la opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos*, la identificación de una presunción derivada de la práctica de una organización internacional, incluida la de uno o varios de sus órganos, es una manera de reconocer dicha práctica como medio de interpretación[568].

32) Aunque generalmente se reconoce que la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales mediante la práctica de sus órganos constituye un medio de interpretación pertinente[569], existen ciertas discrepancias en la doctrina en cuanto a la manera de explicar la pertinencia, a efectos de la interpretación, de la "propia práctica" de una organización internacional en relación con las reglas de interpretación de la Convención de Viena[570]. Al referirse a los actos de organizaciones internacionales que se aprobaron con la oposición de algunos Estados miembros[571], la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que tales actos pueden constituir práctica a los efectos de la interpretación, si bien no una práctica (de mayor peso) que haga constar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación, que entraría en los supuestos del artículo 31, párrafo 3. No obstante, suele haber consenso en que la práctica de una organización internacional, como tal, a menudo también será relevante y, por lo tanto, puede contribuir a la interpretación de ese instrumento al aplicar los artículos 31 y 32[572].

33) La Comisión ha confirmado, en su comentario al proyecto de conclusión 2, que determinados casos de práctica ulterior y acuerdos ulteriores han contribuido, o no, a la determinación del sentido corriente de los términos en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado[573]. Esas consideraciones también son aplicables, *mutatis mutandis*, a la práctica de una organización internacional propiamente dicha.

34) Así pues, la posible pertinencia de la "propia práctica" de una organización internacional puede derivarse de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Esas reglas permiten, en particular, tener en cuenta la práctica de la organización propiamente dicha, incluida la de uno o varios de sus órganos, como pertinente para la

---

J. E. Álvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2005), pág. 80; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties*... (véase la nota 514 *supra*), págs. 224 y 225.

568 Véase Lauterpacht, "The development of the law of international organization..." (nota 393 *supra*), pág. 460; N. M. Blokker, "Beyond 'Dili': on the powers and practice of international organizations", en *State, Sovereignty, and International Governance*, G. Kreijen (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2002), págs. 299 a 322, en especial págs. 312 a 318.

569 C. Brölmann, "Specialized rules of treaty interpretation: international organizations", en Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (véase la nota 413 *supra*), págs. 507 a 534, en especial págs. 520 y 521; S. Kadelbach, "The interpretation of the Charter", en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3ª ed., B. Simma y otros (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 71 y ss., en especial pág. 80; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), págs. 127 y 281.

570 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 19 *supra*), pág. 282; Schermers y Blokker, *International Institutional Law* (véase la nota 546 *supra*), pág. 844; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 187; Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (véase la nota 567 *supra*), págs. 85 y 86; véase también *Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, 22 de noviembre de 2002, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXIII (núm. de venta: E/F.04.V.15), págs. 183 a 251, en especial pág. 224, párr. 145.

571 Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 149 (donde se hace referencia a la resolución 1600 (XV) de la Asamblea General, de 15 de abril de 1961 (aprobada por 60 votos contra 16 y 23 abstenciones, en particular de la Unión Soviética y otros Estados de Europa Oriental) y la resolución 1913 (XVIII), de 13 de diciembre de 1963 (aprobada por 91 votos contra 2 (España y Portugal)).

572 La Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión "fines y funciones establecidos o implícitos en sus documentos constitutivos y desarrollados en la práctica", *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 180.

573 Véase el párrafo 15) del comentario al proyecto de conclusión 2 y la nota 58 *supra*; véase también, en particular, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial págs. 306 y 307, párr. 67.

determinación de la función de la organización internacional de que se trate[574]. No obstante, es evidente que la práctica de una organización internacional no es una práctica ulterior de las propias partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 b).

35) Así pues, el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 permite la aplicación de las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32 de modo que se tenga en cuenta la práctica de una organización internacional para la interpretación de su instrumento constitutivo, tomando en consideración también su carácter institucional[575]. Esos elementos también pueden contribuir de ese modo a determinar si el sentido de una disposición de un instrumento constitutivo de una organización internacional es susceptible de evolucionar con el tiempo, y, de ser así, de qué manera[576].

36) El párrafo 3, al igual que el párrafo 2, se refiere a la práctica de una organización internacional en su conjunto más que a la práctica de un órgano de la organización internacional. La práctica de una organización internacional determinada puede surgir del comportamiento de un órgano, pero también puede dimanar del comportamiento de dos o más órganos. Se entiende que la práctica de una organización internacional solo puede ser pertinente para la interpretación de su instrumento constitutivo si esa organización ha actuado en el ámbito de su competencia, pues es un requisito general que las organizaciones internacionales no actúen *ultra vires*[577].

37) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 12 se basa en el proyecto de conclusión 5, que se refiere a la "práctica ulterior" de las partes en un tratado en la aplicación de ese instrumento, según se define en el proyecto de conclusión 4. El proyecto de conclusión 5 no implica que la práctica de una organización internacional, como tal, en la aplicación de su instrumento constitutivo no pueda ser una práctica pertinente en virtud de los artículos 31 y 32[578].

Párrafo 4 – sin perjuicio de las "normas [...] de la organización"

38) El párrafo 4 del proyecto de conclusión 12 refleja el artículo 5 de la Convención de Viena y su enunciado se inspira en ese artículo. El párrafo se aplica a los supuestos a que se refieren los párrafos 1 a 3 y vela por que las normas mencionadas en ellos sean aplicables, se interpreten y se apliquen "sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización". La expresión "normas [...] de la organización" ha de entenderse de la misma manera que en el

[574] Véase *South-West Africa – Voting Procedure*, opinión consultiva de 7 de junio de 1955, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 67, opinión separada del Magistrado Lauterpacht, pág. 106 ("[l]a interpretación adecuada de un instrumento constitucional debe tener en cuenta no solo el sentido estrictamente literal del instrumento original, sino también su funcionamiento efectivo en la práctica y a la luz de las tendencias observadas en la vida de la Organización").

[575] Los autores debaten si el carácter institucional específico de algunas organizaciones internacionales, junto con los principios y valores consagrados en sus instrumentos constitutivos, también podrían dar lugar a una interpretación "constitucional" de tales instrumentos inspirada en el derecho constitucional nacional; véanse, por ejemplo, J. E. Álvarez, "Constitutional interpretation in international organizations", en *The Legitimacy of International Organizations*, J.-M. Coicaud y V. Heiskanen (eds.) (Tokio, United Nations University Press, 2001), págs. 104 a 154; A. Peters, "L'acte constitutif de l'organisation internationale", en *Droit des organisations internationales*, E. Lagrange y J.-M. Sorel (eds.) (París, LGDJ, 2013), págs. 216 a 218; J. Klabbers, "Constitutionalism Lite", *International Organizations Law Review*, vol. 1 (2004), págs. 31 a 58, en especial págs. 50 a 54.

[576] *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 31 y 32, párr. 53; véase también el proyecto de conclusión 8 y su comentario, párrs. 24) a 30); Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), pág. 575, párr. 30; Schmalenbach, "Art. 5" (nota 515 *supra*), pág. 92, párr. 7.

[577] *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 168 ("[p]ero cuando la Organización toma medidas de las que puede afirmarse justificadamente que son apropiadas para la realización de uno de los propósitos de las Naciones Unidas, cabe presumir que esa acción no rebasa las facultades de la Organización").

[578] Véase el comentario al proyecto de conclusión 5, párr. 14), *supra*.

artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena de 1986 y en el artículo 2 b), de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011.

39) En su comentario general al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011, la Comisión señaló:

> 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[579].

40) Del párrafo 4 se desprende, entre otras cosas, que unas "normas pertinentes" de interpretación más específicas enunciadas en el instrumento constitutivo de una organización internacional podrán prevalecer sobre las normas generales de interpretación previstas en la Convención de Viena de 1969[580]. Si, por ejemplo, el instrumento constitutivo contiene una cláusula, como el artículo IX, párrafo 2, del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, según la cual la interpretación del instrumento está sujeta a un procedimiento especial, ha de presumirse que las partes, al llegar a un acuerdo con posterioridad a la celebración del tratado, no desean eludir ese procedimiento mediante un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a). No obstante, el procedimiento especial a que se refiere el tratado y un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), pueden ser compatibles si "tienen diferentes funciones y producen efectos jurídicos distintos"[581]. Pocos instrumentos constitutivos contienen normas explícitas de procedimiento o de fondo relativas a su interpretación[582]. No es necesario que se enuncien expresamente en el instrumento constitutivo "normas pertinentes" específicas de interpretación; también pueden estar implícitas en él o dimanar de la "práctica establecida de la organización"[583]. El alcance del término "práctica establecida de la organización" es más reducido que el de "práctica de la organización".

41) Como señaló la Comisión en el comentario al artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena de 1986, el peso de una práctica específica de una organización puede depender de las reglas y características particulares de esa organización, conforme a lo expresado en su instrumento constitutivo:

> La mayoría de las organizaciones internacionales, en efecto, crean al cabo de unos años una práctica que forma parte integrante de las reglas de la organización. Pero el hecho de que se mencione la práctica no significa en absoluto que esta tenga

---

579 Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, comentario general, párr. 7) (informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63er período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. V, pág. 75, párr. 88).

580 Véanse, por ejemplo, Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (nota 567 *supra*), pág. 84; Schmalenbach, "Art. 5" (nota 515 *supra*), pág. 89, párr. 1, y pág. 96, párr. 15; Brölmann, "Specialized rules of treaty interpretation..." (nota 569 *supra*), pág. 522; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), págs. 576 y 577, párr. 31.

581 Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012, párrs. 252 a 257.

582 La mayoría de las denominadas cláusulas de interpretación determinan qué órgano es la autoridad competente para interpretar el tratado o algunas de sus disposiciones, pero no formulan normas específicas "sobre" la propia interpretación, véanse C. Fernández de Casadevante y Romaní, *Sovereignty and Interpretation of International Norms* (Berlín/Heidelberg, Springer, 2007), págs. 26 y 27; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), pág. 576, párr. 31.

583 Véanse la Convención de Viena de 1986, art. 2, párr. 1 j), y el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, art. 2 b), informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63er período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. V, secc. E, párr. 87; C. Peters, "Subsequent practice and established practice of international organizations", *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), págs. 617 a 642.

en todas las organizaciones la misma importancia, sino que, por el contrario, cada organización presenta a este respecto sus caracteres propios[584].

42) En ese sentido, la "práctica establecida de la organización" también puede ser un medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. El artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena de 1986 y el artículo 2 b) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[585] reconocen la "práctica establecida de la organización" como una "regla de la organización". Esa práctica puede producir efectos jurídicos distintos en diferentes organizaciones, y no siempre está claro si esos efectos deben explicarse atendiendo principalmente a las fuentes tradicionales del derecho internacional (el tratado o la costumbre) o al derecho institucional[586]. En el caso de los tratados constitutivos de la Unión Europea (derecho primario de la Unión Europea), por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nunca ha analizado ni aplicado la práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969, explicando en una ocasión que ni siquiera un acuerdo entre todos los Estados miembros para aplazar la aplicación de una determinada disposición del tratado correspondiente permitía invalidar su objeto y fin[587]. No obstante, aunque sea difícil hacer afirmaciones generales, es evidente que la "práctica establecida de la organización" suele abarcar una forma específica de práctica[588], que, por lo general, ha sido aceptada por los miembros de la organización, si bien a veces de forma tácita[589].

Conclusión 13
Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado

1. A los efectos del presente proyecto de conclusiones, por órgano de expertos creado en virtud de un tratado se entiende un órgano integrado por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que ha sido establecido en virtud de un tratado y que no es un órgano de una organización internacional.

584 *Anuario..., 1982*, vol. II (segunda parte), cap. II, pág. 22, comentario al proyecto de artículo 2, párr. 1 j), párr. 25).

585 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63er período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. V, pág. 55.

586 Véanse Higgins, "The Development of international law..." (nota 540 *supra*), pág. 121 (donde se afirma que los aspectos de la interpretación de los tratados y la práctica consuetudinaria en esta esfera están estrechamente vinculados); Peters, "Subsequent practice..." (nota 583 *supra*), págs. 630 y 631 (donde se afirma que debería considerarse una especie de derecho internacional consuetudinario de la organización); no es convincente limitar la "práctica establecida de la organización" a las denominadas normas internas ya que, según la Comisión, "habría sido difícil referirse al 'derecho interno' de una organización, porque ese derecho, si bien tiene un aspecto interno, desde otros puntos de vista tiene un aspecto internacional", *Anuario..., 1982*, vol. II (segunda parte), cap. II, pág. 22, comentario al artículo 2, párr. 1) j), párr. 25); Schermers y Blokker, *International Institutional Law* (véase la nota 546 *supra*), pág. 766; en cambio, véase C. Ahlborn, "The rules of international organizations and the law of international responsibility", *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), págs. 397 a 482, en especial págs. 424 a 428.

587 Asunto C-43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976], *Recopilación de Jurisprudencia* 455, párr. 57; véase también G. Nolte, "Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), págs. 210 a 306, en especial págs. 297 a 300.

588 Blokker, "Beyond 'Dili'..." (véase la nota 568 *supra*), pág. 312.

589 Lauterpacht, "The development of the law of international organization..." (nota 393 *supra*), pág. 464 (donde se habla del consentimiento del conjunto de los miembros); Higgins, "The Development of international law..." (nota 540 *supra*), pág. 121 (donde se afirma que tal vez el grado de duración y de aquiescencia en este supuesto pueda ser menos marcado que en otros casos, porque no cabe duda de que los órganos de las Naciones Unidas tienen autoridad inicial para adoptar esas decisiones con respecto a su propia jurisdicción y competencia); Peters, "Subsequent practice and established practice..." (nota 583 *supra*), págs. 633 a 641.

2. La relevancia del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado para la interpretación de un tratado depende de las normas aplicables del tratado.

3. El pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en virtud del artículo 32. No se presumirá que el silencio de una parte constituye una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), por la que se acepta una interpretación de un tratado expresada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado.

4. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la contribución que los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado hagan a la interpretación de los tratados con arreglo a sus mandatos.

Comentario

Párrafo 1 – definición de la expresión "órgano de expertos creado en virtud de un tratado"

1) Algunos tratados establecen órganos, integrados por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que tienen encomendada la tarea de vigilar o contribuir de otra forma a la aplicación de esos tratados. Ejemplos de este tipo de órganos de expertos creados en virtud de un tratado son los comités constituidos de conformidad con diversos tratados de derechos humanos de carácter universal[590], como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[591], el Comité de Derechos Humanos[592], el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[593], el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[594], el Comité de los Derechos del Niño[595] y el Comité contra la Tortura[596]. Otros órganos de expertos creados en virtud de un tratado son la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[597], el Comité de Cumplimiento de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus)[598] y

590 Véase N. Rodley, "The role and impact of treaty bodies", en *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, D. Shelton (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 621 a 641, en especial págs. 622 y 623.

591 Arts. 8 a 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 7 de marzo de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, núm. 9464, pág. 195.

592 Arts. 28 a 45 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), *ibid.*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

593 Arts. 17 a 22 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), *ibid.*, vol. 1249, núm. 20378, pág. 13.

594 Arts. 34 a 39 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), *ibid*., vol. 2515, núm. 44910, pág. 3.

595 Arts. 43 a 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), *ibid*., vol. 1577, núm. 27531, pág. 3.

596 Arts. 17 a 24 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), *ibid*., vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.

597 La Comisión de Límites de la Plataforma Continental fue establecida de conformidad con el art. 76, párr. 8, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el anexo II de la Convención (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), *ibid*., vol. 1833, núm. 31363, pág. 3.

598 El Comité de Cumplimiento de la Convención de Aarhus fue constituido de conformidad con el artículo 15 de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Aarhus (Dinamarca) 25 de junio de 1998), *ibid.*, vol. 2161, núm. 37770, pág. 447, y la decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento, adoptada en la primera reunión de las partes en 2002 (ECE/MP.PP/2/Add.8).

la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes creada de acuerdo con la Convención Única sobre Estupefacientes[599].

2) El párrafo 1 define la expresión "órgano de expertos creado en virtud de un tratado" únicamente "[a] los efectos del presente proyecto de conclusiones".

3) Por la expresión "que desempeñan sus funciones a título personal" se entiende que los miembros de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no están sujetos a instrucciones cuando actúan como tales[600]. El proyecto de conclusión 13 no se ocupa de los órganos integrados por representantes de los Estados. El producto de la labor de un órgano integrado por representantes de los Estados que no sea un órgano de una organización internacional constituye una forma de práctica de dichos Estados que, así, actúan colectivamente en ese marco[601].

4) El proyecto de conclusión 13 tampoco se aplica a los órganos de expertos que son órganos de una organización internacional[602]. Se ha excluido a los órganos de expertos que son órganos de organizaciones internacionales del ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 13 por motivos de coherencia, habida cuenta de que el presente proyecto de conclusiones no se centra en la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales para la aplicación de las reglas de interpretación de la Convención de Viena, salvo en lo que respecta a la interpretación de sus instrumentos constitutivos (véase el proyecto de conclusión 12, en particular el párrafo 3). Esto no excluye que el contenido del presente proyecto de conclusión pueda aplicarse, *mutatis mutandis*, a los pronunciamientos de órganos de expertos independientes que sean órganos de organizaciones internacionales.

5) Por la expresión "establecido en virtud de un tratado" se entiende que la creación o la competencia de un órgano de expertos determinado han sido establecidas en virtud de un tratado. En la mayoría de los casos, está claro si se cumplen esas condiciones, pero también puede haber casos dudosos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano creado por una resolución de una organización internacional[603], pero al que posteriormente le fue atribuida competencia para "examinar" determinadas "comunicaciones" por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[604]. Este órgano es un órgano de expertos creado en virtud de un tratado en el sentido del proyecto de conclusión 13 en la medida en que un tratado prevé que el Comité ejerza determinadas competencias. Otro caso dudoso es el del

---

599 La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes fue creada en virtud del art. 5 de la Convención Única sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 520, núm. 7515, pág. 151.

600 Véase, por ejemplo, el art. 28, párr. 3, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; véase también Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2014), pág. 219.

601 Esto es así, en particular, en el caso de las decisiones de las conferencias de Estados partes; véase el proyecto de conclusión 12 [11].

602 La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) representa un importante ejemplo de órgano de expertos con carácter de órgano de una organización internacional. Se creó en 1926 para examinar los informes gubernamentales sobre los convenios ratificados. Está integrada por 20 juristas eminentes procedentes de diferentes regiones geográficas, ordenamientos jurídicos y culturas, que son nombrados por el Consejo de Administración de la OIT por períodos de tres años; véase www.ilo.org y la información facilitada por la OIT a la Comisión; puede consultarse en el sitio web de la Comisión de Derecho Internacional en http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria es un ejemplo de órgano de expertos que desempeñan sus funciones a título personal con mandato del Consejo de Derechos Humanos en virtud de su resolución 24/7, de 26 de septiembre de 2013, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 53* (A/68/53/Add.1). Al tratarse de un órgano subsidiario del Consejo, no es un órgano de expertos creado en virtud de un tratado en el sentido del proyecto de conclusión 13; véase www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx.

603 Consejo Económico y Social, resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985.

604 Arts. 1 a 15 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que figura en el anexo de la resolución 63/117 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2008.

Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, cuya creación, en virtud de una decisión de la Conferencia de las Partes, está prevista implícitamente en el artículo 18 del Protocolo[605].

Párrafo 2 – primacía de las normas del tratado

6) Los tratados emplean diversos términos para designar las resoluciones de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado, como "observaciones"[606], "recomendaciones"[607], "comentarios"[608], "medidas"[609] y "medidas correctivas"[610]. El proyecto de conclusión 13 utiliza, a los efectos del presente proyecto de conclusiones, el término general "pronunciamientos"[611], que abarca todas las evaluaciones fácticas y normativas pertinentes de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado. Existen otros términos generales empleados para determinados órganos como son "jurisprudencia"[612] y "conclusiones"[613]. Esos términos son, o bien demasiado limitados, al atribuir un peso jurídico particular al resultado de la labor de ese órgano, o bien demasiado

[605] El Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162) fue creado en virtud del art. 18 del Protocolo y la decisión 24/CP.7 sobre procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo Kyoto, aprobada por la Conferencia de las Partes en su séptimo período de sesiones (FCCC/CP/2001/13/Add.3).

[606] Véanse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 42, párr. 7 c); el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5, párr. 4; y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9, párr. 1.

[607] Véanse la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 9, párr. 2; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 21, párr. 1; la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 29 de noviembre de 1989) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3), art. 45 d); la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006) (*ibid.*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3), art. 33, párr. 5; y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre 1982) (*ibid.*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3), art. 76, párr. 8.

[608] Véanse la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 19, párr. 3; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40, párr. 4; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, núm. 39481, pág. 3), art. 74.

[609] Decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento (véase la nota 598 *supra*), secc. XI, párr. 36, y secc. XII, párr. 37; Convención Única sobre Estupefacientes, art. 14.

[610] Decisión 24/CP.7 sobre procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo Kyoto (véase la nota 605 *supra*), anexo, secc. XV.

[611] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), cap. III, párr. 26 b); véase también "Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies", International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 158 supra), pág. 5, párr. 15; y Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), "Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts" (CDL-AD(2014)036), aprobado por la Comisión de Venecia en su 100ª sesión plenaria (Roma, 10 y 11 de octubre de 2014), pág. 31, párr. 78.

[612] Véanse *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párr. 66; Rodley, "The role and impact of treaty bodies" (nota 590 *supra*), pág. 640; A. Andrusevych y S. Kern (eds.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2014)*, 3ª ed. (2016) (Lviv, Resource and Analysis Center "Society and Environment", 2011); y "Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date", puede consultarse en www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf (acceso el 8 de julio de 2016).

[613] R. Van Alebeek y A. Nollkaemper, "The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law", en *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, H. Keller y L. Grover (eds.) (Cambridge (Reino Unido) Cambridge University Press, 2012), págs. 356 a 413, en especial pág. 402; Rodley, "The role and impact of treaty bodies" (véase la nota 590 *supra*), pág. 639; K. Mechlem, "Treaty bodies and the interpretation of human rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), págs. 905 a 947, en especial pág. 908.

generales, al designar cualquier acto de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado, para ser apropiados a los fines de este proyecto de conclusión, que es aplicable a una amplia variedad de órganos de expertos creados en virtud de tratados.

7) El párrafo 2 sirve para poner de relieve que cualquier posible efecto jurídico del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado depende, ante todo, de las normas específicas del tratado aplicable. Por tanto, los posibles efectos jurídicos pueden ser muy variados y han de determinarse aplicando las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en la Convención de Viena. El sentido corriente del término mediante el que un tratado designa una forma particular de pronunciamiento, o su contexto, suele dar una indicación clara de que esos pronunciamientos no son jurídicamente vinculantes[614]. Así sucede, por ejemplo, con los términos "observaciones" (artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), "sugerencias y recomendaciones" (artículo 14, párrafo 8, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial) y "recomendaciones" (artículo 76, párrafo 8, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). Las palabras "del tratado" pueden referirse al tratado por el que se establece el órgano de expertos, así como al tratado que se está interpretando. Es posible que se trate de dos instrumentos diferentes, por lo que a veces puede haber órganos de expertos creados en virtud de un tratado autorizados a interpretar tratados distintos de aquellos en virtud de los cuales hayan sido creados[615].

8) No es necesario, a los presentes efectos, describir en detalle las competencias de los diferentes órganos de expertos creados en virtud de un tratado. Por ejemplo, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos suelen aprobarse en respuesta a informes de los Estados (como las "observaciones finales"), en respuesta a comunicaciones individuales (como los "dictámenes") o en relación con la aplicación o interpretación de los respectivos tratados en general (como las "observaciones generales")[616]. Si bien tales pronunciamientos se rigen por distintas disposiciones específicas del tratado que determinan principalmente sus efectos jurídicos, a menudo interpretan, explícita o implícitamente, el tratado de una manera que plantea algunas cuestiones generales que el proyecto de conclusión 13 trata de abordar[617].

---

[614] Así se suele aceptar por regla general en la doctrina; véanse International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 158 *supra*), pág. 5, párr. 18; Rodley, "The role and impact of treaty bodies" (véase la nota 590 *supra*), pág. 639; Tomuschat, *Human Rights...* (véase la nota 600 *supra*), págs. 233 y 267; D. Shelton, "The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies" en *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, H. P. Hestermeyer y otros (eds.) (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012), págs. 553 a 575, en especial pág. 559; H. Keller y L. Grover, "General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy", en Keller y Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies...* (véase la nota 613 *supra*), págs. 116 a 198, en especial pág. 129; y Comisión de Venecia, "Report on the implementation of international human rights treaties..." (véase la nota 611 *supra*), pág. 30, párr. 76; para el término "determinar" en el art. 18 del Protocolo de Kyoto y la decisión 24/CP.7, véase G. Ulfstein y J. Werksmann, "The Kyoto compliance system: towards hard enforcement", en *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, O. S. Stokke, J. Hovi y G. Ulfstein (eds.) (Londres, Fridtjof Nansen Institut, 2005), págs. 39 a 62, en especial págs. 55 y 56.

[615] Véanse, por ejemplo, los arts. 1 y 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 10 de diciembre de 2008), resolución 63/117 de la Asamblea General, anexo.

[616] W. Kälin, "Examination of state reports", en Keller y Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies...* (véase la nota 613 *supra*), págs. 16 a 72; G. Ulfstein, "Individual complaints", *ibid.*, págs. 73 a 115; Mechlem, "Treaty bodies..." (véase la nota 613 *supra*), págs. 922 a 930; el fundamento jurídico de las observaciones generales relativas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el art. 40, párr. 4, de dicho Pacto, pero esta práctica también ha sido generalmente aceptada en relación con otros órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, véase Keller y Grover, "General comments..." (véase la nota 614 *supra*), págs. 127 y 128.

[617] Por ejemplo, Rodley, "The role and impact of treaty bodies" (véase la nota 590 *supra*), pág. 639; Shelton, "The legal status of normative pronouncements..." (véase la 614 *supra*), págs. 574 y 575; A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), pág. 155.

Párrafo 3, primera oración – "puede dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior"

9) Un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no puede, de por sí, constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) o b), ya que dicha disposición requiere un acuerdo de las partes o una práctica ulterior de las partes por la cual conste su acuerdo acerca de la interpretación del tratado. Ello se ha visto confirmado, por ejemplo, por la reacción de los Estados partes a un proyecto de propuesta del Comité de Derechos Humanos, según el cual su propio "cuerpo general de jurisprudencia", o la aquiescencia de los Estados a esa jurisprudencia, constituiría una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b). El Comité de Derechos Humanos proponía lo siguiente:

> En relación con el cuerpo general de jurisprudencia generado por el Comité, cabe considerar que constituye la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o bien que la aquiescencia de los Estados partes en esos pronunciamientos constituye dicha práctica[618].

10) Tras las críticas de algunos Estados hacia esta propuesta[619], el Comité la abandonó y aprobó su observación general núm. 33 sin hacer referencia al artículo 31, párrafo 3 b)[620]. Esto confirma que los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado no pueden, en sí mismos, constituir una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b)[621].

11) No obstante, los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado pueden dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación del tratado en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) o b). Esta posibilidad ha sido reconocida por los Estados[622], la Comisión[623] y también la Asociación de Derecho Internacional[624], así como por un considerable número de autores[625]. No hay, de hecho, ninguna razón para que un acuerdo

---

618 Proyecto de observación general núm. 33 (Las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (segunda versión revisada de 18 de agosto de 2008) (CCPR/C/GC/33/CRP.3), 25 de agosto de 2008, párr. 17; esta posición también ha sido planteada por varios autores: véase Keller y Grover, "General comments..." (nota 614 *supra*), págs. 130 a 132, con referencias adicionales.

619 Véanse, por ejemplo, los Comentarios de los Estados Unidos de América sobre el proyecto de observación general núm. 33 del Comité de Derechos Humanos sobre las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de octubre de 2008, párr. 17. Pueden consultarse en www.state.gov/documents/organization/138851.pdf (consultado el 8 de julio de 2016).

620 Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/64/40), vol. I, anexo V.

621 Dörr, "Article 31..." (véase la nota 61 *supra*), pág. 600, párr. 85.

622 Véase, por ejemplo, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, Acta resumida de la 22ª sesión (A/C.6/70/SR.22), 6 de noviembre de 2015, párr. 46 (Estados Unidos: "... las reacciones de los Estados partes a los pronunciamientos o las actividades de un órgano creado en virtud de un tratado pueden, en algunas circunstancias, constituir una práctica ulterior (de esos Estados) a los efectos del artículo 31, párrafo 3").

623 Véase el párr. 11) del comentario al proyecto de conclusión 3.

624 Véase International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 158 *supra*), pág. 6, párr. 21.

625 Véanse, por ejemplo, M. Kanetake, "UN human rights treaty monitoring bodies before domestic courts", *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 67 (2018), págs. 201 a 232, en especial pág. 218; Mechlem, "Treaty bodies..." (véase la nota 613 *supra*), págs. 920 y 921; B. Schlütter, "Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies", en Keller y Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies...* (véase la nota 613 *supra*), págs. 289 y 290; E. Klein y D. Kretzmer, "The UN Human Rights Committee: the general comments – the evolution of an autonomous monitoring instrument", *German Yearbook of International Law*, vol. 58 (2015), págs. 189 a 229, en especial págs. 205 y 206; Ulfstein y Werksmann, "The Kyoto compliance system..." (véase la nota 614 *supra*), pág. 96.

ulterior entre las partes, o una práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las propias partes acerca de la interpretación de un tratado, no pueda derivarse de un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado o ser objeto de referencia en él.

12) Aunque un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede, en principio, dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las propias partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), no es fácil lograr ese resultado en la práctica. En la mayoría de los tratados que establecen órganos de expertos de carácter universal hay muchas partes y a menudo será difícil establecer que todas ellas han acordado, explícita o implícitamente, que un pronunciamiento concreto de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado expresa una interpretación concreta del tratado.

13) Una posible forma de identificar un acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado reflejada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado es examinar las resoluciones de órganos de organizaciones internacionales y conferencias de Estados partes. En particular, las resoluciones de la Asamblea General pueden referirse explícita o implícitamente a pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado. Así ocurre, por ejemplo, con dos resoluciones de la Asamblea General sobre la "protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo"[626], que se refieren expresamente a la observación general núm. 29 (2001) del Comité de Derechos Humanos sobre la suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción[627]. En ambas resoluciones se reafirma la obligación de los Estados, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de respetar el carácter inderogable de ciertos derechos en toda circunstancia y se subraya la naturaleza "excepcional y temporal" de las derogaciones utilizando los mismos términos empleados en la observación general núm. 29 al interpretar y, con ello, especificar, la obligación que incumbe a los Estados en virtud del artículo 4 del Pacto[628]. Esas resoluciones fueron aprobadas sin votación por la Asamblea General y, por tanto, reflejarían un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) o b), si el consenso constituyó la aceptación por todas las partes de la interpretación contenida en el pronunciamiento[629].

14) El pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 15 (2002), con arreglo al cual los artículos 11 y 12 del Pacto reconocen el derecho humano al agua[630], constituye otro ejemplo de la forma en que puede llegarse a un acuerdo de las partes. Después de un debate de varios años, la Asamblea General aprobó, el 17 de diciembre de 2015, una resolución sin votación en la que se define el derecho humano al agua potable con las palabras que empleó el Comité en su observación general núm. 15 para interpretar ese derecho[631]. Esa resolución puede referirse a un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) o b), dependiendo de si el consenso constituyó la aceptación por todas las partes de la interpretación que figura en el pronunciamiento[632].

---

[626] Resoluciones de la Asamblea General 65/221, de 21 de diciembre de 2010, párr. 5, nota 8, y 68/178, de 18 de diciembre de 2013, párr. 5, nota 8.

[627] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/56/40), vol. I, anexo VI.

[628] *Ibid*., párr. 2.

[629] Véase el proyecto de conclusión 11, párr. 3, y su comentario.

[630] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 15 (2002), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2003, Suplemento núm. 2* (E/2003/22-E/C.12/2002/13), anexo IV, párr. 2. ("El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico").

[631] Resolución 70/169 de la Asamblea General, de 17 de diciembre 2015, en la que se recuerda la observación general núm. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua (véase la nota 630 *supra*) y se utilizan los mismos términos: "Reconoce que, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico" (párr. 2).

[632] Véanse el proyecto de conclusión 11, párr. 3, y su comentario, párrs. 31) a 38); en el caso de la resolución 70/169 sobre el derecho al agua (véase la nota 631 *supra*) "los Estados Unidos se

15) Otras resoluciones de la Asamblea General se refieren explícitamente a pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado[633] o exhortan a los Estados a que tengan en cuenta las recomendaciones, observaciones y comentarios generales de los órganos de tratados pertinentes para el tema sobre la aplicación de los correspondientes tratados[634]. Lo mismo puede ocurrir con las resoluciones de las conferencias de Estados partes, como en el caso de las recomendaciones del Comité de Cumplimiento de la Convención de Aarhus[635]. No obstante, es preciso abordar esas resoluciones con cautela antes de llegar a ninguna conclusión en cuanto a si implican un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) o b).

16) Incluso si un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no da lugar, ni se refiere, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de todas las partes en un tratado, puede ser pertinente para la identificación de otra práctica ulterior por la cual no conste tal acuerdo en virtud del artículo 32. Por ejemplo, algunas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos se refieren a observaciones generales del Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[636]. Aun cuando el número de miembros del Consejo es limitado, esas resoluciones pueden ser pertinentes para la interpretación de un tratado como expresión de otra práctica ulterior en virtud del artículo 32. Otro ejemplo es el de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes[637]. Varios Estados han seguido una práctica ulterior en virtud del artículo 32 al discrepar de las propuestas de la Junta en relación con el establecimiento de las denominadas salas de inyección seguras y otras medidas de reducción de daños[638], criticando a la Junta por hacer una interpretación demasiado rígida de los convenios y convenciones sobre estupefacientes y por actuar excediendo el ámbito de su mandato[639].

---

desvincula[ron] del consenso acerca del párrafo 2 basándose en que el texto utilizado para definir el derecho al agua y el saneamiento se basa[ba] únicamente en las opiniones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Relator Especial, y no aparec[ía] en ningún acuerdo internacional ni refleja[ba] ningún consenso internacional" (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Tercera Comisión, 55ª sesión* (A/C.3/70/SR.55), 24 de noviembre de 2015, párr. 144). No está del todo claro si con ello los Estados Unidos simplemente deseaban reiterar su posición de que la resolución no reconocía un efecto particular del pronunciamiento del Comité, o si discrepaban del contenido de la definición.

633 Véase la resolución 69/166 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2014, aprobada sin votación, donde se recuerda la observación general núm. 16 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a la intimidad, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y reputación (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/43/40), anexo VI).

634 Véanse las resoluciones de la Asamblea General 69/157, de 18 de diciembre de 2014, aprobada sin votación, y 68/147, de 18 de diciembre de 2013, aprobada sin votación.

635 Decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento (véase la nota 598 *supra*), anexo, seccs. III y XII, párr. 37; V. Koester, "The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)", en *Making Treaties Work, Human Rights, Environment and Arms Control*, G. Ulfstein y otros (eds.) (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2007), págs. 179 a 217, en especial pág. 203.

636 Véanse las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 28/16, de 26 de marzo de 2015, y 28/19, de 27 de marzo de 2015, aprobadas sin votación (Informe del Consejo de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 53* (A/70/53)).

637 Véase la nota 599 *supra*.

638 Véase *Report of the International Narcotics Control Board for 2009* (E/INCB/2009/1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.10.XI.1), párr. 278; véase también P. Gallahue, "International drug control", en *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, A. Nollkaemper e I. Plakokefalos (eds.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), pág. 171, nota 55.

639 D. Barrett, *Unique in International Relations? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies* (Londres, International Harm Reduction Association, 2008), pág. 8; D. R. Bewley-Taylor, *International Drug Control: Consensus Fractured* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012), págs. 124 a 126.

17) La primera oración del párrafo 3 limita las formas en que un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede ser pertinente para los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en un tratado mediante el uso de las expresiones "puede dar lugar" y "o referirse a". La expresión "puede dar lugar" designa las situaciones en que primero hay un pronunciamiento y después tiene lugar el posible acuerdo de las partes. En esta situación, el pronunciamiento puede servir de catalizador de la práctica ulterior de los Estados partes[640]. El término "referirse a", en cambio, abarca las situaciones en que la práctica ulterior y el posible acuerdo de las partes son anteriores al pronunciamiento y este solo indica la existencia de ese acuerdo o práctica. En el párrafo 3 se utiliza la palabra "referirse a", en lugar de "reflejar", para dejar claro que ningún acuerdo o práctica ulterior de las partes está comprendido en el propio pronunciamiento. No obstante, este término no exige que el pronunciamiento se refiera de manera explícita a esa práctica o acuerdo ulterior[641].

Párrafo 3, segunda oración – presunción contra el silencio como aceptación

18) A menudo, un acuerdo de todas las partes en un tratado, o incluso de únicamente una gran parte de ellas, acerca de la interpretación expuesta en un pronunciamiento solo es concebible si puede considerarse la falta de objeciones como acuerdo de los Estados partes que han guardado silencio. El proyecto de conclusión 10, párrafo 2, establece, como norma general, que "[e]l silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción"[642]. La segunda oración del párrafo 3 no pretende reconocer una excepción a esta norma general, sino que trata de precisar y aplicar la norma a los casos típicos de pronunciamientos de órganos de expertos.

19) Esto significa, en particular, que generalmente no cabe esperar que los Estados partes adopten una posición con respecto a cada pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado, ya esté dirigido a otro Estado o a todos los Estados en general[643]. Por otra parte, los Estados partes pueden estar obligados, en virtud del deber de cooperar previsto en determinados tratados, a tener en cuenta el pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado que vaya específicamente dirigido a ellos[644], o las comunicaciones individuales relativas a su propia conducta[645], y reaccionar al respecto.

---

640 Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 35 (2017) sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19 (CEDAW/C/GC/35): "Durante más de 25 años, en su práctica, los Estados partes han respaldado la interpretación del Comité. La *opinio iuris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario", donde se citan la práctica de los Estados y la *opinio iuris*, así como las decisiones judiciales, para apoyar la afirmación de que "[l]a recomendación general núm. 19 ha sido un catalizador clave de ese proceso" (*ibid*., párr. 2).

641 Los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos rara vez han intentado identificar concretamente la práctica de las partes con miras a interpretar una determinada disposición de un tratado, véanse ejemplos en G. Nolte, "Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 25 *supra*), págs. 210 a 278; Schlütter, "Aspects of human rights interpretation..." (véase la nota 625 *supra*), pág. 318.

642 Véase el proyecto de conclusión 10, párr. 2.

643 Véanse Ulfstein y Werksmann, "The Kyoto compliance system..." (véase la nota 614 *supra*), pág. 97; Van Alebeek y Nollkaemper, "The legal status of decisions by human rights treaty bodies..." (véase la nota 613 *supra*), pág. 410.

644 Como los pronunciamientos acerca de la validez de una reserva que hayan formulado, véanse la directriz 3.2.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados y el párr. 3) de su comentario, aprobados por la Comisión en 2011, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10/Add.1).

645 C. Tomuschat, "Human Rights Committee", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párr. 14 (donde se afirma que los Estados partes no pueden simplemente ignorar las comunicaciones individuales, sino que deben examinarlas de buena fe *(bona fide)*, y que no reaccionar en absoluto supondría una violación); también en este sentido, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Estudio núm. 690/2012 y "Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts",

Párrafo 4 – sin perjuicio de otra contribución

20) El proyecto de conclusión 13 solo aborda la posible contribución de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado a la interpretación de un tratado al dar lugar, o referirse, a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior de las propias partes en virtud de los artículos 31, párrafo 3 a) y b), y 32. El párrafo 4 dispone que el proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la contribución que esos órganos hagan a la interpretación de los tratados con arreglo a sus mandatos.

21) La Corte Internacional de Justicia ha confirmado, en particular en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo*, que los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos son pertinentes para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que esos pronunciamientos den lugar o se refieran a un acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3:

> Desde que fue creado, el Comité de Derechos Humanos ha construido un considerable cuerpo de jurisprudencia interpretativa, en particular mediante sus conclusiones en respuesta a las comunicaciones individuales que pueden presentarse ante él con respecto a los Estados partes en el primer Protocolo facultativo, así como mediante sus "observaciones generales".
>
> La Corte observa que, aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe dar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para vigilar la aplicación de dicho tratado. En este aspecto lo importante es lograr la claridad necesaria y la congruencia esencial del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales[646].

22) Las cortes, tribunales y órganos regionales de derechos humanos también han recurrido a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados como instrumento de ayuda para la interpretación de los tratados que están llamados a aplicar[647].

---

aprobado por la Comisión de Venecia en su 100ª sesión plenaria (Roma, 10 y 11 de octubre de 2014), párrs. 78 y 79.

646 *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párr. 66; véanse también *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 10 y ss., en especial pág. 27, párr. 39; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial págs. 179 a 181, párrs. 109, 110 y 112, y págs. 192 y 193, párr. 136, donde la Corte se refiere a varios pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; véase también *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 101, donde se hace referencia a pronunciamientos del Comité contra la Tortura al determinar el alcance temporal de la Convención contra la Tortura.

647 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de agosto de 2013, Serie C, núm. 268, párrs. 189 y 191; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria*, comunicación núm. 218/98, decisiones sobre comunicaciones presentadas ante la Comisión Africana, 29º período ordinario de sesiones, Trípoli, mayo de 2001, párr. 24 ("Al interpretar y aplicar la Carta, la Comisión [...] también debe respetar la Carta y las normas internacionales de derechos humanos, que incluyen las decisiones y observaciones generales de los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados"); Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, comunicación núm. 155/96, decisiones sobre comunicaciones presentadas ante la Comisión Africana, 30º período ordinario de sesiones, Banjul, octubre de 2001, párr. 63 ("se inspira en la definición de la expresión 'desalojos forzosos' del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 7"); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary* [GC] (véase la nota 341 *supra*), párr. 141; *Marguš v. Croatia* [GC], demanda núm. 4455/10, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014 (fragmentos), párrs. 48 a 50; *Baka v. Hungary*, demanda

Diversas cortes y tribunales nacionales han considerado que los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes para ellos[648], "merecen que se les dé un peso considerable al determinar el sentido de un derecho pertinente y la existencia de una infracción"[649].

23) La propia Comisión, en su comentario a la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[650], abordó la cuestión de la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos con respecto a las reservas[651].

24) Las decisiones judiciales no siempre han explicado plenamente la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado a los efectos de la interpretación de un tratado. En la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a la "práctica habitual del Comité de Derechos Humanos" para apoyar su propia interpretación de una disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[652]. Esto parece indicar que se debe acudir a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado en la forma discrecional en la que el artículo 32 describe los medios de interpretación complementarios[653] y que dichos pronunciamientos

---

núm. 20261/12, sentencia de 27 de mayo de 2014, párr. 58; *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, demanda núm. 8139/09, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2012 (fragmentos), párrs. 107, 108, 147 a 151, 155 y 158; *Gäfgen v. Germany* [GC], demanda núm. 22978/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010, paras. 68 y 70 a 72; véase también International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 158 *supra*), págs. 29 a 38, párrs. 116 a 155.

[648] Véanse las decisiones citadas en el informe de la Comisión de Venecia, "Report on the implementation of international human rights treaties..." (nota 611 *supra*), párr. 76, notas 172 y 173 (Irlanda, Tribunal Supremo, *Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and the Attorney General* [2002] IESC 13 (1 de marzo de 2002), párr. 36; Francia, Consejo de Estado, *Hauchemaille v. France*, causa núm. 238849, 11 de octubre de 2001, ILDC 767 (FR 2001), párr. 22).

[649] International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 158 *supra*), pág. 43, párr. 175; véanse, por ejemplo, Alemania, Tribunal Administrativo Federal, BVerwGE, vol. 134, págs. 1 y ss., en especial pág. 22, párr. 48; Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-077/13 (2013), 14 de febrero de 2013; India, Tribunal Superior de Delhi, *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors*, WP(C) núms. 8853, de 2008, y 10700, de 2009 (2010), sentencia de 4 de junio de 2010, párr. 23; Bangladesh, Sala Superior del Tribunal Supremo, *Bangladesh Legal Aid and Services Trust and ors v. Government of Bangladesh*, demandas núms. 5863, de 2009; 754, de 2010; 4275, de 2010, ILDC 1916 (BD 2010), 8 de julio de 2010, párr. 45; en cambio, véase España, Tribunal Supremo, sentencia núm. 1263/2018, 17 de julio de 2018, séptimo fundamento de derecho, págs. 23 y 24.

[650] Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2011), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10/Add.1).

[651] "Obviamente, si esos órganos han sido investidos de una potestad de decisión, las partes deberán respetar las decisiones que adopten, pero esto solo ocurre actualmente en relación con algunos tribunales regionales de derechos humanos. En cambio, los demás órganos de vigilancia carecen de la potestad jurídica de decidir, tanto en el ámbito de las reservas como en las demás esferas en que disponen de una competencia de constatación. Por lo tanto, sus conclusiones no son jurídicamente vinculantes y los Estados partes solo deben 'tener en cuenta' su evaluación de buena fe" (*ibid*., párr. 3) del comentario a la directriz 3.2.3).

[652] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109.

[653] El Tribunal Superior de Osaka ha declarado de manera explícita lo siguiente: "Cabe considerar que las 'observaciones generales' y los 'dictámenes' [...] deben utilizarse como medios de interpretación complementarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Tribunal Superior de Osaka, sentencia de 28 de octubre de 1994, citada en International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 158 *supra*), párr. 85, nota 178, que también puede consultarse en *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), págs. 129 y 130; véanse también, por ejemplo, Países Bajos, Tribunal Central de Apelación, *Appellante v. de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* (que puede consultarse en http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, consultada el 11 de julio de 2016); Reino Unido, por una parte, Cámara de los Lores, *Jones v. Saudi Arabia*, 14 de junio de 2006 [2006] UKHL 26 ("ningún valor") y, por otra parte, Cámara de los Lores, *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, paras. 34 a 36 (que se basa en los pronunciamientos de órganos creados en virtud de tratados para establecer una norma de exclusión de pruebas que impide utilizar información obtenida mediante tortura), y Tribunal de Apelación, *R. (on the application of Al-Skeini) v. Secretary of State*

también contribuyen “a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”[654]. Si bien los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado no constituyen práctica de una parte en el tratado, son, no obstante, comportamientos requeridos por el tratado cuyo propósito es contribuir a su correcta aplicación. Partiendo de que “las diferentes actividades de los órganos [creados en virtud de tratados] guardan relación con las distintas fuentes”, también se ha hecho referencia al Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo que califica la importancia jurídica de sus pronunciamientos como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”[655].

25) La expresión “con arreglo a sus mandatos” reafirma el párrafo 2 del proyecto de conclusión 13, que especifica que la relevancia del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado para la interpretación de un tratado depende de las normas aplicables del tratado en virtud del cual funciona ese órgano. En principio, el párrafo 4 es aplicable a todos los órganos de expertos creados en virtud de un tratado. No obstante, el grado de contribución que los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado hagan a la interpretación de los tratados “con arreglo a sus mandatos” variará, como se indica con el uso del plural.

for Defence, solicitud de revisión judicial (2005) EWCA Civ 1609 (2006) HRLR 7, párr. 101 (donde se cita la observación general núm. 31 del Comité de Derechos Humanos para establecer la aplicación extraterritorial de la Ley de Derechos Humanos de 1998); Sudáfrica, por una parte, Tribunal Superior de Witwatersrand, *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council* 2002 (6) BCLR, págs. 625 y ss., en especial pág. 629 (“las observaciones generales son una fuente autorizada con arreglo al derecho internacional”) citado en International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference*, párr. 11 (nota 158 *supra*) y, por otra parte, Tribunal Constitucional, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT 8/02) [2002] ZACC 15, párrs. 26 y 37 (donde se rechaza [aplicar] el criterio de la “obligación mínima” establecido en la observación general núm. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1991, Suplemento núm. 3* (E/1991/23-E/C.12/1990/8 y Corr.1), anexo III, pág. 86); Japón, Tribunal de Distrito de Tokio, sentencia de 15 de marzo de 2001, 1784 *Hanrei Jiho* 67, pág. 74 (“la observación general no es una interpretación autorizada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni condiciona la interpretación del tratado en el Japón”), citada en International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference*, párr.87 (nota 158 *supra*).

654 Véase el párr. 15) del comentario al proyecto de conclusión 2; véase también el proyecto de conclusión 12, párr. 3.

655 C. Chinkin, “Sources”, en *International Human Rights Law*, 3ª ed., D. Moeckli, S. Shah, S. Sivakumaran y D. J. Harris (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2018), págs. 63 a 85, en especial págs. 78 a 80, al igual que la doctrina y también, posiblemente, las decisiones judiciales; también en ese sentido: R. Van Alebeek y A. Nollkaemper, “The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law”, en Keller y Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies…* (véase la nota 613 *supra*), págs. 408 y 410 y ss.

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 Wood[656]. 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 Especial[658] y dos memorandos de la Secretaría[659].

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 consuetudinario[660]. 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 observaciones[661].

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 63er 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 interesadas[662].

[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 público[663]. 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 doctrina[666]. 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 *Certains 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 fundamental[668].

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 entrañar el examen de los procesos por los que se ha desarrollado. Por consiguiente, los proyectos de conclusión inevitablemente se refieren en varias ocasiones a la formación de las normas 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 consuetudinario[669]. 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 trasmitir 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 realmente[670].

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 delito[674].

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 consuetudinario[675]. 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 reflejan[676], 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 fuentes[678]. Si bien la aplicación práctica del enfoque básico puede perfectamente tener en cuenta las circunstancias particulares y el contexto en que ha surgido y funciona la supuesta norma[679], 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 consuetudinario[680]. 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 pertinentes[681]. 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 materia[682]. 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 extranjeros[683].

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 inacción[684]); 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 *Certains Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* y *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 jurídica[685].

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 ella[686]. 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 abstenían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional. La suposición del hecho no permite inferir que los Estados han sido conscientes de tener ese deber" (*The Case of the S.S. "Lotus", 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 consuetudinario[691]. 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 Estados[693]. 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 internacionales[694] (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 esferas[695].

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 internacionales[696]. 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 respecto[697].

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 mismas[698].

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 capacidad[699].

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 internacionales[700].

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 fuerza[702].

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 práctica[703]. 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 significativas[704].

6) Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales a todos los niveles pueden considerarse práctica de los Estados[705] (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 consuetudinario[706].

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 armado[707].

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 trate[709].

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 contexto[712]. 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 conclusión[713].

[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 norma[715]. 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 desautorizarla[720].

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 determinado[721]. 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 prohíbe[723]. 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 legal[724].

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 jurídica[725].

4) El tratar de cumplir una obligación convencional como obligación convencional, al igual que el tratar de cumplir el derecho interno, no constituye una aceptación como derecho a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario y la práctica seguida con esa intención no lleva en sí misma a inferir la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario[726]. 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 consuetudinario[727]. 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 abstenían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional. La presunción del hecho no permite inferir que los Estados han sido conscientes de tener ese deber, aunque […] hay otras circunstancias que demuestran lo contrario"); 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 oposición[728].

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 él[730].

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 fin[731]. 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 norma[734]. 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 constatarse 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 cuestión[736]. En primer lugar, es fundamental que la práctica en cuestión exija una reacción[737]: 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 actuar[738]. 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 tribunales[739], 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 codificación[740], 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 resultados[741].

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, *Gabčikovo-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 consuetudinario[743]. 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 respecto[744]. No obstante, los tratados que aún no han entrado en vigor o que todavía no han logrado una participación generalizada también pueden tener influencia en determinadas circunstancias, en particular en los casos en que fueron aprobados sin oposición o por una mayoría abrumadora de Estados[745]. 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 conjunta[746]. 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 consuetudinario[747].

5) El apartado a) se refiere a las situaciones en que queda establecido que una norma enunciada en un tratado es declaratoria de una norma preexistente de derecho internacional consuetudinario[748]. Al preguntarse si tal es el caso con respecto a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, en primer lugar debe tenerse en cuenta el texto del tratado, que puede contener una declaración expresa sobre la cuestión[749]. 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 concluyente[750]. 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 él[751]; en ese caso, cabe recurrir a los trabajos preparatorios del tratado[752], 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 reflejarla[753]. 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 general[754].

7) El apartado c) se refiere a los casos en que queda establecido que una norma enunciada en un tratado ha generado una nueva norma de derecho internacional consuetudinario[755]. 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 distinta[757]. 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 consuetudinario[758].

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 designación[759] 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 importantes[765]. 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 aprobación[766]. 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 consuetudinario[767].

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 Estados[768]. 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes] es una resolución no vinculante de la Asamblea General, y por lo tanto, es necesario contar con más pruebas para llegar a la conclusión de que la definición de tortura que figura en ella refleja el derecho internacional consuetudinario de ese momento”).

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 general[769]. 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 consuetudinario[771]. 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 Estados[772].

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 realidad[773].

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 sentido[774]. 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 mayor[777]. 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 nacional[778], 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.

contextos[779]. 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 internacional[780].

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 inequívocas[781]. 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 obligaciones[782].

Séptima parte
Derecho internacional consuetudinario particular

La séptima parte consta de un único proyecto de conclusión que se ocupa del derecho internacional consuetudinario particular (en ocasiones denominado "costumbre regional" o "costumbre especial"). Mientras que las normas de derecho internacional consuetudinario general son vinculantes para todos los Estados, las normas de derecho internacional consuetudinario particular se aplican entre un número limitado de Estados. Aunque no son demasiado frecuentes, pueden desempeñar un papel importante en las relaciones interestatales, ya que permiten armonizar intereses y valores contrapuestos de algunos Estados únicamente[783].

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 internacional[790].

[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 comentario[791].

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 Estados[792].

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 ellos[794].

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 extranjero[795], la copropiedad (condominio) de aguas históricas de tres Estados ribereños[796], el derecho a la pesca de subsistencia de nacionales que viven a orillas de un río que constituye la frontera entre dos Estados ribereños[797], el derecho al tránsito interfronterizo/internacional exento de trámites de inmigración[798] y la obligación de llegar a un acuerdo sobre la administración de la generación de energía en un río que constituye la frontera entre dos Estados[799].

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.

Capítulo VI
Protección de la atmósfera

A. Introducción

67. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Protección de la atmósfera", con sujeción a un entendimiento, y nombró Relator Especial al Sr. Shinya Murase[801].

68. La Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial en su 66º período de sesiones (2014); el segundo informe, en su 67º período de sesiones (2015); el tercer informe, en su 68º período de sesiones (2016); y el cuarto informe, en su 69º período de sesiones (2017)[802]. Sobre la base de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en los informes segundo, tercero y cuarto, la Comisión aprobó provisionalmente nueve proyectos de directriz y ocho párrafos del preámbulo, con sus comentarios[803].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

69. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/711), en el que este, en primer lugar, se refirió a la cuestión de la aplicación del proyecto de directrices en el ámbito nacional. A ese respecto, destacó las distintas formas que podía revestir esa aplicación, dependiendo de la naturaleza de las obligaciones de que se tratase, así como la aplicación extraterritorial del derecho interno en determinadas situaciones. En segundo lugar, examinó las situaciones de incumplimiento de las obligaciones contraídas. En cuanto a la cuestión del cumplimiento en el plano internacional, el Relator Especial señaló que prefería los mecanismos de cumplimiento cooperativos, concebidos para ofrecer asistencia a las partes incumplidoras, a los mecanismos punitivos o para el cumplimiento obligatorio, basados en la responsabilidad de los Estados y cuya finalidad era imponer sanciones a las partes incumplidoras. En tercer lugar, el Relator Especial se refirió a la cuestión del arreglo de controversias. A ese

[801] En su 3197ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2013 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10)), párr. 168. La Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo, en el entendimiento de que: "a) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad *(liability)* de los Estados y sus nacionales, el principio de 'quien contamina, paga', el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual; b) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de 'llenar' lagunas en los regímenes convencionales; c) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formarán parte del tema; d) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos. Los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento". La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 68/112, de 16 de diciembre de 2013, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 63er período de sesiones (2011), sobre la base de la propuesta contenida en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 365).

[802] A/CN.4/667, A/CN.4/681 y Corr.1 (en chino únicamente), A/CN.4/692 y A/CN.4/705 y Corr.1, respectivamente.

[803] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párrs. 53 y 54; *ibid., septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 95 y 96; e *ibid., septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 66 y 67.

respecto, subrayó la necesidad tanto de arreglar de manera pacífica las controversias como de tener en cuenta las numerosas cuestiones científicas y fácticas que conllevaban las controversias ambientales, lo que requería que se evaluasen las pruebas científicas y se aplicasen las normas reglamentarias adecuadas a esas controversias.

70. Sobre la base de su análisis, el Relator Especial propuso tres nuevos proyectos de directriz relativos a la aplicación (proyecto de directriz 10), el cumplimiento (proyecto de directriz 11) y el arreglo de controversias (proyecto de directriz 12). Además, señaló que esperaba concluir la primera lectura del proyecto de directrices en el período de sesiones en curso.

71. La Comisión examinó el quinto informe del Relator Especial en sus sesiones 3405ª y 3409ª a 3413ª, celebradas los días 17, 22 a 25 y 29 de mayo de 2018, respectivamente.

72. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3413ª sesión, celebrada el 29 de mayo de 2018, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 10 a 12 que figuraban en el quinto informe del Relator Especial, teniendo en cuenta el debate en la Comisión.

73. En su 3417ª sesión, celebrada el 2 de julio de 2018, la Comisión recibió y examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.909) y aprobó provisionalmente el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera en primera lectura (véase la sección C.1, *infra*).

74. En sus sesiones 3448ª a 3450ª, celebradas los días 8 y 9 de agosto de 2018, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de directriz (véase la sección C.2, *infra*).

75. En su 3450ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2018, la Comisión expresó su profundo reconocimiento al Relator Especial, Sr. Shinya Murase, que había permitido que la Comisión concluyese con éxito, en primera lectura, el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera.

76. En su 3450ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2018, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, remitir el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los Gobiernos y las organizaciones internacionales para que formulen comentarios y observaciones, con el ruego de que las presenten al Secretario General antes del 15 de diciembre de 2019.

C. Texto del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, con el preámbulo, aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de directrices, con el preámbulo

77. El texto del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, con el preámbulo, aprobado por la Comisión en primera lectura figura a continuación.

Preámbulo

Reconociendo que la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

Teniendo presente que el transporte y la dispersión de sustancias contaminantes y degradantes se producen en la atmósfera,

Observando la estrecha interacción que existe entre la atmósfera y los océanos,

Reconociendo, por tanto, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto,

Consciente de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo,

Consciente también, en particular, de la especial situación de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido a la elevación del nivel del mar,

Observando que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta,

Recordando que el presente proyecto de directrices no ha de interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y que tampoco pretende "llenar" lagunas de los regímenes convencionales ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos,

Directriz 1
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) Se entiende por "atmósfera" la envoltura de gases que circunda la Tierra;

b) Se entiende por "contaminación atmosférica" la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que contribuyan a producir efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra;

c) Se entiende por "degradación atmosférica" la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra.

Directriz 2
Ámbito de aplicación de las directrices

1. El presente proyecto de directrices se ocupa de la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de "quien contamina, paga", el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la responsabilidad *(liability)* de los Estados y sus nacionales, y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.

3. El presente proyecto de directrices no aborda sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados.

4. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta al estatus del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional ni a cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación.

Directriz 3
Obligación de proteger la atmósfera

Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

Directriz 4
Evaluación del impacto ambiental

Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control que tengan probabilidades de producir efectos perjudiciales en la atmósfera en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica.

Directriz 5
Utilización sostenible de la atmósfera

1. Dado que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, su utilización debe hacerse de manera sostenible.

2. La utilización sostenible de la atmósfera conlleva la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección de la atmósfera.

Directriz 6
Utilización equitativa y razonable de la atmósfera

La atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Directriz 7
Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

Las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera deben llevarse a cabo con prudencia y cautela, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Directriz 8
Cooperación internacional

1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, para proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

Directriz 9
Interrelación entre las normas pertinentes

1. Las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos, deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles, acordes con los principios de armonización e integración sistémica, y con miras a evitar conflictos. Ello debe hacerse de conformidad con las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, incluidos los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y con los principios y normas del derecho internacional consuetudinario.

2. Los Estados, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, deben procurar hacerlo, en la medida de lo posible, de manera armoniosa.

3. Al aplicar los párrafos 1 y 2, debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la

degradación atmosférica. Esos grupos pueden incluir, entre otros, los pueblos indígenas, la población de los países menos adelantados y la población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por la elevación del nivel del mar.

Directriz 10
Aplicación

1. La observancia en el ámbito nacional de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, incluidas las mencionadas en el presente proyecto de directrices, puede adoptar la forma de medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole.

2. Los Estados deben procurar poner en práctica las recomendaciones contenidas en el presente proyecto de directrices.

Directriz 11
Cumplimiento

1. Los Estados han de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, entre otras cosas mediante la observancia de las normas y los procedimientos de los acuerdos pertinentes en que sean parte.

2. Para lograr el cumplimiento, se pueden utilizar procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio, según proceda, de conformidad con los acuerdos pertinentes:

a) los procedimientos de facilitación pueden incluir la prestación de asistencia a los Estados, en caso de incumplimiento, de manera transparente, no contenciosa y no punitiva para velar por que los Estados en cuestión cumplan las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional, teniendo en cuenta su capacidad y sus condiciones especiales;

b) los procedimientos para el cumplimiento obligatorio pueden incluir las advertencias en caso de incumplimiento, la suspensión de los derechos y privilegios previstos en los acuerdos pertinentes, así como otro tipo de medidas para el cumplimiento obligatorio.

Directriz 12
Arreglo de controversias

1. Las controversias entre Estados relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica han de resolverse por medios pacíficos.

2. Habida cuenta de que esas controversias pueden conllevar numerosas cuestiones fácticas y de verificación científica, debe darse la consideración debida al recurso a expertos técnicos y científicos.

2. Texto del proyecto de directrices, con el preámbulo, con sus comentarios

78. El texto de proyecto de directrices, con el preámbulo, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en primera lectura en su 70º período de sesiones figura a continuación.

Protección de la atmósfera

Comentario general

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

2) La Comisión reconoce la importancia de implicarse plenamente en las necesidades actuales de la comunidad internacional. Se reconoce que tanto el entorno humano como el natural pueden sufrir efectos perjudiciales de resultas de algunos cambios en el estado de la atmósfera, principalmente causados por la introducción de sustancias nocivas que provocan la contaminación atmosférica transfronteriza, la disminución del ozono y cambios en las condiciones atmosféricas que dan lugar al cambio climático. La Comisión, mediante el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, se propone elaborar directrices que puedan ayudar a la comunidad internacional al abordar cuestiones esenciales relativas a la protección transfronteriza y mundial de la atmósfera. Al hacerlo, la Comisión no desea interferir en negociaciones políticas relevantes, como las relativas a la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, la disminución de la capa de ozono y el cambio climático, ni pretende "llenar" lagunas de los regímenes convencionales o imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos.

Preámbulo

Reconociendo que la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

Teniendo presente que el transporte y la dispersión de sustancias contaminantes y degradantes se producen en la atmósfera,

Observando la estrecha interacción que existe entre la atmósfera y los océanos,

Reconociendo, por tanto, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto,

Consciente de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo,

Consciente también, en particular, de la especial situación de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido a la elevación del nivel del mar,

Observando que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta,

Recordando que el presente proyecto de directrices no ha de interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y que tampoco pretende "llenar" lagunas de los regímenes convencionales ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos.

Comentario

1) En ocasiones anteriores, los preámbulos se prepararon una vez que la Comisión hubo concluido los trabajos sobre un tema concreto[804]. No obstante, en el presente caso,

[804] Antes, la Comisión solía presentar a la Asamblea General el resultado de su labor sin un proyecto de preámbulo, dejando su elaboración a cargo de los Estados. No obstante, también hay precedentes de casos en que la Comisión ha redactado tales preámbulos. Así sucedió, por ejemplo, con respecto a los dos proyectos de convención sobre la supresión de la apatridia en el porvenir (1954), *Anuario…, 1954* (en inglés), vol. II, párr. 25, y para reducir los casos de apatridia en el porvenir (1954), *Anuario…, 1954* (en inglés), vol. II, párr. 25; el modelo de reglas sobre procedimiento arbitral (1958), *Anuario…, 1958*, vol. II, párr. 22 (en el preámbulo figuran las reglas fundamentales de la estipulación de recurrir al arbitraje); el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (1999), *Anuario…, 1999*, vol. II (segunda parte), párr. 47 (se reproduce en la resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, anexo); el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001), *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97 (se reproduce en la

debido a la forma en que han evolucionado las directrices, se ha elaborado un proyecto de preámbulo durante el proceso de redacción. Por ejemplo, la Comisión remitió el proyecto de directriz 3 (relativo a la preocupación común de la humanidad), que figura en el segundo informe del Relator Especial[805], al Comité de Redacción para que lo examinara en el contexto de un posible preámbulo.

2) El objetivo del preámbulo es ofrecer un marco contextual para el proyecto de directrices. El primer párrafo del preámbulo reconoce, en términos generales, la importancia esencial de la atmósfera para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres. La atmósfera es el mayor recurso natural del planeta y uno de los más importantes. Como recurso natural —junto con los recursos minerales, energéticos e hídricos— la han considerado el Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social[806], la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (en adelante, "Declaración de Estocolmo)"[807] de 1972 y la Carta Mundial de la Naturaleza[808] de 1982. La atmósfera proporciona "recursos fluyentes" renovables que son esenciales para la supervivencia de los seres humanos, las plantas y los animales en el planeta, y sirve como medio de transporte y comunicación. Como recurso natural, durante mucho tiempo se consideró que era inagotable y no excluyente, pues se suponía que todo el mundo podía beneficiarse de la atmósfera sin privar de ella a los demás. Ese planteamiento ya no se sostiene[809]. Hay que tener en cuenta que la atmósfera es un recurso limitado con capacidad de asimilación limitada.

3) El segundo párrafo del preámbulo aborda el aspecto funcional de la atmósfera como medio a través del cual se transportan y dispersan sustancias contaminantes y degradantes. La Comisión consideró apropiado mencionar ese aspecto funcional en el preámbulo. Esta decisión refleja la preocupación de que la inclusión del aspecto funcional como parte de la definición, como se proponía inicialmente, pueda sugerir que ese transporte y esa dispersión son deseables, que no es la intención de la Comisión. Se reconoce que el movimiento transfronterizo a gran distancia de sustancias contaminantes y degradantes es uno de los principales problemas del medio ambiente atmosférico actual[810], y se ha

---

resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo); los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas (2006), *Anuario…, 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 176; el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006), *Anuario…, 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 66 (se reproduce en la resolución 61/36 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, anexo); y los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008), *Anuario…, 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 53 y 54.

805 A/CN.4/681, párr. 3.

806 La inclusión de los "recursos atmosféricos" en "otros recursos naturales" por el antiguo Comité de Recursos Naturales se mencionó por primera vez en el informe del Comité sobre su primer período de sesiones (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 6* (E/4969-E/C.7/13)), sección 4 ("Otros recursos naturales"), párr. 94 d). La labor del Comité (después, el Comité de Energía y Recursos Naturales para el Desarrollo) se transfirió posteriormente a la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible.

807 "Los recursos naturales de la Tierra, incluido el aire…, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga" (aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.73.II.A.14 (A/CONF.48/14/Rev.1 y Corr.1), primera parte, cap. I, principio 2).

808 "[l]os recursos… atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua" (Carta Mundial de la Naturaleza, resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo, principios generales, párr. 4).

809 En el asunto *Gasolina* de 1996, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) reconocieron que el aire puro era "un recurso natural agotable". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (1996), WT/DS2/AB/R.

810 Véase el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 2001, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2256, núm. 40214, pág. 119 (en cuyo preámbulo se señala que "los contaminantes orgánicos persistentes… son transportados por el aire… a través de las fronteras

determinado que la región del Ártico es una de las zonas más gravemente afectadas por la difusión mundial de contaminantes nocivos[811].

4) En el tercer párrafo del preámbulo se reconoce la "estrecha interacción" que surge, como cuestión de hecho, de la relación física existente entre la atmósfera y los océanos. Una proporción considerable de la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella proviene de fuentes terrestres, como las actividades antropógenas en tierra[812]. Las investigaciones científicas demuestran que las actividades humanas son también responsables del calentamiento de la Tierra, que provoca un aumento de la temperatura de los océanos y a su vez se traduce en condiciones atmosféricas extremas en forma de inundaciones y sequías[813]. En su resolución 71/257, de 23 de diciembre de 2016, la Asamblea General confirmó el efecto del cambio climático en los océanos y destacó la importancia de mejorar la comprensión científica de la interfaz entre los océanos y la atmósfera[814].

---

internacionales y depositados lejos del lugar de su liberación, acumulándose en ecosistemas terrestres y acuáticos"). El Protocolo del Convenio de 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia para Luchar contra la Acidificación, la Eutrofización y el Ozono Troposférico (Gotemburgo, 30 de noviembre de 1999, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2319, pág. 81), modificado en 2012, indica en el tercer párrafo del preámbulo lo siguiente: "Preocupadas… por el hecho de que los [productos químicos] emitidos… se transportan a gran distancia a través de la atmósfera y pueden tener efectos transfronterizos perjudiciales". El Convenio de Minamata sobre el Mercurio (Kumamoto (Japón), 10 de octubre de 2013, cuyo texto puede consultarse en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf), reconoce que el mercurio "es un producto químico de preocupación mundial debido a su transporte a larga distancia en la atmósfera" (primer párrafo del preámbulo). Véase J. S. Fuglesvedt y otros, "Transport impacts on atmosphere and climate: metrics", *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), págs. 4648 a 4677; D. J. Wuebbles, H. Lei y J.-T. Lin, "Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences", *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), págs. 65 a 84; J.-T. Lin, X.-Z. Liang y D. J. Wuebbles, "Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model", *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008).

811 Se han identificado algunas de las amenazas contaminantes para el medio ambiente del Ártico, como los contaminantes orgánicos persistentes y el mercurio, que suelen provenir de fuentes ajenas a la región. Esos contaminantes acaban en el Ártico procedentes de regiones industriales de Europa y otros continentes, transportados por los vientos del norte y la circulación oceánica. Véase T. Koivurova, P. Kankaanpää y A. Stepien, "Innovative environmental protection: lessons from the Arctic", *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), págs. 285 a 311, en especial pág. 297.

812 R. A. Duce y otros, "The atmospheric input of trace species to the world ocean", *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5 (1991), págs. 193 a 259; T. Jickells y C. M. Moore, "The importance of atmospheric deposition for ocean productivity", *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), págs. 481 a 501.

813 Según el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, "Cambio Climático 2014: Informe de Síntesis", pág. 4: "El calentamiento del océano domina sobre el incremento de la energía almacenada en el sistema climático y representa más del 90% de la energía acumulada entre 1971 y 2010 *(nivel de confianza alto)*, siendo únicamente en torno al 1% la energía almacenada en la atmósfera. A escala global, el calentamiento del océano es mayor cerca de la superficie. Los 75 m superiores se han calentado 0,11 [0,09 a 0,13] °C por decenio, durante el período comprendido entre 1971 y 2010. Es *prácticamente seguro* que la capa superior del océano (0-700 m) se haya calentado entre 1971 y 2010, y es *probable* que se haya calentado entre la década de 1870 y 1971". Debido al aumento de la temperatura de los océanos, muchos análisis científicos indican que existe un riesgo de sequía grave y generalizada en el siglo XXI en muchas zonas de tierras. Véanse S. K. Min y otros, "Human contribution to more-intense precipitation extremes", *Nature*, vol. 470 (2011), págs. 378 a 381; A. Dai, "Increasing drought under global warming in observations and models", *Nature Climate Change*, vol. 3 (2013), págs. 52 a 58 y J. Sheffield, E. F. Wood y M. L. Roderick, "Little change in global drought over the past 60 years", *Nature*, vol. 491 (2012), págs. 435 a 438. Véanse también Ø. Hov, "Overview: oceans and the atmosphere" y T. Jickells, "Linkages between the oceans and the atmosphere", en "Summary of the informal meeting of the International Law Commission: dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017", párrs. 4 a 12 y 21 a 30, respectivamente. Puede consultarse en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E.

814 Resolución 71/257 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2016, sobre los océanos y el derecho del mar, párrs. 185 a 196 y 279.

5) En 2015 se finalizó la Primera Evaluación Integrada del Medio Marino a Escala Mundial (Evaluación Mundial de los Océanos I), un estudio general y exhaustivo del estado del medio marino, con un capítulo que abordaba en parte las sustancias que contaminan los océanos a través de la atmósfera desde fuentes terrestres[815]. El resumen del informe fue aprobado por la Asamblea General en su septuagésimo período de sesiones[816].

6) Entre las diversas actividades humanas que tienen un impacto en los océanos, las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques contribuyen al calentamiento de la Tierra y el cambio climático. El estudio realizado en 2009 por la Organización Marítima Internacional (OMI) sobre las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques las clasificó en cuatro categorías: emisiones de gases de escape, emisiones de la carga, emisiones de refrigerantes y otras emisiones[817]. Las investigaciones indican que las emisiones excesivas de gases de efecto invernadero procedentes de los buques alteran la composición de la atmósfera y el clima y afectan negativamente al medio marino y a la salud humana[818].

7) La Asamblea General ha seguido insistiendo en la urgencia de hacer frente a los efectos de la degradación atmosférica, como el aumento de las temperaturas mundiales, la elevación del nivel del mar, la acidificación de los océanos y otras repercusiones del cambio climático que están afectando gravemente a las zonas costeras y los países con zonas costeras bajas, incluidos muchos países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo, y amenazando la supervivencia de muchas sociedades[819].

8) El tercer párrafo del preámbulo también está vinculado al párrafo 1 del proyecto de directriz 9, en el sentido de que el vínculo físico que existe entre la atmósfera y los océanos constituye la base física de la relación entre las normas relativas a la protección de la atmósfera y las normas del derecho del mar[820].

9) El cuarto párrafo del preámbulo reconoce, teniendo en cuenta la importancia de los problemas relacionados con la atmósfera, como se ha mencionado, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es “una

---

[815] División de las Naciones Unidas de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, “Primera Evaluación Integrada del Medio Marino a Escala Mundial (Evaluación Mundial de los Océanos I)”. Puede consultarse en inglés en www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (consultado el 7 de julio de 2017) (véase, en particular, el cap. 20, “Aportaciones de fuentes terrestres a las costas, las vías fluviales y la atmósfera”).

[816] Resolución 70/235 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2015.

[817] Ø. Buhaug y otros, *Second IMO GHG Study 2009* (Londres, OMI, 2009), pág. 23. Véase también T.W. P. Smith y otros, *Third IMO GHG Study 2014* (Londres, OMI, 2014), resumen, cuadro 1. M. Righi, J. Hendricks y R. Sausen, “The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), págs. 633 a 651.

[818] La mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques se emiten en la capa límite marina o se transportan a ella, donde afectan a la composición de la atmósfera. Véase, por ejemplo, V. Eyring y otros, “Transport impacts on atmosphere and climate: shipping”, *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), págs. 4735, 4744, 4745, 4752 y 4753. D. E. J. Currie y K. Wowk, “Climate change and CO_2 in the oceans and global oceans governance”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), págs. 387 y 389; C. Schofield, “Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), pág. 12; y S. R. Cooley y J. T. Mathis, “Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development”, *Ocean Yearbook*, vol. 27 (2013), págs. 29 a 47.

[819] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, párr. 14 (“El cambio climático es uno de los mayores retos de nuestra época y sus efectos adversos menoscaban la capacidad de todos los países para alcanzar el desarrollo sostenible. La subida de la temperatura global, la elevación del nivel del mar, la acidificación de los océanos y otros efectos del cambio climático están afectando gravemente a las zonas costeras y los países costeros de baja altitud, incluidos numerosos países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo. Peligra la supervivencia de muchas sociedades y de los sistemas de sostén biológico del planeta”). Véase también “Los océanos y el derecho del mar: informe del Secretario General” (A/71/74/Add.1), cap. VIII (“Los océanos y el cambio climático y la acidificación de los océanos”), párrs. 115 a 122.

[820] Véase, *infra*, el párr. 6) del comentario al proyecto de directriz 9.

preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto". Si bien una serie de tratados y de escritos en la materia ponen de manifiesto cierto grado de apoyo al concepto de "preocupación común de la humanidad"[821], la Comisión decidió no adoptar esa terminología para definir el problema, ya que las consecuencias jurídicas del concepto de preocupación común de la humanidad siguen sin estar claras en la etapa actual de desarrollo del derecho internacional relativo a la atmósfera. Se consideró apropiado expresar la preocupación de la comunidad internacional como cuestión de declaración fáctica y no de declaración normativa, como tal, de la gravedad de los problemas atmosféricos. Así pues, en este contexto, se ha utilizado la expresión "una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto". Se trata de una expresión que la Comisión ha empleado con frecuencia como uno de los criterios de selección de nuevos temas para su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo[822].

10) El quinto párrafo del preámbulo, que se ha incluido atendiendo a consideraciones de equidad, se refiere a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo. Uno de los primeros intentos de incorporar ese principio fue la Conferencia de Washington de la Organización Internacional del Trabajo de 1919, en la que delegaciones de Asia y África lograron que se aprobaran normas laborales diferenciadas[823]. Otro ejemplo es el

[821] En el párrafo 1 del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 (Nueva York, 9 de mayo de 1992, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107), se reconoce que "los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad". De manera análoga, en el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 (*ibid*., vol. 1760, núm. 30619, pág. 79) se señala que las partes son "conscientes… de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera" (párr. 2) y se afirma que "la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad" (párr. 3). La Convención de las Naciones Unidas de 1994 de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (abierto a la firma en París el 14 de octubre de 1994, *ibid.*, vol. 1954, núm. 33480, pág. 3) adoptó expresiones similares a preocupación común en su preámbulo, como "centro de las preocupaciones", "urgente preocupación de la comunidad internacional" y "problemas de dimensiones mundiales" para luchar contra la desertificación y la sequía. Otros instrumentos, por ejemplo, el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y el Protocolo de Gotemburgo del Convenio de 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, emplean conceptos similares al de preocupación común. Véanse A. E. Boyle, "International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles", en *International Law and Global Climate Change* R. Churchill y D. Freestone (eds.) (Leiden, Kluwer Academic, 1991), págs. 11 y 12; D. French, "Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?", en *Research Handbook on Biodiversity and Law*, M. Bowman, P. Davies y E. Goodwin (eds.) (Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2016), págs. 334 a 360, pág. 347; A. Kiss, "The common concern of mankind", *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), pág. 246; A. A. Cançado-Trindade y D. J. Attard, "The implication of the 'common concern of mankind' concept on global environmental issues", en *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, T. Iwama (ed.) (Tokio, Environmental Research Center, 1991), págs. 7 a 13; J. Brunnée, "Common areas, common heritage, and common concern", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunnée y H. Hey (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 565 y 566. Véanse también C. Kreuter-Kirchhoff, "Atmosphere, International Protection", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 737 a 744 (la atmósfera como "preocupación común de la humanidad").

[822] *Anuario…, 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 238; *Anuario…, 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 553. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párr. 269. La Comisión ha convenido en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que podría examinar también temas que reflejaran las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y las cuestiones de mayor interés para la comunidad internacional en su conjunto.

[823] Tomando como referencia el art. 405, párr. 3, del Tratado de Versalles de 1919 (Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, 28 de junio de 1919), que se convirtió en el art. 19, párr. 3, de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (9 de octubre de 1946, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 229, pág. 35) (los convenios laborales "deberá[n] tener en cuenta" las circunstancias particulares de los países en los que las condiciones de trabajo sean

Sistema Generalizado de Preferencias desarrollado en la década de los setenta por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, mencionado en el proyecto de artículo 23 del proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, que la Comisión aprobó en 1978[824].

11) La necesidad de tener especialmente en cuenta a los países en desarrollo en el contexto de la protección del medio ambiente ha encontrado respaldo en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración de Estocolmo de 1972[825], la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (en adelante, "Declaración de Río")[826] y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002[827]. El principio 12 de la Declaración de Estocolmo considera importante actuar "teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo". El principio 6 de la Declaración de Río hace hincapié en "la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental". La Declaración de Johannesburgo expresa la determinación de prestar atención a "las necesidades de desarrollo de los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países menos adelantados"[828]. Ese principio se recoge de manera similar en el artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[829] de 1992, y en el artículo 2 del Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 2015 (en adelante, "Acuerdo de París")[830].

12) El enunciado del quinto párrafo del preámbulo está basado en el séptimo párrafo del preámbulo de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997[831].

13) El sexto párrafo del preámbulo se refiere a uno de los efectos más profundos de la degradación atmosférica para todos los Estados: la elevación del nivel del mar causada por el calentamiento de la Tierra. Destaca en particular la situación especial de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido a la elevación del nivel del mar. En el Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático se calcula que es probable que la media mundial de la

"esencialmente diferentes"). También se incluyó este mismo principio en algunos de los convenios aprobados por la Organización en 1919 y en varios convenios aprobados con posterioridad. Véase I. F. Ayusawa, *International Labor Legislation* (Nueva York, Universidad de Columbia, 1920), cap. VI, págs. 149 y ss.

824 Véanse el art. 23 (Cláusula de la nación más favorecida y trato en virtud de un sistema generalizado de preferencias) y el art. 30 (Nuevas normas de derecho internacional en favor de los países en desarrollo) del proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida aprobado por la Comisión en su 30º período de sesiones en 1978, *Anuario…, 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74; véanse también los párrs. 47 a 72. S. Murase, *Economic Basis of International Law* (Tokio, Yuhikaku, 2001), págs. 109 a 179 (en japonés). Véanse también las excepciones anteriores para los países en desarrollo especificadas en el artículo XVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (Ginebra, 30 de octubre de 1947), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 55, núm. 814, pág. 194.

825 Véase L. B. Sohn, "The Stockholm Declaration on the Human Environment", *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), págs. 423 a 515, en especial págs. 485 a 493.

826 Aprobada en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992; véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) y Corr.1), resolución I, pág. 3.

827 *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002* (A/CONF.199/20), publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.03.II.A.1, y corrección), cap. I, resolución 1, anexo.

828 Declaración de Johannesburgo, párr. 24. Véase también el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, "El futuro que queremos", que figura en el anexo de la resolución 66/288 de la Asamblea General, de 27 de julio de 2012.

829 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107.

830 Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (París, 12 de diciembre de 2015), https://treaties.un.org/doc/Treaties/2016/02/20160215%2006-03%20PM/Ch_XXVII-7-d.pdf.

831 Aprobada por la Asamblea General en su resolución 51/229 (anexo), de 21 de mayo de 1997. La Convención entró en vigor el 17 de agosto de 2014.

elevación del nivel del mar sea de entre 26 cm y 98 cm en el año 2100[832]. Si bien las cifras y los niveles de variación exactos son aún inciertos, en el informe se afirma que es "prácticamente seguro" que el nivel del mar seguirá subiendo en el siglo XXI y en los siglos posteriores, incluso si se estabilizan las concentraciones de emisiones de gases de efecto invernadero. Además, es probable que la elevación del nivel del mar muestre "un fuerte patrón regional y algunos lugares experimenten desviaciones considerables en la variación local y regional del nivel del mar respecto de la variación media mundial"[833]. Ese grado de variación del nivel del mar puede suponer una amenaza potencialmente grave, tal vez incluso desastrosa, para muchas zonas costeras, en particular aquellas con zonas costeras bajas muy extensas y densamente pobladas, así como para los pequeños Estados insulares en desarrollo[834].

14) El sexto párrafo del preámbulo está vinculado a la interrelación entre las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y las normas del derecho del mar mencionadas en el párrafo 1 del proyecto de directriz 9[835]. También está vinculado a la especial atención que debe prestarse a las personas y grupos en situación vulnerable a que se hace referencia en el párrafo 3 del proyecto de directriz 9[836]. Con las palabras "en particular" se pretende reconocer determinadas zonas sin necesidad de limitar la lista de posibles zonas afectadas.

15) El séptimo párrafo del preámbulo pone de relieve los intereses de las generaciones futuras, entre otras cosas con miras a la protección de los derechos humanos. Se trata de que el planeta siga siendo habitable para las generaciones futuras. Al adoptar medidas para proteger la atmósfera en la actualidad, es importante tener en cuenta la conservación de la calidad de la atmósfera a largo plazo. En su preámbulo, el Acuerdo de París de 2015, tras reconocer que el cambio climático es un problema común de la humanidad, dispone que las partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deberían respetar, promover y tomar en consideración, entre otras cosas, sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos, así como la equidad intergeneracional. La importancia de las consideraciones "intergeneracionales" ya se afirmó en el principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972[837]. También sirve de base al concepto de desarrollo sostenible, formulado en el Informe Brundtland de 1987, *Nuestro Futuro Común*[838], e inspira la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible[839]. Además, se refleja en el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992[840], así como en otros tratados[841]. El

[832] Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2013), pág. 1180.

[833] *Ibid.*, pág. 1140.

[834] Véanse A. H. A. Soons, "The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries", *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990), págs. 207 a 232; M. Hayashi, "Sea-level rise and the law of the sea: future options", en *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, D. Vidas y P. J. Schei (eds.) (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), pág. 187 y ss. Véanse también International Law Association, *Report of the Seventy-fifth Conference held in Sofia, August 2012* (Londres, 2012), págs. 385 a 428; e International Law Association, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise* (informe provisional), págs. 13 a 18.

[835] Véase, *infra*, el párr. 6) del comentario al proyecto de directriz 9.

[836] Véase, *infra*, el párr. 16) del comentario al proyecto de directriz 9.

[837] El principio 1 de la Declaración se refiere a la "solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras".

[838] Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: *Nuestro Futuro Común* (Oxford, Oxford University Press, 1987). Se destacó la importancia de que "el desarrollo satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones" (pág. 43).

[839] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015, en la que se destaca la necesidad de proteger el planeta contra la degradación de manera que pueda "satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras".

[840] En el preámbulo del Convenio se habla de conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica "en beneficio de las generaciones actuales y futuras".

[841] El artículo 4 vi) de la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos (Viena, 5 de septiembre de 1997, Naciones

artículo 3, párrafo 1, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, establece que "[l]as Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras". La Corte Internacional de Justicia ha señalado en su opinión consultiva de 1996 relativa a las *Armas nucleares*, con respecto a tales armas, que es imperativo tener en cuenta "en particular [...] su capacidad de perjudicar a las generaciones futuras"[842].

16) La Comisión optó por el término "intereses" en lugar de "beneficio" en el séptimo párrafo del preámbulo. En el proyecto de directriz 6 se utilizó una fórmula similar que se refiere a los intereses de las generaciones futuras en el contexto de la "utilización equitativa y razonable de la atmósfera"[843].

Unidas, *Treaty Series*, vol. 2153, núm. 37605, pág. 303) dispone que las partes deberán "esforzarse en evitar acciones cuyas repercusiones razonablemente previsibles en las generaciones futuras sean mayores que las permitidas para la generación presente".

[842] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 244, párr. 36.

[843] Aunque por el momento no hay decisiones de tribunales internacionales en relación con los derechos intergeneracionales consuetudinarios, ha habido muchas decisiones de tribunales nacionales, que pueden constituir práctica a los efectos del derecho internacional consuetudinario, en las que se reconoce la equidad intergeneracional; véanse C. Redgwell, "Intra- and inter-generational equity", en *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, C. P. Carlarne, K. R. Gray y R. G. Tarasofsky (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 185 a 201, en especial pág. 198. Véanse también Australia: *Gray v. Minister for Planning*, [2006] NSWLEC 720; India, *Vellore Citizens' Welfare Forum and State of Tamil Nadu (joining) v. Union of India and others*, demanda relativa al interés público, 1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996); Kenya, *Waweru, Mwangi (joining) and others (joining) v. Kenya*, demanda civil conjunta, asunto núm. 118 de 2004, demanda núm. 118/04, ILDC 880 (KE 2006); Sudáfrica, *Fuel Retailers Association of South Africa v. Director-General, Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province, and others*, [2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059; Pakistán, *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, demanda interpuesta el 6 de abril de 2016 (cuyo expediente puede consultarse en www.ourchildrenstrust.org/pakistan). En relación con el comentario, véanse E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokio, Dependencia de Publicaciones de la Universidad de las Naciones Unidas, 1989), pág. 96; M. Bruce, "Institutional aspects of a charter of the rights of future generations", en *Our Responsibilities Towards Future Generations*, S. Busuttil y otros (eds.) (Valetta, UNESCO y Fundación de Estudios Internacionales, Universidad de Malta, 1990), págs. 127 a 131; T. Allen, "The Philippine children's case: recognizing legal standing for future generations", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), págs. 713 a 741 (donde se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de Filipinas en *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 de julio de 1993), *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), pág. 168). En algunos de esos procedimientos se reconoció la legitimación activa sobre la base de la "doctrina del fideicomiso público", que hace a los Gobiernos responsables, como fideicomisarios, de la gestión de los recursos ambientales comunes. Véanse M. C. Wood y C. W. Woodward IV, "Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last", *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), págs. 634 a 684; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999); K. Coghill, C. Sampford y T. Smith (eds.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (Londres, Routledge, 2012); M. C. Blumm y M. C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2ª ed. (Durham, Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 2015); y K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015). En una sentencia de 13 de diciembre de 1996, el Tribunal Supremo de la India declaró que la doctrina del fideicomiso público era "derecho nacional"; *M.C. Mehta v. Kamal Nath and Others* (1997) 1 Supreme Court Cases 388, reproducido en C. O. Okidi (ed.), *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to Environment: National Decisions*, vol. I (Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998), pág. 259. Véase J. Razzaque, "Application of public trust doctrine in Indian environmental cases", *Journal of Environmental Law*, vol. 13 (2001), págs. 221 a 234.

17) El octavo párrafo del preámbulo reproduce el entendimiento al que llegó la Comisión en su 65º período de sesiones (2013) acerca de la inclusión del tema en su programa de trabajo[844].

Directriz 1
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) Se entiende por "atmósfera" la envoltura de gases que circunda la Tierra;

b) Se entiende por "contaminación atmosférica" la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que contribuyan a producir efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra;

c) Se entiende por "degradación atmosférica" la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra.

Comentario

1) Por necesidad práctica, la Comisión ha considerado conveniente elaborar un proyecto de directriz sobre los "Términos empleados" para contar con un entendimiento común acerca de las cuestiones que se tratan en el presente proyecto de directrices. Los términos empleados se definen únicamente "a los efectos del presente proyecto de directrices" y no se pretende que afecten en modo alguno a las definiciones existentes o futuras de dichos términos en derecho internacional.

2) No existe una definición del término "atmósfera" en los instrumentos internacionales relevantes. No obstante, la Comisión juzgó necesario establecer una definición básica a los efectos del presente proyecto de directrices, y la definición que figura en el apartado a) está inspirada en la definición propuesta por un grupo de trabajo del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático[845].

3) La Comisión consideró necesario que la definición jurídica se ajustara al enfoque de los científicos. Según estos, la atmósfera existe en lo que se denomina la capa atmosférica[846]. Desde el punto de vista físico, se extiende hacia arriba desde la superficie de la Tierra, que es el límite inferior de la atmósfera seca. La composición media de la atmósfera hasta una altitud de 25 km es la siguiente: nitrógeno (78,08%), oxígeno (20,95%) y algunos gases traza, como el argón (0,93%), el helio y gases de efecto invernadero radiativamente activos, por ejemplo, el dióxido de carbono (0,035%) y el ozono, así como vapor de agua de efecto invernadero en cantidades muy variables[847]. En la atmósfera

[844] Se convino en que la terminología y la ubicación de ese párrafo volverían a examinarse en una fase ulterior de la labor de la Comisión sobre el tema. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 168.

[845] Quinto Informe de Evaluación, Grupo de Trabajo III, anexo I. Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change*, O. Edenhofer y otros (eds.) (Cambridge University Press, 2014), pág. 1252. Puede consultarse en www.ipcc.ch/report/ar5/wg3/.

[846] La American Meteorology Society define la "capa atmosférica" (también denominada estrato atmosférico o región atmosférica) como "cualquiera de los diversos estratos de la atmósfera de la Tierra" (puede consultarse en http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell).

[847] En términos físicos, el vapor de agua, que apenas representa el 0,25% de la masa atmosférica, es un elemento muy variable. En la ciencia atmosférica, "dada la gran variabilidad de la concentración de vapor de agua en el aire, es preciso medir los porcentajes de los diversos componentes en relación con el aire seco". Las concentraciones de ozono también son muy variables. Se considera que una concentración de ozono en la atmósfera superior a 0,1 ppmv (partes por millón por volumen) es peligrosa para los seres humanos. Véase J. M. Wallace y P. V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2ª ed. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), pág. 8.

también hay nubes y aerosoles[848]. La atmósfera se divide verticalmente en cinco esferas, atendiendo a características de temperatura. De las capas inferiores a las superiores, estas esferas son: la troposfera, la estratosfera, la mesosfera, la termosfera y la exosfera. Aproximadamente el 80% de la masa de aire se encuentra en la troposfera y el 20%, en la estratosfera. La franja blanca, difusa y fina (con un espesor inferior al 1% del radio del globo) que se ve cuando se observa la Tierra desde la distancia es la atmósfera. Desde el punto de vista científico, esas esferas se agrupan para formar la *"atmósfera inferior"*, que se extiende hasta una altitud media de 50 km y se distingue de la *"atmósfera superior"*[849]. La temperatura de la atmósfera cambia con la altitud. En la troposfera (hasta la tropopausa, a unos 12 km de altitud), la temperatura disminuye a medida que aumenta la altitud debido a la absorción y la radiación de energía solar por la superficie del planeta[850]. En cambio, en la estratosfera (hasta la estratopausa, a unos 50 km de altitud), la temperatura aumenta gradualmente con la altitud[851] debido a la absorción de radiación ultravioleta por el ozono. En la mesosfera (hasta la mesopausa, a más de 80 km de altitud), las temperaturas vuelven a disminuir con la altitud. En la termosfera, las temperaturas aumentan de nuevo rápidamente debido a los rayos X y la radiación ultravioleta del sol. La atmósfera "no tiene un límite superior bien definido"[852].

4) La definición que figura en el apartado a) de la "atmósfera" como la envoltura de gases que circunda la Tierra constituye una descripción "física" de la atmósfera. También hay un aspecto "funcional", que conlleva el movimiento de aire a gran escala. El movimiento atmosférico es de carácter dinámico y fluctuante. El aire se mueve y circula alrededor de la Tierra en una formación compleja denominada "circulación atmosférica". Como se ha señalado anteriormente en el comentario al preámbulo, la Comisión ha decidido hacer referencia a este aspecto funcional de la atmósfera en el segundo párrafo del preámbulo[853].

5) Es particularmente importante reconocer la función de la atmósfera como medio en el que se produce un movimiento constante, ya que en ese contexto es donde tiene lugar "el transporte y la dispersión" de sustancias contaminantes y degradantes. En efecto, el movimiento transfronterizo a gran distancia de sustancias contaminantes es uno de los principales problemas para el medio ambiente atmosférico. Además de la contaminación transfronteriza, también preocupan la disminución de la capa de ozono y el cambio climático.

6) El apartado b) define la "contaminación atmosférica" y aborda la contaminación atmosférica transfronteriza, mientras que el apartado c) define la "degradación de la atmósfera" y hace alusión a los problemas atmosféricos a nivel mundial. Al emplear la expresión "por el hombre", tanto el apartado b) como el c) dejan claro que el proyecto de directrices se ocupa de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica "antropogénicas". La Comisión es consciente de que centrar la atención en la actividad humana, directa o indirecta, es una decisión deliberada, ya que el objetivo de las presentes directrices es proporcionar orientación a los Estados y a la comunidad internacional.

---

848 *Ibid.*

849 La American Meteorological Society establece que la "atmósfera inferior" es "en términos generales, la parte de la atmósfera en la que se produce la mayoría de los fenómenos (esto es, la troposfera y la estratosfera inferior), por lo que se utiliza por oposición al significado común de 'atmósfera superior'" (puede consultarse en http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere). La "atmósfera superior" se define por exclusión, es decir, como "la denominación general aplicada a la atmósfera que se encuentra por encima de la troposfera" (puede consultarse en http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere).

850 El grosor de la troposfera no es igual en todas partes; depende de la latitud y la estación del año. El límite superior de la troposfera se encuentra a unos 17 km de altitud en el ecuador, pero es inferior en los polos. En promedio, el límite superior de la troposfera se sitúa a unos 12 km de altitud. Véase E. J. Tarbuck, F. K. Lutgens y D. Tasa, *Earth Science*, 13ª ed. (Nueva Jersey, Pearson, 2011), pág. 466.

851 En sentido estricto, la temperatura de la estratosfera se mantiene constante entre 20 y 35 km de altitud, aproximadamente, y después empieza a aumentar de manera gradual.

852 Véase Tarbuck, Lutgens y Tasa, *Earth Science* (nota 850 *supra*), pág. 467.

853 Véase el párr. 3) del comentario al preámbulo *supra*.

7) La expresión “contaminación atmosférica” (o contaminación del aire) a veces se utiliza de manera general para referirse al deterioro global de las condiciones atmosféricas, como la disminución del ozono y el cambio climático[854]; no obstante, en el presente proyecto de directrices esa expresión se emplea en un sentido estricto, en consonancia con la práctica convencional existente. Así pues, excluye las cuestiones globales de la definición de contaminación atmosférica.

8) Al definir la “contaminación atmosférica”, el apartado b) utiliza una formulación basada esencialmente en el artículo 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia de 1979[855], que dispone lo siguiente:

> Con la expresión “contaminación atmosférica” se designa la introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de substancias o de energía que tengan una acción nociva de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañe los recursos biológicos y los ecosistemas, deteriore los bienes materiales y afecte o dañe los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente, y la expresión “contaminantes atmosféricos” deberá entenderse en ese mismo sentido.

Cabe señalar también que el artículo 1, párrafo 1 4), de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[856] define el término “contaminación” a los efectos del medio marino como “la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino, incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana”[857]. Los efectos nocivos derivados de la introducción o liberación tienen que ser de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra, o que contribuyan a ponerlos en peligro.

9) Aunque el artículo 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y el artículo 1, párrafo 1 4), de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar prevén la “introducción de energía” (además de sustancias) como parte de la “contaminación”, la Comisión ha decidido no referirse explícitamente al término “energía” en el texto del apartado b) del proyecto de directriz. La Comisión entiende que, a los efectos del proyecto de directrices, el término “sustancias”

---

[854] Por ejemplo, el art. 1, párr. 1, de la resolución de El Cairo (1987) del Instituto de Derecho Internacional sobre la contaminación atmosférica transfronteriza establece que “[a] los efectos de la presente resolución, se entiende por ‘contaminación’ cualquier *alteración* física, química o biológica *de la composición* o la calidad de la atmósfera que provenga directa o indirectamente de una acción u omisión humanas y produzca efectos perjudiciales o nocivos en el medio ambiente de otros Estados o en lugares más allá de los límites de la jurisdicción nacional” (sin cursiva en el original). Puede consultarse en www.idi-iil.org, *Resolutions*.

[855] Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, núm. 21623, pág. 217. El enunciado del art. 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia se remonta a la definición de contaminación formulada por el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en su recomendación C(74)224 sobre los “Principios relativos a la contaminación transfronteriza”, de 14 de noviembre de 1974 (*International Legal Materials*, vol. 14 (1975), pág. 243), que dice lo siguiente: “A los efectos de los presentes principios, con el término contaminación se designa la introducción en el medio ambiente por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía con efectos nocivos tales que puedan poner en peligro la salud humana, dañar los recursos biológicos y los ecosistemas, y afectar o dañar los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente”. Véase H. van Edig (ed.), *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (París, OCDE, 1977), pág. 13; véase también P. Birnie, A. Boyle, C. Redgwell, *International Law and the Environment* (3ª ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2009), págs. 188 y 189; A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law* (Londres, Graham & Trotman, 1991), pág. 117 (definición de contaminación: “también incluye formas de energía, como el ruido, las vibraciones, el calor y la radiación”).

[856] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3.

[857] La definición de “contaminación” de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es pertinente en relación con el tema de la contaminación atmosférica en la medida en que su artículo 212 establece la obligación de prevenir la contaminación del medio marino desde la atmósfera.

incluye la “energía”. Se entiende que la “energía” abarca el calor, la luz, el ruido y la radiactividad introducidos y liberados en la atmósfera a través de las actividades humanas[858].

10) La expresión “efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen”, que figura en el apartado b), aclara que el proyecto de directrices se ocupa de los efectos transfronterizos en el sentido del artículo 1 b) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia de 1979, según el cual:

> [c]on la expresión “contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia” se designa la contaminación atmosférica cuya fuente física esté situada totalmente o en parte en una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y que produzca efectos perjudiciales en una zona sometida a la jurisdicción de otro Estado a una distancia tal que generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión.

11) Dado que la “contaminación atmosférica” se define de manera restrictiva en el apartado b), es necesario, a los efectos del proyecto de directrices, abordar otras cuestiones, además de la contaminación atmosférica, mediante una definición diferente. Con ese propósito, en el apartado c) se ofrece una definición de “degradación de la atmósfera”. El objetivo de esa definición es incluir los problemas de la disminución del ozono y el cambio climático. Abarca la alteración de las condiciones atmosféricas mundiales causada por el hombre, directa o indirectamente. Pueden ser cambios en el medio físico o la biota, o alteraciones en la composición de la atmósfera global. El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono[859] de 1985, establece en el artículo 1, párrafo 2, que “[p]or ‘efectos adversos’ se entiende los cambios en el medio físico o las biotas, incluidos los cambios en el clima, que tienen efectos deletéreos significativos para la salud humana o

---

[858] Con respecto al calor, véanse Organización Meteorológica Mundial/Informe del Proyecto Internacional de la Química de la Atmósfera Global: “Impacts of megacities on air pollution and climate”, Informe del Programa de la Vigilancia de la Atmósfera Global núm. 205 (Ginebra, Organización Meteorológica Mundial, 2012); D. Simon y H. Leck, “Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning”, número especial, *Urban Climate*, vol. 7 (2014) págs. 1 a 134; J. A. Arnfield, “Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island”, *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), págs. 1 a 26; L. Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (Londres, Earthscan, 2008); véase, en general, B. Stone Jr., *The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, Massachusets, Cambridge University Press, 2012). En relación con la contaminación lumínica, véanse C. Rich y T. Longcore (eds.), *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting* (Washington, D. C., Island Press, 2006); P. Cinzano y F. Falchi, “The propagation of light pollution in the atmosphere”, *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), págs. 3337 a 3357; F. Bashiri y C. Rosmani Che Hassan, “Light pollution and its effects on the environment”, *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), págs. 8 a 12. Con respecto a la contaminación acústica o sonora, véase, por ejemplo, el anexo 16 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 295, pág. 295), vol. I: *Aircraft Noise*, 5ª ed., 2008; véase P. Davies y J. Goh, “Air transport and the environment: regulating aircraft noise”, *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), págs. 123 a 135. En relación con las emisiones radioactivas, véanse D. Rauschning, “Legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution: interim report”, *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Seúl, 1986), págs. 198 a 223, en especial pág. 219; y Organismo Internacional de Energía Atómica, *Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation: Twenty Years of Experience*, informe del Chernobyl Forum Expert Group ‘Environment’, Radiological Assessment Report Series (2006), STI/PUB/1239. Véase también el Informe de 2013 del Comité Científico de las Naciones Unidas para el Estudio de los Efectos de las Radiaciones Atómicas a la Asamblea General, *Scientific Annex A: Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E14.IX.1), puede consultarse en www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex_A.pdf. Ello sin perjuicio de los usos pacíficos de la energía nuclear en relación con el cambio climático en particular (véase Organismo Internacional de Energía Atómica, *Climate Change and Nuclear Power 2014* (Viena, 2014), pág. 7).

[859] Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, núm. 26164, pág. 293.

para la composición, resistencia y productividad de los ecosistemas tanto naturales como objeto de ordenación o para los materiales útiles al ser humano". El artículo 1, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático dispone que "[p]or 'cambio climático' se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables".

12) El propósito de la expresión "efectos nocivos sensibles" es acotar el alcance de las actividades humanas abarcadas por el proyecto de directrices. La Comisión ha empleado con frecuencia el término "sensible" en su labor anterior[860]. La Comisión ha señalado que "[…] *'sensible' es algo más que 'detectable' pero sin necesidad de alcanzar el nivel de 'grave' o 'sustancial'*. El daño debe producir un efecto realmente perjudicial […] [y] [e]sos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos"[861]. Asimismo, [l]a palabra "sensible", aunque determinada por criterios fácticos y objetivos, implica también un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formule ese juicio. Por ejemplo, una pérdida determinada en un momento determinado podría no considerarse "sensible" porque, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración humana no atribuían mucho valor a ese recurso. La cuestión de lo que se entiende por "sensible" es más bien una valoración fáctica[862].

13) En relación con la "contaminación atmosférica", la introducción o liberación de sustancias tiene que contribuir únicamente a producir efectos "nocivos", mientras que, en el caso de la "degradación atmosférica", la alteración de las condiciones atmosféricas ha de tener "efectos nocivos sensibles". Como se desprende del proyecto de directriz 2, relativo al ámbito de aplicación de las directrices, las presentes directrices se refieren a la protección de la atmósfera tanto de la contaminación atmosférica como de la degradación atmosférica. Como se señala en el párrafo 11) *supra*, los "efectos adversos" del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (art. 1, párr. 2) se refieren a los cambios que tienen efectos deletéreos significativos. El término "deletéreos" hace alusión a algo que resulta dañino, a menudo de manera sutil o inesperada.

Directriz 2
Ámbito de aplicación de las directrices

1. El presente proyecto de directrices se ocupa de la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de quien contamina, paga, el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la responsabilidad *(liability)* de los Estados y sus nacionales, y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.

[860] Véanse, por ejemplo, el art. 7 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (1997) (resolución 51/229 de la Asamblea General, de 21 de mayo de 1997, anexo); el art. 1 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001) (resolución 62/68 de la Asamblea General, anexo); el principio 2 del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006) (resolución 61/36 de la Asamblea General, anexo); y el art. 6 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008) (resolución 63/124 de la Asamblea General, anexo).

[861] Párr. 4) del comentario al artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, 2001, *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 152, en especial párr. 98.

[862] Véase, por ejemplo, el comentario al proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (párrs. 4) y 7) del comentario al proyecto de artículo 2), *ibid*. Véase también el comentario al proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (párrs. 1) a 3) del comentario al proyecto de principio 2), *Anuario..., 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 67.

3. El presente proyecto de directrices no aborda sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados.

4. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta al estatus del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional ni a cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2 enuncia el ámbito de aplicación del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera. El párrafo 1 describe el ámbito de aplicación de manera positiva, indicando de qué se ocupan las directrices, en particular la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, mientras que los párrafos 2 y 3 están formulados de manera negativa y especifican lo que no está incluido en el presente proyecto de directrices. El párrafo 4 contiene una cláusula de salvaguardia sobre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre.

2) El primer párrafo se ocupa de cuestiones relativas a la protección de la atmósfera en dos esferas: la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. El proyecto de directrices solo se ocupa de las causas antropogénicas y no de las de origen natural, como las erupciones volcánicas y las colisiones de meteoritos. Al centrar la atención en la contaminación transfronteriza y la degradación atmosférica global causadas por la actividad del hombre se refleja la situación actual, respaldada por la ciencia[863]. Según el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, los datos científicos indican, con un 95% de certeza, que la actividad humana es la causa principal del calentamiento observado desde mediados del siglo XX. El Grupo ha señalado que la influencia humana en el sistema climático está clara. Esa influencia se ha detectado en el calentamiento de la atmósfera y el océano, los cambios en el ciclo global del agua, la disminución de la nieve y el hielo, el aumento del nivel medio global del mar y los cambios en algunos fenómenos climáticos extremos[864]. Señala además el Grupo Intergubernamental de Expertos que es sumamente probable que más de la mitad del aumento observado en la temperatura media global en superficie en el período comprendido entre 1951 y 2010 haya sido causado por la combinación del incremento antropógeno de las concentraciones de gases de efecto invernadero y de otros "forzamientos" antropógenos[865].

3) Las directrices tampoco se ocuparán de la contaminación nacional o local. No obstante, cabe señalar que lo que sucede a escala local puede, algunas veces, tener repercusiones en el contexto transfronterizo y mundial en lo que se refiere a la protección de la atmósfera. Puede que las medidas paliativas que adopte el hombre, individual o colectivamente, hayan de tener en cuenta la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera, y sus interacciones.

4) El dióxido de azufre y el óxido de nitrógeno son las principales fuentes de contaminación atmosférica transfronteriza[866], mientras que el cambio climático y la disminución de la capa de ozono son las dos preocupaciones fundamentales que dan lugar a la degradación atmosférica[867]. Algunas sustancias que disminuyen el ozono también contribuyen al calentamiento global[868].

---

863 Véase, en general, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Cambio climático 2013: Bases físicas, Resumen para responsables de políticas*. Puede consultarse en www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SPM_FINAL.pdf.

864 *Ibid*.

865 *Ibid*.

866 Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment* (véase la nota 855 *supra*), pág. 342.

867 *Ibid*., pág. 336. Los vínculos entre el cambio climático y el agotamiento del ozono se abordan en el preámbulo y en el artículo 4 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Los vínculos entre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático se abordan en el preámbulo y en el artículo 2, párrafo 1, del Protocolo de Gotemburgo, modificado en 2012.

868 *Ibid*.

5) Los párrafos 2 y 3, así como el cuarto párrafo del preámbulo, reflejan el entendimiento al que llegó la Comisión cuando decidió incluir este tema en el programa de trabajo en su 65º período de sesiones, en 2013[869]. Cabe destacar que la decisión de la Comisión de no abordar las cuestiones señaladas en el párrafo 2 no indica en modo alguno una opinión sobre la situación jurídica de estas cuestiones. Además, se dijo que la Comisión tenía que haber abordado dichas cuestiones.

6) El párrafo 4 es una cláusula de salvaguardia que establece que lo dispuesto en el proyecto de directrices no afecta al estatus del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional. La atmósfera y el espacio aéreo son dos conceptos completamente diferentes que deben distinguirse. El espacio aéreo es una institución estática y de carácter espacial sobre la cual el Estado, dentro de su territorio, tiene "soberanía plena y exclusiva". Por ejemplo, el artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional dispone que "[…] todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el 'espacio aéreo' situado sobre su territorio"[870]. A su vez, el artículo 2 de ese mismo Convenio considera como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentran bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado. Se considera que ningún Estado tiene soberanía sobre el espacio aéreo que se encuentra más allá de los límites de las aguas territoriales y que todos pueden usarlo, como la alta mar. En cambio, la atmósfera, como envoltura de gases que circunda la Tierra, es dinámica y fluctuante, y los gases están en constante movimiento al margen de los límites territoriales[871]. La atmósfera es invisible, intangible y no separable.

7) Además, mientras que la atmósfera se divide espacialmente en esferas atendiendo a características de temperatura, no existe un límite científico preciso entre la atmósfera y el espacio ultraterrestre. Por encima de los 100 km de altitud, las trazas de la atmósfera se mezclan gradualmente con el vacío del espacio[872]. El Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, Incluso la Luna y Otros Cuerpos Celestes no ofrece una definición de "espacio ultraterrestre"[873]. Desde 1959, el asunto viene siendo objeto de debate en la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, que ha examinado tanto los aspectos espaciales como los funcionales de las cuestiones de delimitación[874].

8) Así pues, la Comisión optó, en el párrafo 4, por indicar que el proyecto de directrices no afecta al estatus jurídico del espacio aéreo ni a cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre. Asimismo, la referencia al espacio ultraterrestre tiene en cuenta el entendimiento al que llegó la Comisión en 2013.

Directriz 3
Obligación de proteger la atmósfera

Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

869 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 168.

870 Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 102, pág. 295. Véase también el art. 2, párr. 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que establece que la "soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar".

871 Véase, en general, Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment* (nota 855 *supra*), cap. 6.

872 Tarbuck, Lutgens y Tasa, *Earth Science* (véase la nota 850 *supra*), págs. 465 y 466.

873 Moscú, Londres y Washington, D.C., 27 de enero de 1967, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 610, núm. 8843, pág. 205.

874 Véase, en general, B. Jasani (ed.), *Peaceful and Non-Peaceful uses of Space: Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme (Nueva York, Taylor and Francis, 1991), en especial caps. 2 y 3.

Comentario

1) El proyecto de directriz 3 es una pieza fundamental del presente proyecto de directrices. En particular, los proyectos de directriz 4, 5 y 6 se derivan de esta directriz; esos tres proyectos de directriz tratan de aplicar diversos principios del derecho internacional ambiental a la situación específica de la protección de la atmósfera.

2) El proyecto de directriz hace referencia a contextos tanto transfronterizos como globales. Se recordará que el proyecto de directriz 1 contiene un elemento "transfronterizo" en la definición de "contaminación atmosférica" (introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que contribuyan a producir efectos nocivos "que se extiendan más allá del Estado de origen", de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra), y una dimensión "global" en la definición de "degradación atmosférica" (alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra). El proyecto de directriz 3 acota la obligación de proteger la atmósfera a la prevención, la reducción y el control de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, diferenciando así los tipos de obligaciones que corresponden a cada una. La formulación del presente proyecto de directriz tiene su origen en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, que recogía las conclusiones del arbitraje en el caso *Trail Smelter*[875]. Así también queda reflejado en el principio 2 de la Declaración de Río de 1992.

3) La referencia a los "Estados", a los efectos del proyecto de directriz, indica que cabe la posibilidad de que los Estados actúen "individualmente" o "conjuntamente", según corresponda.

4) En su formulación actual, el proyecto de directriz se entiende sin perjuicio de que la obligación de proteger la atmósfera sea o no una obligación *erga omnes* en el sentido del artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[876], un asunto sobre el que existen diferentes opiniones. Si bien hay quien es partidario de que se reconozca que las obligaciones relacionadas con la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica transfronteriza de relevancia mundial y la degradación atmosférica global son obligaciones *erga omnes*, también hay quien opina que aún no están totalmente claras las consecuencias jurídicas de un reconocimiento de ese tipo en el contexto del presente tema.

5) Los efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera son producto, en gran parte, de las actividades de las personas y las industrias privadas, actividades que no suelen ser atribuibles a un Estado. A este respecto, la debida diligencia requiere que los Estados "velen" por que dichas actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no ocasionen efectos perjudiciales sensibles. Ello no quiere decir, no obstante, que la debida diligencia sea de aplicación únicamente a las actividades privadas, ya que las propias actividades del Estado también están sujetas a la norma de la debida diligencia[877]. Se trata

[875] Véanse *U.N.R.I.I.A.*, vol. III (núm. de venta 1949.V.2), págs. 1905 a 1982 (laudo de 11 de marzo de 1941), en especial pág. 1965 y ss.; y el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667), párr. 43. Véanse también A. K. Kuhn, "The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada", *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), págs. 785 a 788; e *ibid.*, vol. 35 (1941), págs. 665 y 666; y J. E. Read, "The Trail Smelter Dispute", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), págs. 213 a 229.

[876] El artículo 48 (Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado) dispone que: "1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párr. 2 si: … b) [l]a obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto" (resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001. Para consultar los artículos aprobados por la Comisión y sus correspondientes comentarios, véanse *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte), y corrección, cap. IV, secc. E).

[877] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 55 y 179, párrs. 101 y 197; *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 págs. 706, 720, 724 y 740, párrs. 104, 153, 168 y 228; Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory*

de una obligación que implica la necesidad no solo de adoptar las normas y medidas apropiadas, sino también de ejercer cierto grado de vigilancia en su aplicación, así como en el control administrativo de los operadores públicos y privados, por ejemplo, asegurando la vigilancia de las actividades realizadas por dichos operadores, con el fin de preservar los derechos de la otra parte. También requiere que se tengan en cuenta el contexto y los estándares cambiantes, tanto en lo que se refiere a la regulación como a la tecnología. Por consiguiente, incluso cuando se materializan los efectos perjudiciales sensibles, ello no supone automáticamente haber incumplido el deber de ejercer la debida diligencia. El incumplimiento se limita a los casos de negligencia del Estado a la hora de cumplir su obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir, reducir o controlar las actividades humanas cuando estas tengan o sea probable que tengan efectos perjudiciales sensibles. La obligación de los Estados de "velar" no requiere que se logre un determinado resultado (obligación de resultado); requiere únicamente que se haga todo lo posible para no causar efectos perjudiciales sensibles (obligación de conducta).

6) Por "prevenir, reducir o controlar" se entiende una serie de medidas que han de adoptar los Estados, individual o conjuntamente, de conformidad con las normas aplicables que puedan ser pertinentes para la contaminación atmosférica, por un lado, y para la degradación atmosférica, por otro. La expresión "prevenir, reducir o controlar" se inspira en formulaciones recogidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[878] y en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[879].

7) Aun cuando las medidas apropiadas para "prevenir, reducir o controlar" se aplican tanto a la contaminación atmosférica como a la degradación atmosférica, la referencia a "las normas aplicables del derecho internacional" pone de manifiesto una distinción entre las medidas adoptadas, teniendo en cuenta la naturaleza transfronteriza de la contaminación atmosférica y la naturaleza global de la degradación atmosférica y las diferentes normas aplicables en relación con ellas. En el contexto de la contaminación atmosférica transfronteriza, la obligación de los Estados de prevenir los efectos perjudiciales sensibles está firmemente establecida como derecho internacional consuetudinario, como confirman, por ejemplo, el proyecto de artículos de la Comisión sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[880] y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales[881]. No obstante, la existencia de esta obligación sigue sin estar

---

Opinion submitted to the Seabed Dispute Chamber), opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, párr. 131; proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97 (reproducido en el anexo de la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007), párrs. 7 a 18; informes primero y segundo del Grupo de Estudio sobre la Diligencia Debida de la Asociación de Derecho Internacional, 7 de marzo de 2014 y julio de 2016, respectivamente; J. Kulesza, *Due Diligence in International Law* (Leiden, Brill, 2016).

878 Art. 194.

879 El artículo 3, párrafo 3, contiene una disposición similar que establece que "[l[as Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos".

880 *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, cap. V, secc. E, art. 3 (Prevención): "El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo". La Comisión también se ha ocupado de la obligación de prevenir en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El artículo 14, párrafo 3, dispone que: "La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa" (*ibid*., cap. IV, secc. E). Según el comentario: "Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse" (*ibid*., párr. 14) del comentario al art. 14, párr. 3). El comentario describió "la obligación de prevenir que se produzca un daño transfronterizo a causa de la contaminación atmosférica, en que se basó el arbitraje relativo a la *Fonderie de Trail*" como uno de los ejemplos de la obligación de prevención *(ibid.)*.

881 La Corte Internacional de Justicia también ha hecho hincapié en la prevención. En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte afirmó ser "consciente de que, en la esfera de la protección ambiental, la vigilancia y la prevención son necesarias, habida cuenta del carácter frecuentemente

plenamente asentada en lo que se refiere a la degradación atmosférica global. La Corte Internacional de Justicia ha señalado que "la existencia de la obligación general de los Estados de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente… de las zonas situadas más allá del control nacional forma parte ya del corpus del derecho internacional"[882] y ha concedido gran importancia al respeto del medio ambiente "no solo para los Estados, sino también para la humanidad en su conjunto"[883]. El Tribunal arbitral del caso relativo a la *Iron Rhine Railway* dijo que "el deber de prevenir, o al menos mitigar, [un daño sensible al medio ambiente] […] se ha convertido en un principio del derecho internacional general"[884]. Al mismo tiempo, los miembros discreparon en cuanto a si se puede considerar que esos pronunciamientos respaldan plenamente el reconocimiento de que en derecho internacional consuetudinario existe la obligación de prevenir, reducir o controlar la degradación atmosférica global. No obstante, esa obligación figura en convenciones sobre la materia[885]. En ese contexto, cabe señalar que el Acuerdo de París, "[r]econociendo" en su preámbulo que "el cambio climático es un problema de toda la humanidad", observa "la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad"[886].

Directriz 4
Evaluación del impacto ambiental

Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control que tengan probabilidades de producir efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica.

Comentario

1) El proyecto de directriz 4 trata de la evaluación del impacto ambiental. Es el primero de los tres proyectos de directriz que se derivan del proyecto de directriz 3, que tienen carácter general. En la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del Río San Juan*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que "la obligación de un Estado de ejercer la debida diligencia en la prevención de daños transfronterizos sensibles requiere que dicho Estado determine si existe el riesgo de que se produzcan daños transfronterizos sensibles antes de emprender una actividad que pueda perjudicar al medio ambiente de otro Estado. En tal caso, el Estado en cuestión ha de realizar una evaluación del impacto ambiental"[887]. En esta causa, la Corte concluyó que el Estado en cuestión "no

irreversible de los daños causados al medio ambiente y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de ese tipo de daño" (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 78, párr. 140). En el caso *Iron Rhine Railway*, el Tribunal arbitral también afirmó que "en la actualidad, en el derecho internacional ambiental se hace cada vez mayor hincapié en la obligación de la prevención" (*Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXVII, págs. 35 a 125, en especial pág. 116, párr. 222).

882 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial págs. 241 y 242, párr. 29.

883 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 881 *supra*), pág. 41, párr. 53; la Corte citó el mismo párrafo en la causa *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 877 *supra*), pág. 78, párr. 193.

884 *Iron Rhine Railway* (véase la nota 881 *supra*), págs. 66 y 67, párr. 59.

885 Véanse, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985), *ibid.*, vol. 1513, núm. 26164, pág. 293; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Convenio sobre la Diversidad Biológica; Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (abierto a la firma en París el 14 de octubre de 1994), *ibid.*, vol. 1954, núm. 33480, pág. 3; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001), *ibid.*, vol. 2256, núm. 40214, pág. 119; y Convenio de Minamata sobre el Mercurio.

886 Art. 2, párr. 1.

887 *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 665, párr. 153.

ha[bía] cumplido la obligación recogida por el derecho internacional general de realizar una evaluación del impacto ambiental antes de construir la carretera"[888]. En una opinión separada, el Magistrado Owada señaló que "las evaluaciones del impacto ambiental tienen una función importante, e incluso crucial, para asegurar que el Estado en cuestión está actuando con la debida diligencia requerida por el derecho internacional ambiental general"[889]. En 2010, en la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte afirmó que "la obligación de proteger y preservar, enunciada en el apartado a) del artículo 41 del Estatuto, debe ser interpretada de conformidad con una práctica que en estos últimos años ha obtenido una aceptación tan amplia entre los Estados que actualmente puede considerarse *que existe, en derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación del impacto ambiental*"[890]. Asimismo, en 2011, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en su opinión consultiva sobre las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a las actividades realizadas en los fondos marinos*, sostuvo que el deber de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental no solo viene impuesto por la Convención sobre el Derecho del Mar, sino que también es una "obligación general con arreglo al derecho internacional general"[891]. Del mismo modo, en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia aludió a la importancia de realizar una evaluación del impacto ambiental[892].

2) El proyecto de directriz está formulado en pasiva refleja — "Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental", en lugar de "Los Estados tienen la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental apropiada"— a fin de indicar que se trata de una obligación de comportamiento y que, dada la diversa naturaleza de los actores económicos, la obligación no comporta necesariamente que sea el Estado el que lleve a cabo la evaluación. Lo que se requiere es que el Estado adopte las medidas legislativas, normativas y de otra índole necesarias para que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas. La notificación y las consultas son fundamentales para la evaluación.

3) Con la expresión "de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control" se pretende indicar que la obligación de los Estados de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental se refiere a las actividades bajo su jurisdicción o control. Dado que las amenazas medioambientales no saben de fronteras, no se excluye que los Estados, como parte de sus responsabilidades ambientales globales, adopten decisiones conjuntamente respecto de las evaluaciones del impacto ambiental.

4) Se consideró necesario establecer un umbral para proceder a la evaluación del impacto ambiental. Por ello, se ha introducido la expresión "que tengan probabilidades de producir efectos perjudiciales", que se inspira en la formulación del principio 17 de la Declaración de Río. Además, existen otros instrumentos, como el Convenio de Espoo sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo[893], que utilizan un umbral similar. En la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte señaló que debía realizarse una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada pudiera tener un "importante impacto perjudicial en un marco transfronterizo, en particular, en un recurso compartido"[894].

5) Al haber establecido el umbral de que existan "probabilidades de producir efectos perjudiciales sensibles", el proyecto de directriz excluye una evaluación del impacto ambiental de actividades cuyos efectos probablemente sean de poca importancia. Los efectos perjudiciales que se puedan producir deben ser "sensibles" tanto para "la

[888] *Ibid.*, párr. 168.

[889] *Ibid.*, opinión separada del Magistrado Owada, párr. 18.

[890] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 877 *supra*), párr. 204.

[891] Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Dispute Chamber)*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, párr. 145.

[892] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 881 *supra*).

[893] Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309.

[894] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 877 *supra*), pág. 83, párr. 204.

contaminación atmosférica" como para "la degradación atmosférica". Lo que haya que entender por "sensibles" requiere una determinación mediante criterios fácticos, no jurídicos[895].

6) Se consideró que las palabras "en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica" eran importantes, puesto que relacionaban el proyecto de directriz con las dos principales cuestiones abordadas en el presente proyecto de directrices en materia de protección de la atmósfera: la contaminación atmosférica transfronteriza y la degradación atmosférica. Si bien los precedentes relevantes para el requisito de la evaluación del impacto ambiental se refieren fundamentalmente a contextos transfronterizos, se estima que hay un requisito similar para los proyectos que cabe prever que produzcan efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera global, como las actividades que suponen una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera[896]. En cuanto a la protección de la atmósfera, esas actividades pueden conllevar un riesgo de daños graves más importante aún que las que ocasionan un daño transfronterizo, por lo que con mayor motivo deben aplicarse las mismas consideraciones a las actividades que pueden causar la degradación atmosférica global. Así, el Protocolo de Kiev sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo alienta la "evaluación estratégica medioambiental" de los efectos probables sobre el medio ambiente, incluida la salud, por lo que se entiende todo efecto sobre el medio ambiente, lo cual incluye la salud humana, la flora, la fauna, la diversidad biológica, el suelo, el clima, el aire, el agua, los paisajes, los lugares naturales, los bienes materiales, el patrimonio cultural y la interacción entre estos factores[897].

7) Si bien se reconoce que la transparencia y la participación pública son componentes importantes para lograr el acceso a la información y la representación, se estimó que el proyecto de directriz en sí no debía referirse a las partes relativas a los aspectos de procedimiento de una evaluación del impacto ambiental. El principio 10 de la Declaración de Río de 1992 establece que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. Ello comprende el acceso a la información, la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones y el acceso efectivo a las vías judiciales y administrativas. La Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales[898] también aborda estas cuestiones. El Protocolo de Kiev sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente anima a llevar a cabo un proceso de participación y consulta del público y a tomar en consideración los resultados de ese proceso en un plan o un programa[899].

---

[895] La Comisión ha utilizado con frecuencia el término "sensibles" en sus trabajos, como en los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001). En ese caso, la Comisión optó por no definir el término, reconociendo que la cuestión de lo que había que entender por "sensible" requería una determinación mediante criterios fácticos, más que jurídicos (véase el comentario general, párr. 4), *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, cap. V, secc. E). Véanse, por ejemplo, los párrs. 4) y 7) del comentario al art. 2 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas *(ibid.)*. Véase también el comentario al proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (comentario al proyecto de principio 2, párrs. 1) a 3), *Anuario…, 2006*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. E).

[896] Véase el proyecto de directriz 7.

[897] Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Kiev, 21 de mayo de 2003), ECE/MP.EIA/2003/2 (puede consultarse en www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish), art. 2, párrs. 6 y 7.

[898] Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Aarhus, 28 de junio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2161, núm. 37770, pág. 447.

[899] Art. 2, párrs. 6 y 7.

Directriz 5
Utilización sostenible de la atmósfera

1. Dado que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible.

2. La utilización sostenible de la atmósfera conlleva la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección de la atmósfera.

Comentario

1) La atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada[900]. A menudo no se concibe como recurso explotable en el mismo sentido en que, por ejemplo, se exploran y se explotan los recursos minerales, petrolíferos o de gas. Ahora bien, en realidad, la atmósfera, en sus componentes físicos y funcionales, es explotable y se explota. Quien contamina explota la atmósfera al reducir su calidad y su capacidad para asimilar contaminantes. El proyecto de directriz extrae analogías del concepto de "recurso compartido", al tiempo que reconoce que la unidad de la atmósfera global exige el reconocimiento de la comunidad de intereses. Así pues, este proyecto de directriz parte de la premisa de que la atmósfera es un recurso con una capacidad de asimilación limitada, cuyo potencial para hacer posible la vida en la Tierra resulta afectado por las actividades antropógenas. A fin de asegurar su protección, es importante verla como un recurso que es objeto de explotación, lo que a su vez somete a la atmósfera a los principios de conservación y uso sostenible. Algunos miembros expresaron dudas con respecto a si la atmósfera podía tratarse de manera análoga a los cursos de agua transfronterizos y los acuíferos.

2) En el párrafo 1 se reconoce que la atmósfera es un "recurso natural con una capacidad de asimilación limitada". La segunda parte de ese párrafo pretende integrar la conservación y el desarrollo al objeto de que las modificaciones al planeta sigan permitiendo la supervivencia y el bienestar de los organismos en la Tierra. Para ello, remite a la idea de que la utilización de la atmósfera debe llevarse a cabo de manera sostenible. Se trata de una redacción inspirada en la formulación empleada por la Comisión en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación[901] y en los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos[902].

3) Se emplea la palabra "utilización" en sentido amplio y en términos generales, evocando conceptos que trascienden la explotación como tal. Se ha utilizado la atmósfera de diversas maneras. Probablemente, la mayoría de las actividades que se han llevado a cabo hasta el momento no han tenido una intención clara o concreta de incidir en las condiciones atmosféricas. No obstante, ha habido determinadas actividades cuya finalidad misma era alterar las condiciones atmosféricas, como la modificación meteorológica. Algunas de las innovaciones tecnológicas propuestas para realizar modificaciones deliberadas a gran escala de la atmósfera[903] constituyen ejemplos de la utilización de la atmósfera.

4) La formulación "su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible", que se utiliza en el presente proyecto de directriz es simple y no excesivamente legalista, lo cual refleja con acierto un cambio de paradigma hacia una concepción de la atmósfera como recurso natural que ha de ser utilizado de manera sostenible. Se presenta más como una declaración de políticas y normativas internacionales que como un código operativo para determinar derechos y obligaciones entre los Estados.

[900] Véase *supra* el párr. 2) del comentario al preámbulo.

[901] Arts. 5 y 6. Por lo que respecta al proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobados por la Comisión, véase *Anuario…, 1994*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. E.

[902] Resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo, arts. 4 y 5. Por lo que respecta al proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobados por la Comisión, véase *Anuario…, 2008*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. E.

[903] Véase el proyecto de directriz 7 *infra*.

5) El párrafo 2 se inspira en la formulación utilizada por la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que se refirió a la "necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente"[904]. Hay otros precedentes pertinentes[905]. Al hacer referencia a la "protección de la atmósfera", en vez de a la "protección ambiental", se pretende centrar el párrafo en la materia objeto del presente tema, que es la protección de la atmósfera.

Directriz 6
Utilización equitativa y razonable de la atmósfera

La atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Comentario

1) Aunque la utilización equitativa y razonable de la atmósfera es un elemento importante de la sostenibilidad, tal y como se refleja en el proyecto de directriz 5, se considera importante enunciarlo como principio autónomo. Al igual que el proyecto de directriz 5, el presente proyecto de directriz se formula con un amplio grado de abstracción y generalidad.

[904] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 881 *supra*), pág. 78, párr. 140.

[905] En la providencia que dictó en 2006 en el marco de la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay*, la Corte Internacional de Justicia destacó "la importancia de la necesidad de asegurar la protección ambiental de los recursos naturales compartidos permitiendo al mismo tiempo el desarrollo económico sostenible" (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, medidas provisionales, providencia de 13 de julio de 2006, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 113 y ss., en especial pág. 133, párr. 80); en la decisión de 1988 del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* se afirmó que, "recordando el reconocimiento explícito hecho por los Miembros de la OMC del objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, creemos que ya es demasiado tarde suponer que el párrafo g) del artículo XX [del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio] puede interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la conservación de recursos minerales o de otros recursos naturales inertes agotables" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párr. 131; véanse también los párrs. 129 y 153); en el arbitraje de 2005 en el caso *Iron Rhine Railway*, el Tribunal sostuvo lo siguiente: "existe un amplio debate sobre qué constituye, en el ámbito del derecho ambiental, 'normas' o 'principios': en qué consisten los instrumentos jurídicos no vinculantes y qué normas convencionales o principios de carácter ambiental han contribuido al desarrollo del derecho internacional consuetudinario. [...] Los principios emergentes, con independencia de su estatus actual, hacen referencia al... desarrollo sostenible. [...] Resulta fundamental que estos principios emergentes integren en la actualidad la protección ambiental en el proceso de desarrollo. El derecho ambiental y el derecho sobre el desarrollo no se erigen en alternativas, sino en conceptos esenciales que se refuerzan recíprocamente y que exigen la existencia, en los casos en que el desarrollo pueda ocasionar daños al medio ambiente, de la obligación de prevenir, o al menos mitigar, tales daños. [...] Esta obligación se ha convertido en la actualidad, en opinión del Tribunal, en un principio del derecho internacional general", *Iron Rhine Railway* (véase la nota 881 *supra*), párrs. 58 y 59; en el laudo parcial de 2013 sobre el caso *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)* se afirma lo siguiente: "no cabe duda de que en virtud del derecho internacional consuetudinario contemporáneo los Estados tienen la obligación de tener en consideración la protección ambiental al planificar y elaborar proyectos que puedan lesionar a un Estado fronterizo. Desde la época del caso de la Fundición de Trail, una serie de decisiones arbitrales… internacionales han aludido a la necesidad de gestionar los recursos naturales de manera sostenible. En particular, la Corte Internacional de Justicia ahondó en el principio de 'desarrollo sostenible' en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nag*ymaros (véase la nota 881 *supra*), al mencionar la 'necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente'" (Corte Permanente de Arbitraje, Award Series, *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India): Record of Proceedings 2010-2013*, laudo parcial de 18 de febrero de 2013, párr. 449). Este planteamiento fue confirmado en el laudo final de 20 de diciembre de 2013, párr. 111.

2) El proyecto de directriz se formula en términos generales a fin de aplicar el principio de equidad[906] a la protección de la atmósfera como recurso natural que todos han de compartir. La primera parte de la oración se refiere a la utilización "equitativa y razonable". Las palabras "[l]a atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable" se inspiran, en parte, en el artículo 5 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación y en el artículo 4 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. Requiere un equilibrio de los intereses y una consideración de todos los factores pertinentes que pueden ser únicos en el caso de la contaminación atmosférica o de la degradación atmosférica.

3) La segunda parte de la formulación se ocupa de cuestiones de equidad intrageneracional e intergeneracional[907]. A fin de establecer el vínculo entre los dos aspectos de la equidad, la Comisión optó por recurrir a la fórmula "teniendo en cuenta los intereses de" en lugar de "y en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad". Se han utilizado las palabras "los intereses de", en vez de "beneficio de", para poner de manifiesto la naturaleza integrada de la atmósfera, cuya "explotación" ha de tener en cuenta un equilibrio de intereses para asegurar el mantenimiento de los organismos vivos de la Tierra.

Directriz 7
Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

Las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera deben llevarse a cabo con prudencia y cautela, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Comentario

1) El proyecto de directriz 7 se ocupa de las actividades cuya finalidad última consiste en alterar las condiciones atmosféricas. Tal y como indica el título del proyecto de directriz, en él se contempla únicamente la modificación deliberada a gran escala.

2) La expresión "actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera" ha sido tomada en parte de la definición de las "técnicas de modificación ambiental" que figura en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles[908] y que se refiere a las técnicas que alteran —mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales— la dinámica, la composición o la estructura de la Tierra, incluidas su biota, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.

3) Estas actividades incluyen lo que habitualmente se conoce como "geoingeniería", cuyos métodos y tecnología abarcan la eliminación del dióxido de carbono y la gestión de la radiación solar. Las actividades relacionadas con el primer aspecto conllevan el uso de los sistemas oceánicos, terrestres y técnicos y tienen por objeto eliminar el dióxido de carbono de la atmósfera mediante sumideros naturales o mediante ingeniería química. Entre

[906] Véase, por ejemplo, J. Kokott, "Equity in international law", en *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, F. L. Toth (ed.) (Abingdon y Nueva York, Routledge, 2014), págs. 173 a 192; *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, fallo, *I.C.J Reports 1986*, pág. 554. Véanse, en general, P. Weil, "L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: Un mystère en voie de dissipation?",en *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.) (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 1996), págs. 121 a 144; F. Francioni, "Equity in international law", en *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 632 a 642.

[907] C. Redgwell, "Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity", en *The Oxford Handbook on International Climate Change Law*, C. P. Carlarne y otros (eds.), (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 185 a 201; D. Shelton, "Equity" en *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky y otros (eds.) (nota 821 *supra*), págs. 639 a 662.

[908] Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1108, núm. 17119, pág. 151.

las técnicas propuestas para eliminar dióxido de carbono figuran el secuestro de carbono en el suelo, la captura y el secuestro de carbono, la captura del aire del ambiente, la fertilización del océano, el aumento de la alcalinidad del océano y el aumento de la meteorización. La forestación ha sido, ciertamente, una vía tradicional para reducir el dióxido de carbono.

4) Según expertos científicos, la gestión de la radiación solar tiene por objeto mitigar los efectos perjudiciales del cambio climático reduciendo deliberadamente las temperaturas en la superficie de la Tierra. Entre otras, se proponen las siguientes técnicas: la "mejora del albedo", un método que supone aumentar la capacidad reflectante de las nubes o la superficie de la Tierra de modo que se reflecte al espacio una mayor parte del calor del Sol; los aerosoles estratosféricos, una técnica que consiste en introducir pequeñas partículas reflectantes en la atmósfera superior para reflectar la luz solar antes de que llegue a la superficie de la Tierra; y los reflectores espaciales, con los que se bloquea una pequeña proporción de la luz solar antes de que llegue a la Tierra.

5) Tal y como se ha señalado anteriormente, el término "actividades" se entiende en un sentido amplio. No obstante, existen otras actividades prohibidas por el derecho internacional que no están comprendidas en el presente proyecto de directriz, como las prohibidas por la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles[909] y el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949[910]. Así pues, el presente proyecto de directriz es de aplicación únicamente a las actividades "no militares". Las actividades militares que conlleven modificaciones deliberadas de la atmósfera quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente directriz.

6) Del mismo modo, otras actividades seguirán estando reguladas por varios regímenes. Por ejemplo, la forestación ha sido incorporada en el régimen del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[911] y en el Acuerdo de París (art. 5, párr. 2). En algunos instrumentos jurídicos internacionales, se han adoptado medidas para regular la captura y el almacenamiento de carbono. El Protocolo de 1996 (Protocolo de Londres)[912] del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias[913] de 1972 incluye ahora una disposición modificada y un anexo, así como nuevas directrices para controlar el vertido de desechos y otras materias. En la medida en que la "fertilización del océano con hierro" y el "aumento de la alcalinidad del océano" guardan relación con cuestiones de vertidos en el océano, son pertinentes el Convenio de 1972 y el Protocolo de Londres.

7) Las actividades que tienen por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera tienen un potencial considerable para prevenir, desviar, moderar o aliviar los efectos perjudiciales que ocasionan desastres y fenómenos peligrosos, como sequías, huracanes y tornados, así como para aumentar la producción agrícola y la disponibilidad de agua. Al mismo tiempo, también se reconoce que pueden tener efectos inesperados y de largo alcance en los actuales patrones climáticos que no se ven confinados por las fronteras nacionales. Tal y como señala la Organización Meteorológica Mundial a propósito de la modificación de las condiciones meteorológicas: "La complejidad de los procesos atmosféricos es tal que un cambio meteorológico artificialmente inducido en una parte del

[909] Véase el art. 1.

[910] Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, arts. 35, párr. 3, y 55; véase también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 8, párr. 2 b) iv).

[911] Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162.

[912] Protocolo de 1996 del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972 (Londres, 7 de noviembre de 1996), *International Legal Materials*, vol. 36 (1997), pág. 7.

[913] Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (Londres, México D.F., Moscú y Washington D.C., 29 de diciembre de 1972), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1046, núm. 15749, pág. 138.

mundo tendrá necesariamente repercusiones en otros lugares... Antes de emprender un experimento sobre modificación meteorológica a gran escala, hay que evaluar detenidamente las consecuencias posibles y deseables y hay que llegar a acuerdos internacionales satisfactorios"[914].

8) Tampoco tiene el presente proyecto de directriz la intención de reprimir la innovación y el avance científico. Los principios 7 y 9 de la Declaración de Río reconocen la importancia de las tecnologías novedosas e innovadoras y de la cooperación en estos ámbitos, lo cual al mismo tiempo no quiere decir que estas actividades siempre tengan efectos positivos.

9) Así pues, el proyecto de directriz no pretende autorizar o prohibir esas actividades, salvo que haya un acuerdo entre los Estados para adoptar esa línea de actuación. Se limita a enunciar el principio de que esas actividades, si se realizan, deben llevarse a cabo con prudencia y cautela. La alusión a la "prudencia y cautela" se inspira en las palabras utilizadas por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la causa *Atún de aleta azul del sur*[915], la causa *Planta Mox*[916] y la causa relativa a la *Reclamación de tierras*[917]. En esta última causa, el Tribunal señaló lo siguiente: "*Considerando* que, dadas las posibles repercusiones de la reclamación de tierras en el entorno marino, la prudencia y la cautela obligan a Malasia y Singapur a establecer mecanismos para compartir información y evaluar los riesgos o efectos de la reclamación de tierras, e idear maneras de abordarlos en las esferas correspondientes". El proyecto de directriz se enuncia en términos exhortativos, con objeto de alentar a la elaboración de normas que regulen tales actividades, en el marco de los regímenes aplicables en los diversos ámbitos relacionados con la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

10) En la última parte de la directriz figura la expresión "de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables". Se entiende que el derecho internacional seguiría aplicándose en la esfera comprendida por el proyecto de directriz.

11) Es un hecho generalmente reconocido que una actividad de esa índole debe llevarse a cabo dándose a conocer de forma íntegra y transparente, y que puede requerir la evaluación del impacto ambiental prevista en el proyecto de directriz 4. Se considera que un proyecto que conlleve una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera puede ciertamente acarrear un riesgo considerable de daños graves, por lo que con mayor motivo se necesita una evaluación de dicha actividad.

12) Algunos miembros seguían sin estar convencidos de la necesidad de un proyecto de directriz sobre ese tema, que continúa siendo controvertido en esencia, es objeto de un debate en evolución y se basa en una práctica escasa. Otros miembros opinaron que el proyecto de directriz podría pulirse en segunda lectura.

---

914 Véase *Second Report on the Advancement of Atmospheric Science and Their Application in the Light of the Developments in Outer Space* (Ginebra, Organización Meteorológica Mundial, 1963); véase también la decisión 8/7 (Earthwatch: assessment of outer limits) del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Parte A (Provisions for co-operation between States in weather modification), de 29 de abril de 1980.

915 *Southern Blue Fin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)* (medidas provisionales), providencia de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports 1999*, pág. 280, en especial párr. 77. El Tribunal señaló lo siguiente: "*[c]onsiderando* que, en opinión del Tribunal, en las circunstancias actuales las partes deben actuar con prudencia y cautela para asegurar que se adopten medidas de conservación eficaces a fin de evitar daños graves en las reservas de atún de aleta azul del sur".

916 *Mox Plant (Ireland v. United Kingdom)* (medidas provisionales), providencia de 3 de diciembre de 2001, *ITLOS Reports 2001*, pág. 95, en especial párr. 84 ("*[c]onsiderando* que, en opinión del Tribunal, la prudencia y la cautela obligan a que Irlanda y el Reino Unido cooperen para compartir información sobre los riesgos o efectos del funcionamiento de la Planta Mox e idear maneras de abordarlos, cuando corresponda").

917 *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Strait of Johor (Malaysia v. Singapore)*, medidas provisionales, providencia de 8 de octubre de 2003, *ITLOS Reports 2003*, pág. 10, en especial párr. 99.

Directriz 8
Cooperación internacional

1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, para proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

Comentario

1) La cooperación internacional es un aspecto fundamental de todo el proyecto de directrices. El concepto de cooperación internacional ha experimentado un cambio notable en el derecho internacional[918] y en la actualidad se basa en gran medida en la noción de intereses comunes de la comunidad internacional en su conjunto[919]. El cuarto párrafo del preámbulo del presente proyecto de directrices así lo reconoce al decir que la protección de la atmósfera de la contaminación y la degradación atmosféricas es "una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto".

2) En ese contexto, el párrafo 1 del presente proyecto de directriz establece la obligación de los Estados de cooperar, según proceda. En términos concretos, los Estados han de cooperar entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes. La expresión "según proceda" denota que los Estados tienen cierta flexibilidad en el cumplimiento de la obligación de cooperar dependiendo del carácter y el objeto de la cooperación requerida. Las formas en que puede producirse ese tipo de cooperación también pueden variar en función de la situación, lo que permite que los Estados tengan cierto margen de discrecionalidad. La cooperación puede ser de carácter bilateral, regional o multilateral. Los Estados también pueden adoptar por separado medidas apropiadas.

3) En la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte Internacional de Justicia destacó los vínculos existentes entre la obligación de informar, la cooperación entre las partes, y la obligación de prevenir. Señaló que "mediante la cooperación, los Estados interesados pueden gestionar en común los riegos de daños al medio ambiente… a fin de prevenir los daños en cuestión"[920].

4) La cooperación internacional se menciona en varios instrumentos multilaterales relativos a la protección del medio ambiente. Tanto la Declaración de Estocolmo como la Declaración de Río, en los principios 24 y 27, respectivamente, hacen hincapié en la importancia de la cooperación, que implica buena fe y un espíritu de asociación[921]. Además,

---

[918] W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Londres, Stevens & Sons, 1964), págs. 60 a 71; C. Leben, "The Changing Structure of International Law Revisited by Way of Introduction", *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), págs. 399 a 408. Véase también J. Delbrück, "The International Obligation to Cooperate – An Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law? – A Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law", H. P. Hestermeyer y otros (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leiden, Martinus Njihoff, 2012), págs. 3 a 16.

[919] B. Simma, "From bilateralism to community interests in international law", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994-VI*, vol. 250, págs. 217 a 384; N. Okuwaki, "On compliance with the obligation to cooperate: new developments of 'international law for cooperation'", en *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase), J. Eto (ed.) (Tokio, Shinzansha, 2015), págs. 5 a 46; en especial págs. 16 y 17 (en japonés).

[920] *Pulp Mills on the River Uruguay* (nota 877 *supra*), pág. 49, párr. 77.

[921] El principio 24 de la Declaración de Estocolmo dispone lo siguiente:

> "Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados."
>
> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (véase la nota 807 *supra*).

entre los instrumentos existentes, cabe citar el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985), en cuyo preámbulo se establece que las Partes son "*[c]onscientes* de que las medidas para proteger la capa de ozono de las modificaciones causadas por las actividades humanas requieren acción y cooperación internacionales". Asimismo, en el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) se reconoce que "la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada […]", al tiempo que se reafirma "el principio de la soberanía de los Estados en la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático"[922].

5) En el primer párrafo del artículo 8 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, sobre la obligación general de cooperar, se dispone lo siguiente:

> Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.

6) En su labor, la Comisión también ha reconocido la importancia de la obligación de cooperar. El proyecto de artículo 4 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001), relativo a la cooperación, dispone:

> Los Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales competentes para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

Además, el artículo 7 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, relativo a la obligación general de cooperar, dice:

> 1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos.
>
> 2. A los efectos del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación.

7) Por último, el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre (2016) establece en su proyecto de artículo 7 el deber de cooperar[923].

El principio 274 de la Declaración de Río dice así:

> "Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible."
>
> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.I.8 y correcciones), resolución 1, anexo I, cap. I.

922 Véase también la sección 2 de la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativa a la "Cooperación mundial y regional", que contiene disposiciones sobre: "Cooperación en el plano mundial y regional" (art. 197), "Notificación de daños inminentes o reales" (art. 198), "Planes de emergencia contra la contaminación" (art. 199), "Estudios, programas de investigación e intercambio de información y datos" (art. 200) y "Criterios científicos para la reglamentación" (art. 201). La sección 2 de la parte XIII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativa a la "Cooperación internacional", contiene disposiciones sobre: "Fomento de la cooperación internacional" (art. 242), "Creación de condiciones favorables" (art. 243) y "Publicación y difusión de información y conocimientos" (art. 244).

923 Según el proyecto de artículo 7:

> "En la aplicación del presente proyecto de artículos, los Estados, según proceda, cooperarán entre sí, con las Naciones Unidas, con los componentes del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y con otros actores que presten asistencia."

8) La cooperación puede adoptar diversas formas. El párrafo b) del proyecto de directriz subraya, en particular, la importancia de la cooperación para aumentar los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. El párrafo b) destaca asimismo el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

9) El preámbulo del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono establece que la acción y cooperación internacionales deben "basarse en las consideraciones científicas y técnicas pertinentes", y el artículo 4, párrafo 1, relativo a la cooperación en las esferas jurídica, científica y tecnológica, dispone lo siguiente:

> Las Partes facilitarán y estimularán el intercambio de la información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica pertinente a los efectos de este Convenio, según se especifica en el anexo II. Esa información se proporcionará a los órganos que las Partes determinen de común acuerdo.

El anexo II del Convenio contiene una serie detallada de temas para el intercambio de información. El artículo 4, párrafo 2, prevé la cooperación en la esfera tecnológica, teniendo en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

10) El artículo 4, párrafo 1, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, relativo a los compromisos, establece que:

> Todas las Partes... deberán: e) Cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático; ... g) Promover y apoyar con su cooperación la investigación científica, tecnológica, técnica, socioeconómica y de otra índole, la observación sistemática y el establecimiento de archivos de datos relativos al sistema climático, con el propósito de facilitar la comprensión de las causas, los efectos, la magnitud y la distribución cronológica del cambio climático, y de las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta y de reducir o eliminar los elementos de incertidumbre que aún subsisten al respecto; h) Promover y apoyar con su cooperación el intercambio pleno, abierto y oportuno de la información pertinente de orden científico, tecnológico, técnico, socioeconómico y jurídico sobre el sistema climático y el cambio climático, y sobre las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta; i) Promover y apoyar con su cooperación la educación, la capacitación y la sensibilización del público respecto del cambio climático y estimular la participación más amplia posible en ese proceso, incluida la de las organizaciones no gubernamentales.

11) La obligación de cooperar también incluye, entre otras cosas, el intercambio de información. Al respecto, también cabe señalar que el artículo 9 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación presenta un conjunto detallado de disposiciones sobre el intercambio de datos e información. Además, el artículo 4 del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia establece que las Partes Contratantes "intercambiarán informaciones y procederán a exámenes generales de sus políticas, sus actividades científicas y las medidas técnicas que tengan por objeto combatir en la medida de lo posible las descargas de contaminantes atmosféricos que puedan tener efectos perjudiciales y de esta forma reducir la contaminación atmosférica, incluida la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia". El Convenio también contiene disposiciones detalladas sobre la cooperación en las esferas de la investigación y el desarrollo (art. 7), el intercambio de informaciones (art. 8) y la realización y ulterior desarrollo del programa concertado de seguimiento y de evaluación del transporte a gran distancia de contaminantes atmosféricos en Europa (art. 9). De manera análoga, el Acuerdo Marco Regional para África Oriental

El proyecto de artículos fue aprobado por la Comisión en segunda lectura en su 68º período de sesiones, celebrado en 2016, y presentado a la Asamblea General como parte del informe sobre su labor durante ese período de sesiones (A/71/10), párr. 48. En su resolución 71/141, de 13 de diciembre de 2016, la Asamblea General tomó nota del proyecto de artículos e invitó a los Gobiernos a que formularan observaciones respecto de la recomendación de la Comisión de elaborar una convención basada en los artículos.

sobre Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Nairobi, 2008)[924] y el Acuerdo Marco Regional de África Occidental y Central sobre la Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Abiyán, 2009)[925] contienen disposiciones idénticas en materia de cooperación internacional. Las partes convienen en:

> 1.2 Considerar las sinergias y los beneficios colaterales de la adopción de medidas conjuntas contra la emisión de contaminantes atmosféricos y gases de efecto invernadero; [...] 1.4 Promover el intercambio de material informativo y datos de investigaciones sobre la gestión de la calidad del aire; 1.5 Promover la cooperación regional para fortalecer las instituciones reguladoras.

12) La segunda oración del proyecto de artículo 17, párrafo 4, del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos dice: “Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal, equipos y provisiones para responder a emergencias, conocimientos científicos y técnicos y asistencia humanitaria”. Por su parte, el proyecto de artículo 9 del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre dispone que “[a] los fines del presente proyecto de artículos, la cooperación incluye la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos”. Además, el proyecto de artículo 10 (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) dice que “[l]a cooperación incluirá la adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres”.

13) En el contexto de la protección de la atmósfera, la Comisión considera fundamental que se promueva el conocimiento científico de las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

Directriz 9
Interrelación entre las normas pertinentes

1. Las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos, deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles, acordes con los principios de armonización e integración sistémica, y con miras a evitar conflictos. Ello debe hacerse de conformidad con las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, incluidos los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y con los principios y normas del derecho internacional consuetudinario.

2. Los Estados, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, deben procurar hacerlo, en la medida de lo posible, de manera armoniosa.

3. Al aplicar los párrafos 1 y 2, debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Esos grupos pueden incluir, entre otros, los pueblos indígenas, la población de los países menos adelantados y la población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por la elevación del nivel del mar.

[924] Puede consultarse en https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf.

[925] Puede consultarse en https://web.archive.org/web/20111224143143/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf.

Comentario

1) El proyecto de directriz 9 se refiere a la "interrelación entre las normas pertinentes"[926] y trata de reflejar la relación entre las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional. Los párrafos 1 y 2 son de carácter general, mientras que en el párrafo 3 se hace hincapié en la protección de los grupos que son particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La contaminación atmosférica y la degradación atmosférica se definen en el proyecto de directriz 1 relativo a los términos empleados. Esos términos se centran en la contaminación y la degradación causadas "por el hombre". Ello significa necesariamente que las actividades humanas reguladas por otros ámbitos del derecho influyen en la atmósfera y su protección. Por tanto, es importante evitar, en la medida de lo posible, conflictos y tensiones entre las normas relativas a la protección de la atmósfera y las normas relativas a otros ámbitos del derecho internacional. Así pues, en el proyecto de directriz 9 se destacan las diversas técnicas previstas en derecho internacional para abordar las tensiones entre normas y principios jurídicos, ya sea en su interpretación o en caso de conflicto. El texto del proyecto de directriz 9 se basa en las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional[927].

2) El párrafo 1 se refiere a tres tipos de procesos jurídicos: la identificación de las normas pertinentes, su interpretación y su aplicación. La expresión "y con miras a evitar conflictos" al final de la primera oración del párrafo indica que "evitar conflictos" es uno de los principales propósitos del párrafo. No obstante, no es el único objetivo del proyecto de directriz. El párrafo se ha redactado en forma pasiva en reconocimiento del hecho de que en el proceso de identificación, interpretación y aplicación no solo intervienen Estados, sino también, en su caso, organizaciones internacionales.

3) Las palabras "deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles" se basan en las conclusiones del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación. El término "identificadas" es particularmente pertinente en relación con las normas derivadas de obligaciones convencionales y de otras fuentes del derecho internacional. Para coordinar normas, es necesario adoptar ciertas medidas preliminares en relación con la identificación, por ejemplo, determinar si dos normas se ocupan de "la misma materia" y qué norma debe considerarse *lex generalis* o *lex specialis* y *lex anterior* o *lex posterior*, así como si se aplica la norma *pacta tertiis*. Además, para recurrir a normas de derecho internacional consuetudinario con fines de interpretación, es preciso identificar con cautela el derecho internacional consuetudinario.

4) La primera oración también contiene una referencia específica a los principios de "armonización e integración sistémica", a los que se concede especial atención en las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio. Como se señala en la conclusión 4), relativa a la armonización, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a "un solo conjunto de obligaciones compatibles". Además, según la conclusión 17), la integración sistémica indica que "los tratados, independientemente de la materia que constituya su objeto, son creación del sistema jurídico internacional". Por consiguiente, deben interpretarse en el contexto de otras normas y principios internacionales.

[926] Véase el proyecto de artículo 10 (relativo a la interrelación) de la resolución 2/2014 de la Asociación de Derecho Internacional sobre la declaración de principios jurídicos relativos al cambio climático, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014* (Londres, 2014), pág. 26.

[927] *Anuario…, 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 251. Véase la conclusión 2) sobre las "relaciones de interpretación" y las "relaciones de conflicto". Véase el estudio analítico en "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1).

5) La segunda oración del párrafo 1 trata de situar el párrafo entre las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[928], incluidos los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y los principios y normas del derecho internacional consuetudinario. El artículo 31, párrafo 3 c), pretende garantizar una "interpretación sistémica" al exigir que se tenga en cuenta "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes"[929]. En otras palabras, el artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969 pone de relieve la "unidad del derecho internacional" y "el sentido de que las normas no deben considerarse aisladamente del derecho internacional general"[930]. El artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 recoge normas para resolver un conflicto si dicho principio de integración sistémica no resulta efectivo en una determinada circunstancia. El artículo 30 prevé normas de conflicto de *lex specialis* (párr. 2), de *lex posterior* (párr. 3) y de *pacta tertiis* (párr. 4)[931]. La expresión "principios y normas del derecho internacional consuetudinario", en la segunda oración del párrafo 1, designa los principios y normas del derecho internacional consuetudinario que son pertinentes para la identificación, interpretación y aplicación de normas pertinentes[932].

6) La fórmula "incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos" pone de relieve la importancia práctica de estas tres esferas en su relación con la protección de la atmósfera. Los ámbitos que se especifican tienen un estrecho vínculo con las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera a nivel de práctica convencional, jurisprudencia y doctrina[933]. No se obvian otras ramas del derecho que pueden ser igualmente pertinentes, y la lista incluida no pretende ser exhaustiva. Además, no cabe interpretar que ningún aspecto del proyecto de directriz 9 subordine las normas de derecho internacional de las ramas citadas a las normas relativas a la protección de la atmósfera, y viceversa.

7) Con respecto al derecho mercantil internacional, se ha establecido el concepto de apoyo mutuo para ayudar a conciliar ese derecho con el derecho internacional del medio ambiente, que está relacionado en parte con la protección de la atmósfera. El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio[934] de 1994, dispone en su preámbulo que su propósito es conciliar las metas del desarrollo y el comercio con las necesidades ambientales "de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible"[935]. El Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC comenzó a llevar a cabo sus actividades "con el objetivo de lograr que las políticas sobre comercio

[928] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

[929] Véase, por ejemplo, OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R, 6 de noviembre de 1998, párr. 158. Véase también *Al-Adsani v. the United Kingdom*, demanda núm. 35763/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XI, párr. 55.

[930] P. Sands, "Treaty, custom and the cross-fertilization of international law", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), pág. 95, párr. 25; C. McLachlan, "The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pág. 279; O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 828 y 829.

[931] *Ibid*., págs. 791 a 798.

[932] Cabe señalar que el Entendimiento de la OMC relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1869, núm. 31874, pág. 3, anexo 2, pág. 401) establece en su artículo 3, párrafo 2, que "[e]l sistema de solución de diferencias de la OMC [...] sirve para [...] aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas *usuales* de interpretación del derecho internacional público" (sin cursiva en el original).

[933] Véanse International Law Association, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington…* (nota 926 *supra*); y A. Boyle, "Relationship between international environmental law and other branches of international law", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky y otros (nota 821 *supra*), págs. 125 a 146.

[934] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 1867 a 1869, núm. 31874.

[935] *Ibid*., vol. 1867, núm. 31874, pág. 154.

internacional y las políticas ambientales se apoyen mutuamente"[936] y, en su informe de 1996 a la Conferencia Ministerial de Singapur, dicho Comité reiteró su posición de que el sistema de la OMC y la protección del medio ambiente son "dos esferas de la formulación de políticas [que] son a la vez importantes y han de apoyarse recíprocamente para promover el desarrollo sostenible"[937]. Dado que el concepto de "apoyo mutuo" ha pasado gradualmente a ser considerado "una norma jurídica *interna* de la OMC"[938], en la Declaración Ministerial de Doha de 2001 se expresa la convicción de los Estados de que los objetivos de "actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente"[939]. En el derecho mercantil internacional, el apoyo mutuo se considera parte del principio de armonización en la interpretación de normas contradictorias de diferentes tratados. Entre los diversos asuntos de solución de diferencias de la OMC pertinentes, destaca *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* de 1996, porque el Órgano de Apelación se negó a separar las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de otras normas de interpretación del derecho internacional público al afirmar que "no debe leerse el *Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público*" (sin cursiva en el original)[940], y apoyó firmemente el principio interpretativo de armonización e integración sistémica.

8) Se observan tendencias y enfoques similares en el derecho internacional de las inversiones. Los acuerdos de libre comercio, que contienen varias cláusulas de inversión, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte[941], y numerosos tratados bilaterales de inversión[942] también incluyen normas en relación con el medio ambiente, que

[936] Comité de Negociaciones Comerciales, decisión de 14 de abril de 1994, MTN.TNC/45(MIN), anexo II, pág. 17.

[937] OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, Informe (1996) WT/CTE/1 (12 de noviembre de 1996), párr. 167.

[938] J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003); R. Pavoni, "Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the 'WTO-and-competing regimes' debate?", *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), págs. 651 y 652. Véanse también S. Murase, "Perspectives from international economic law on transnational environmental issues", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1996), págs. 283 a 431, reproducido en S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokio, Sophia University Press, 2011), págs. 1 a 127; y S. Murase, "Conflict of international regimes: trade and the environment", *ibid*., págs. 130 a 166.

[939] Adoptada en Doha el 14 de noviembre de 2001 en el cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de la OMC, WT/MIN(01)/DEC/1, párr. 6. En la Declaración Ministerial de Hong Kong de 2005 se reafirmó "el mandato establecido en el párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha, encaminado a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente" (adoptada el 18 de diciembre de 2005 en el sexto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de Hong Kong (China), WT/MIN(05)/DEC, párr. 31).

[940] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, pág. 17. Véase también S. Murase, "Unilateral measures and the WTO dispute settlement" (donde se analiza el asunto *Gasolina*), en *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, S. C. Tay y D. C. Esty (eds.) (Singapur, Times Academic Press, 1996), págs. 137 a 144.

[941] Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1993). Véanse, en particular, los arts. 104, párr. 1, y 1114.

[942] Existen diversos modelos de tratados bilaterales de inversión, tales como el modelo de acuerdo bilateral de inversión del Canadá, de 2004, que puede consultarse en www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf; el modelo de acuerdo bilateral de inversión de Colombia, de 2007, que puede consultarse en www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf; el modelo de acuerdo bilateral de inversión de los Estados Unidos, de 2012, que puede consultarse en www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf; y el Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible, de 2005, en H. Mann y otros, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, 2ª ed. (Winnipeg, 2005), art. 34, que puede consultarse en www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf. Véanse también Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investment Policy Framework for*

han sido confirmadas por la jurisprudencia de los correspondientes órganos de solución de controversias. Algunos tribunales sobre inversiones han destacado que los tratados de inversión "no pueden leerse ni interpretarse aisladamente del derecho internacional público"[943].

9) Lo mismo ocurre con el derecho del mar. La protección de la atmósfera está intrínsecamente vinculada a los océanos y al derecho del mar dada la estrecha interacción física que existe entre la atmósfera y los océanos. En el preámbulo del Acuerdo de París se observa "la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos". Este vínculo también se confirma en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982[944], que define en su artículo 1, párrafo 1 4), la expresión "contaminación del medio marino" de modo que incluye todas las fuentes de contaminación marina por el aire, incluida la contaminación atmosférica de origen terrestre y causada por buques[945]. La Convención contiene disposiciones detalladas sobre la protección y preservación del medio marino en su Parte XII, en particular en los artículos 192, 194, 207, 211 y 212. Varias convenciones regionales regulan la contaminación marina de origen terrestre[946]. La OMI ha tratado de regular la contaminación causada por buques en el marco de sus iniciativas encaminadas a complementar las disposiciones de la Convención[947] y luchar contra el cambio climático[948]. La aplicación efectiva de las normas del derecho del mar aplicables podría

Sustainable Development (2015), págs. 91 a 121, que puede consultarse en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf; P. Muchlinski, "Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives", en *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang y M. Krajewski (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 41 a 64.

943 *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, caso CIADI núm. ARB/06/5, laudo, 15 de abril de 2009, párr. 78.

944 Antes de la Convención, el único instrumento internacional reseñable era el Tratado de 1963 por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua (Moscú, 5 de agosto de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, núm. 6964, pág. 43).

945 M. H. Nordquist y otros (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), págs. 41 y 42.

946 Por ejemplo, el Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Naciones Unidas, *Treaty Series*, núm. 42279, pág. 67 y ss., en especial pág. 71, art. 1 e)); el Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico (Helsinki, 9 de abril de 1992, *ibid.*, vol. 1507, núm. 25986, pág. 166 y ss., en especial pág. 169, art. 2, párr. 2); el Protocolo para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación de Origen Terrestre (*ibid*., vol. 1328, núm. 22281, pág. 105 y ss., en especial pág. 121, art. 4, párr. 1 b)); el Protocolo para la protección del Pacífico sudeste contra la contaminación proveniente de fuentes terrestres (Quito, 22 de julio de 1983, *ibid.*, vol. 1648, núm. 28327, pág. 73 y ss., en especial pág. 90, art. II c)); y el Protocolo sobre la protección del medio marino contra la contaminación de origen terrestre al Convenio Regional de Kuwait sobre Cooperación para la Protección del Medio Marino contra la Contaminación (Kuwait, 21 de febrero de 1990, *ibid.*, vol. 2399, núm. 17898, pág. 3 y ss., en especial pág. 40, art. III).

947 Por ejemplo, en el 58º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino en 2008, la OMI aprobó el anexo VI, en su forma enmendada, del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (*ibid*., vol. 1340, núm. 22484, pág. 61), que regula, entre otras cosas, las emisiones de óxido de azufre y óxido de nitrógeno. El Convenio cuenta ya con seis anexos: el anexo I sobre las reglas para prevenir la contaminación por hidrocarburos (entrada en vigor el 2 de octubre de 1983), el anexo II sobre las reglas para prevenir la contaminación por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel (entrada en vigor el 6 de abril de 1987), el anexo III sobre las reglas para prevenir la contaminación por sustancias perjudiciales transportadas por mar en bultos (entrada en vigor el 1 de julio de 1992), el anexo IV sobre las reglas para prevenir la contaminación por las aguas sucias de los buques (entrada en vigor el 27 de septiembre de 2003), el anexo V sobre las reglas para prevenir la contaminación ocasionada por las basuras de los buques (entrada en vigor el 31 de diciembre de 1988) y el anexo VI sobre las reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques (entrada en vigor el 19 de mayo de 2005).

948 S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), págs. 107 a 126; S. Karim y S. Alam, "Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal", *Asian Journal of International Law*, vol. 1 (2011), págs. 131 a 148; Y. Shi, "Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?", *Marine Pollution Bulletin*,

contribuir a la protección de la atmósfera. Del mismo modo, la aplicación efectiva de las normas sobre la protección del medio ambiente podría proteger los océanos.

10) En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos, la degradación del medio ambiente, incluidos la contaminación atmosférica, el cambio climático y la disminución de la capa de ozono, "puede afectar la efectividad de los derechos humanos"[949]. El vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente, incluida la atmósfera, se reconoce en la práctica. La Declaración de Estocolmo reconoce, en su principio 1, que toda persona "tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar"[950]. En la Declaración de Río de 1992 se señala, en el principio 1, que "[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible" y que "[t]ienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza"[951]. En el contexto de la contaminación atmosférica, el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia reconoce que la contaminación atmosférica tiene "una acción nociva de tal naturaleza que pone en peligro la salud humana" y establece que las partes están decididas a "proteger al hombre y su medio ambiente contra la contaminación atmosférica" de cierta magnitud[952]. Asimismo, en el caso de la degradación atmosférica, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono contiene una disposición por la que se requiere que las partes tomen las medidas apropiadas "para proteger la salud humana", de conformidad con el Convenio y los protocolos en que sean parte[953]. Del mismo modo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se ocupa de los efectos adversos del cambio climático, incluidos sus efectos nocivos significativos "en la salud y el bienestar humanos"[954].

11) En este contexto, los derechos humanos pertinentes son "el derecho a la vida"[955], "el derecho a la vida privada y familiar"[956] y el "derecho de propiedad"[957]. Cuando las

---

vol. 113 (2016), págs. 187 a 192; J. Harrison, "Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping" (2012), Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo, Research Paper núm. 2012/12, pág. 20. Puede consultarse en https://ssrn.com/abstract=2037038 (consultado el 7 de julio de 2017).

949 Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/19/34), párr. 15. Véase también la resolución 19/10 del Consejo de Derechos Humanos, de 19 de abril de 2012, relativa a los derechos humanos y el medio ambiente.

950 Véase L. B. Sohn, "The Stockholm Declaration on the Human Environment" (nota 825 *supra*), en especial págs. 451 a 455.

951 F. Francioni, "Principle 1: human beings and the environment", en *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, J. E. Viñuales (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 93 a 106, en especial págs. 97 y 98.

952 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, núm. 21623, pág. 217 y ss., en especial pág. 219, arts. 1 y 2.

953 *Ibid*. vol. 1513, núm. 26164, pág. 293 y ss., en especial pág. 326, art. 2.

954 Art. 1.

955 Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171); art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Nueva York, 20 de diciembre de 1989, *ibid*., vol. 1577, núm. 27531, pág. 3); art. 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (Nueva York, 20 de diciembre de 2006, *ibid*., vol. 2515, núm. 44910, pág. 3); art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (Roma, 4 de noviembre de 1950, *ibid*., vol. 213, núm. 2889, pág. 221, en adelante, "Convenio Europeo de Derechos Humanos"); art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (San José, 22 de noviembre de 1969, *ibid*., vol. 1144, núm. 14668, pág. 171); y art. 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Nairobi, 27 de junio de 1981, *ibid*., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217).

956 Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y art. 11, párr. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

957 Art. 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*ibid*., vol. 213, núm. 2889, pág. 221); art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y art. 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Véase D. Shelton, "Human rights and the environment: substantive rights", en *Research Handbook on International Environmental Law*,

convenciones en materia de derechos humanos reconocen un derecho específico al medio ambiente, las cortes y tribunales y los órganos de tratados competentes hacen que se respete, también en el caso del derecho a la salud. No obstante, para que el derecho internacional de los derechos humanos contribuya a la protección de la atmósfera, han de cumplirse determinados requisitos básicos[958]. En primer lugar, como el derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo un "ordenamiento jurídico basado en el daño personal"[959], ha de determinarse la existencia de un vínculo directo entre la contaminación o degradación atmosféricas que socavan el derecho protegido y el menoscabo de ese derecho. En segundo lugar, los efectos adversos de la contaminación o degradación atmosféricas han de alcanzar un umbral determinado para entrar en el ámbito de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. La determinación de ese nivel mínimo es relativa y depende del contenido del derecho que se invoque y de todas las circunstancias pertinentes del caso, como la intensidad y duración del perjuicio y sus efectos físicos o mentales. En tercer lugar, y lo que es más importante, es necesario demostrar la relación causal entre la acción u omisión de un Estado, por una parte, y la contaminación o degradación atmosféricas, por la otra.

12) Una de las dificultades de la interrelación entre las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera y el derecho de los derechos humanos es la "falta de conexión" en su aplicación. Mientras que las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera no solo son de aplicación a los Estados de las víctimas, sino también a los Estados de origen del daño, el alcance de la aplicación de los tratados de derechos humanos se limita a las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado[960]. Así pues, cuando una actividad nociva para el medio ambiente en un Estado afecta a personas de otro Estado, surge la cuestión de la interpretación del concepto de "jurisdicción" en el contexto de las obligaciones en materia de derechos humanos. A la hora de interpretar y aplicar esa noción, podrá tenerse en cuenta el objeto y el fin de los tratados de derechos humanos. En su opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte Internacional de Justicia, al examinar la cuestión de la jurisdicción extraterritorial, declaró que, "si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones"[961].

13) Una posible consideración es la pertinencia del principio de no discriminación. Algunos autores sostienen que cabe pensar que no es razonable que el derecho internacional de los derechos humanos no se aplique a la contaminación atmosférica o la degradación mundial, ni que el derecho solo pueda ofrecer protección a las víctimas de la contaminación intrafronteriza. Defienden que el principio de no discriminación requiere que el Estado responsable trate la contaminación atmosférica transfronteriza o la degradación atmosférica global del mismo modo que la contaminación nacional[962]. Además, solo en la medida en que las normas de derechos humanos pertinentes se reconozcan hoy como normas establecidas o emergentes de derecho internacional consuetudinario[963], se podrá considerar

M. Fitzmaurice, D. M. Ong y P. Merkouris (eds.) (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 267 a 283, en especial págs. 267 y 269 a 278.

958 P.-M Dupuy y J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015), págs. 320 a 329.

959 *Ibid*., págs. 308 y 309.

960 Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase A. Boyle", Human rights and the environment: where next?", *European Journal of International Law*, vol. 23 (2012), págs. 613 a 642, en especial págs. 633 a 641.

961 *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109.

962 Boyle, "Human rights and the environment" (véase la nota 960 *supra*), págs. 639 y 640.

963 B. Simma y P. Alston, "Sources of human rights law: custom, *jus cogens* and general principles", *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), págs. 82 a 108; V. Dimitrijevic, "Customary law as an instrument for the protection of human rights", Working Paper, núm. 7 (Milán, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), págs. 3 a 30; B. Simma, "Human rights

que se solapan con las normas ambientales de protección de la atmósfera, como la diligencia debida (proyecto de directriz 3), la evaluación del impacto ambiental (proyecto de directriz 4), la utilización sostenible (proyecto de directriz 5), la utilización equitativa y razonable (proyecto de directriz 6) y la cooperación internacional (proyecto de directriz 8), entre otras, lo que permitiría interpretar y aplicar ambas normas de manera armoniosa.

14) A diferencia del párrafo 1, que se ocupa de la identificación, la interpretación y la aplicación, el párrafo 2 se refiere a la situación en la que los Estados desean elaborar nuevas normas. El párrafo pone de manifiesto un deseo general de alentar a los Estados que participen en negociaciones relacionadas con la creación de nuevas normas a que tengan en cuenta las relaciones sistémicas existentes entre las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera y las normas de otros ámbitos jurídicos.

15) El párrafo 3 destaca las dificultades de las personas en situación vulnerable a causa de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Se ha redactado para incluir una referencia directa a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La referencia a los párrafos 1 y 2 abarca tanto los aspectos de "identificación, interpretación y aplicación", por una parte, como el de "desarrollo", por otra. Las palabras "debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica" ponen de relieve el alcance amplio de la atención que debe prestarse a la situación de los grupos vulnerables, que abarca ambos aspectos del presente tema, es decir, la "contaminación atmosférica" y la "degradación atmosférica". No se consideró útil hacer referencia en el texto a los "derechos humanos", ni tan siquiera a los "derechos" o los "intereses legalmente protegidos".

16) La segunda oración del párrafo 3 contiene ejemplos de grupos que pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad en el contexto de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La Organización Mundial de la Salud ha señalado que "todas las poblaciones se verán afectadas por el cambio climático, pero los riesgos iniciales para la salud varían considerablemente, dependiendo de dónde y cómo vive la población. Las personas que viven en los pequeños Estados insulares en desarrollo y otras regiones costeras, megalópolis y regiones montañosas y polares son particularmente vulnerables en distintas formas"[964]. En los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por la Asamblea General en su Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se aborda la contaminación atmosférica. En particular, en los Objetivos 3.9 y 11.6, en los que se pide una reducción sustancial del número de muertes y enfermedades causadas por la contaminación atmosférica, y una atención especial a la calidad del aire en las ciudades[965].

17) La expresión, en la segunda oración del párrafo 3, "pueden incluir, entre otros" indica que los ejemplos que se dan no son necesariamente exhaustivos. Los pueblos indígenas son, como se declaró en el Informe de la Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas sobre el Cambio Climático, "los más vulnerables a los efectos del cambio climático porque viven en las zonas más afectadas por el cambio climático y suelen ser los más desfavorecidos socioeconómicamente"[966]. La población de los países menos

in the International Court of Justice: are we witnessing a sea change?", en *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland y otros (eds.) (Leiden, Martinus Nijhoff, 2014), págs. 711 a 737; y H. Thirlway, "International law and practice: human rights in customary law: an attempt to define some of the issues", *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), págs. 495 a 506.

964 Organización Mundial de la Salud, *Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People* (Ginebra, 2009), pág. 2.

965 Véase B. Lode, P. Schönberger y P. Toussaint, "Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law", *Review of European, Community and International Environmental Law*, vol. 25 (2016), págs. 27 a 38. Véanse también los indicadores de esas metas especificados en 2016 (3.9.1: tasa de mortalidad atribuida a la contaminación de los hogares y del aire ambiente, y 11.6.2: niveles medios anuales de partículas finas en las ciudades).

966 "Informe de la Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas sobre el Cambio Climático, 20 a 24 de abril de 2009, Anchorage, Alaska", pág. 12, puede consultarse en www.un.org/ga/president/63/letters/globalsummitoncc.pdf#search=%27 (consultado el 7 de julio de 2017). Véanse R. L. Barsh, "Indigenous peoples", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky y otros (nota 821 *supra*), págs. 829 a 852; B. Kingsbury, "Indigenous peoples", en *The Max Planck*

adelantados también se encuentra en una situación especialmente vulnerable, ya que a menudo vive en condiciones de pobreza extrema, sin acceso a servicios básicos de infraestructura ni a una protección médica y social adecuada[967]. La población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por la elevación del nivel del mar está expuesta a una posible pérdida de tierras que provocaría su desplazamiento y, en algunos casos, su migración forzada. Según se observa en el preámbulo del Acuerdo de París, además de los grupos especificados en el párrafo 3 del proyecto de directriz 9, otros grupos que pueden ser particularmente vulnerables y que a menudo se ven gravemente afectados por la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica son las comunidades locales, los migrantes, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y las personas de edad[968].

Directriz 10
Aplicación

1. La observancia en el ámbito nacional de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, incluidas las mencionadas en el presente proyecto de directrices, puede adoptar la forma de medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole.

2. Los Estados deben procurar poner en práctica las recomendaciones contenidas en el presente proyecto de directrices.

Comentario

1) El proyecto de directriz 10 se ocupa de la observancia en el ámbito nacional de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. El cumplimiento en el ámbito internacional se aborda en el proyecto de directriz 11. En el presente proyecto de directriz, el término observancia se utiliza para hacer referencia a las medidas que pueden adoptar los Estados para hacer efectivas las disposiciones de un tratado a nivel nacional, incluida la aplicación en sus leyes nacionales[969].

Encyclopedia of Public International Law, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, págs. 116 a 133; y H. A. Strydom, "Environment and indigenous peoples", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, págs. 455 a 461.

967 World Bank Group Climate Change Action Plan, 7 de abril de 2016, párr. 104, puede consultarse en http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf (consultado el 7 de julio de 2017).

968 El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tiene un programa sobre las "dimensiones de la reducción del riesgo de desastres y el cambio climático relacionadas con el género"; véase https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx (consultado el 7 de julio de 2017). Además de las mujeres y los niños, se suele citar a las personas de edad y las personas con discapacidad como personas vulnerables. Véanse Organización Mundial de la Salud, *Protecting Health from Climate Change…* (nota 964 *supra*), y el Plan de Acción para el Clima del Grupo del Banco Mundial (nota 967 *supra*). La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de 2015 (*Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, cuadragésimo quinto período ordinario de sesiones, Actas y documentos*, vol. I (OEA/Ser.P/XLV-O.2), págs. 11 a 38) establece, en su art. 25 (derecho a un medio ambiente sano), que "[l]a persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas: a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza; b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros".

969 Véase, en general, P. Sands y J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3ª ed. (Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2012), págs. 135 a 183. E. Brown Weiss y H. K. Jacobson (eds.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords* (Cambridge, MIT Press, 1998), véase "A framework for analysis", págs. 1 a 18, en especial pág. 4.

2) El proyecto de directriz 10 consta de dos párrafos, en los que se abordan, por una parte, las obligaciones existentes en virtud del derecho internacional, y, por otra, las recomendaciones que figuran en el proyecto de directrices.

3) El proyecto de directrices se refiere a las obligaciones pertinentes que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, a saber, la obligación de proteger la atmósfera (proyecto de directriz 3), la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental (proyecto de directriz 4) y la obligación de cooperar (proyecto de directriz 8)[970]. Habida cuenta de que los Estados tienen esas obligaciones, es evidente que deben aplicarse fielmente.

4) La expresión "observancia en el ámbito nacional" indica las medidas que pueden adoptar las partes para hacer efectivos a nivel nacional los acuerdos internacionales, de conformidad con la constitución y el ordenamiento jurídico de cada Estado[971]. La observancia en el ámbito nacional adopta diversas formas, a saber, "medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole". La palabra "puede" refleja el carácter discrecional de la disposición. Se habla de medidas "administrativas", en lugar de medidas "ejecutivas", por tratarse de un concepto más amplio que abarca la posible aplicación en los niveles inferiores de la administración del Estado. La expresión "de otra índole" designa una categoría residual que comprende todas las demás formas de aplicación en el ámbito nacional. Las palabras "observancia en el ámbito nacional" también se refieren a las obligaciones de organizaciones regionales como la Unión Europea[972].

5) Hay que interpretar que el término "obligaciones" en el párrafo 1 no designa nuevas obligaciones para los Estados, sino que se refiere a las obligaciones que ya tienen los Estados en virtud del derecho internacional. Por tanto, se eligió la frase "incluidas las [obligaciones] mencionadas en el presente proyecto de directrices", y la expresión "mencionadas" pone de relieve el hecho de que el proyecto de directrices como tal no crea nuevas obligaciones ni aborda exhaustivamente las diversas cuestiones relacionadas con el tema.

6) La referencia en el párrafo 2 a "las recomendaciones contenidas en el presente proyecto de directrices" tiene por objeto distinguir entre esas recomendaciones y las "obligaciones" que se mencionan en el párrafo 1. El término "recomendaciones" se consideró conveniente porque sería compatible con los proyectos de directriz en que se utilice la fórmula "debe"[973]. Esto se entiende sin perjuicio del contenido normativo que los proyectos de directriz tengan con arreglo al derecho internacional. En el párrafo 2 se establece que los Estados deben procurar poner en práctica las recomendaciones contenidas en el proyecto de directrices.

7) La Comisión decidió no incluir un proyecto de directriz sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos como propuso inicialmente el Relator Especial[974]. En general, se consideró que la cuestión de las normas secundarias de responsabilidad correspondía a un tema que la Comisión ya había tratado, cuando aprobó en 2001 los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[975]. Esos artículos también son de aplicación en relación con las obligaciones ambientales, incluida la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

---

970 Incluso la obligación de cooperar requiere en ocasiones una aplicación a nivel nacional. Según el proyecto de directriz 8, párr. 2, "[l]a cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta", que normalmente exigen legislación nacional de aplicación.

971 C. Redgwell, "National implementation", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky y otros (nota 821 *supra*), pág. 925.

972 Véase L. Krämer, "Regional economic integration organizations: the European Union as an example", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky y otros (nota 821 *supra*), págs. 853 a 876 (sobre la aplicación, págs. 868 a 870).

973 Véanse, por ejemplo, los proyectos de directriz 5, 6, 7, 9 y 12, párr. 2.

974 Véase el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/711), párr. 31.

975 Para consultar los artículos aprobados por la Comisión y sus correspondientes comentarios, véase *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte), y corrección, párrs. 76 y 77).

8) Además, aunque los Estados recurran en ocasiones a la aplicación extraterritorial del derecho interno en la medida que se permita en el derecho internacional[976], la Comisión no consideró necesario abordar la cuestión a los efectos del presente proyecto de directrices[977]. La Comisión consideró que la cuestión de la aplicación extraterritorial del derecho interno por un Estado planteaba una serie de problemas complejos con repercusiones de gran alcance para otros Estados y para sus relaciones mutuas.

Directriz 11
Cumplimiento

1. Los Estados han de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, entre otras cosas mediante la observancia de las normas y los procedimientos de los acuerdos pertinentes en que sean parte.

2. Para lograr el cumplimiento, se pueden utilizar procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio, según proceda, de conformidad con los acuerdos pertinentes:

a) los procedimientos de facilitación pueden incluir la prestación de asistencia a los Estados, en caso de incumplimiento, de manera transparente, no contenciosa y no punitiva para velar por que los Estados en cuestión cumplan las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional, teniendo en cuenta su capacidad y sus condiciones especiales;

b) los procedimientos para el cumplimiento obligatorio pueden incluir las advertencias en caso de incumplimiento, la suspensión de los derechos y privilegios previstos en los acuerdos pertinentes, así como otro tipo de medidas para el cumplimiento obligatorio.

Comentario

1) El proyecto de directriz 11, que complementa al proyecto de directriz 10 relativo a la observancia en el ámbito nacional, se refiere al cumplimiento en el ámbito del derecho internacional. El uso del término "cumplimiento" no es necesariamente uniforme en los acuerdos ni en la doctrina. En el presente proyecto de directriz, el término "cumplimiento" hace alusión a los mecanismos o procedimientos adoptados *en el ámbito del derecho internacional* con los que se verifica si los Estados se atienen realmente a las obligaciones de un acuerdo o a otras normas de derecho internacional. El párrafo 1 refleja, en particular, el principio *pacta sunt servanda*. El propósito del enunciado "obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional" relativas a la protección de la atmósfera es armonizar la fórmula utilizada en el párrafo 1 con la redacción empleada a lo largo del proyecto de

[976] Los precedentes pertinentes de la aplicación extraterritorial de la legislación nacional son: a) asuntos *Atún* en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (la "aplicación extrajurisdiccional" de la Ley estadounidense de Protección de los Mamíferos Marinos no es compatible con el artículo XX del Acuerdo General, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, DS21/R-39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Atún-I, no adoptado), párrs. 5.27 a 5.29; Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, DS29/R, 16 de junio de 1994 (Atún-II, no adoptado), párr. 5.32); b) OMC, asunto *Gasolina* (sobre la aplicación extraterritorial de la Ley de Regulación de la Calidad del Aire de los Estados Unidos, OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 22 de abril de 1996; c) Tribunal de Justicia Europeo, sentencia, *Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate*, 21 de diciembre de 2011 (sobre la aplicación extraterritorial de la Directiva de la Unión Europea sobre la Aviación 2008/101/CE); y d) Ley de Singapur de Contaminación Transfronteriza derivada de la Calina, de 2014, que establece la jurisdicción extraterritorial sobre la base del "objetivo del principio de territorialidad penal" (Parlamento de Singapur, *Informes oficiales*, núm. 12, segundo período de sesiones, 4 de agosto de 2014, párrs. 5 y 6). Véase Murase, "Perspectives from international economic law on transnational environmental issues" (nota 938 *supra*), págs. 349 a 372.

[977] Véase el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/711), párr. 31.

directrices. También se consideró que el carácter general de la expresión "obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional" reflejaba mejor el hecho de que las normas convencionales que constituyen obligaciones pueden, en algunos casos, ser vinculantes únicamente para las partes en los acuerdos pertinentes, mientras que otras pueden reflejar normas de derecho internacional consuetudinario, o dar lugar a su cristalización, con los consiguientes efectos jurídicos para quienes no sean parte. La expresión "los acuerdos pertinentes" en que los Estados sean parte se ha utilizado para no limitar el alcance de la disposición únicamente a acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, cuando esas obligaciones pueden existir en otros acuerdos[978]. Por su carácter general, el párrafo 1 también resulta adecuado como introducción al párrafo 2.

2) El párrafo 2 se refiere a los procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio que pueden emplear los mecanismos de cumplimiento[979]. La frase inicial del encabezamiento, "[p]ara lograr el cumplimiento", sigue un enfoque positivo orientado a un fin, con una formulación que se ajusta a los acuerdos existentes que se ocupan de los mecanismos de cumplimiento. Con la expresión "se pueden utilizar [...], según proceda", se subraya la diversidad de circunstancias y contextos en que cabría recurrir a procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio con objeto de promover el cumplimiento. La conjunción disyuntiva "o" indica que el órgano competente creado en virtud del acuerdo de que se trate ha de considerar como opciones posibles los procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio. Al final del encabezamiento se utiliza la frase "de conformidad con los acuerdos pertinentes" para subrayar que los procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio son los que están previstos en los acuerdos existentes en los que los Estados sean parte, y que se recurrirá a esos procedimientos con arreglo a tales acuerdos.

3) Además del encabezamiento, el párrafo 2 consta de dos apartados: a) y b). En ambos se ha utilizado la fórmula "pueden incluir" con objeto de dar a los Estados y al órgano competente establecido en virtud del acuerdo en cuestión la posibilidad de recurrir a procedimientos de facilitación o para el cumplimiento existentes.

4) En el apartado a) se emplea la fórmula "en caso de incumplimiento"[980] y se hace referencia a "los Estados en cuestión", con lo que se evita la expresión "Estados que hayan incumplido". Los procedimientos de facilitación pueden incluir la prestación de

[978] Esta reflexión sobre la práctica de los Estados abarcaría los acuerdos multilaterales o regionales, u otros acuerdos comerciales que, por ejemplo, también puedan contemplar disposiciones de protección del medio ambiente que incluyan excepciones como las previstas en el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, o incluso los denominados "acuerdos paralelos" ambientales, tales como el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.

[979] Los procedimientos en caso de incumplimiento han sido adoptados de manera generalizada en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente relativos a la protección de la atmósfera, como: a) el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y sus Protocolos posteriores (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, núm. 21623, pág. 217): véase E. Milano, "Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Convention and its Protocols", en *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, T. Treves y otros (eds.) (La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009), págs. 169 a 180; b) el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369, pág. 3 y UNEP/OzL.Pro.4/15); F. Lesniewska, "Filling the holes: the Montreal Protocol's non-compliance mechanisms", en *Research Handbook on International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong y Merkouris (eds.) (nota 957 *supra*), págs. 471 a 489; c) el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo; d) el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la decisión 24/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3); J. Brunnée, "Climate change and compliance and enforcement processes", en R. Rayfuse y S. V. Scott (eds.), *International Law in the Era of Climate Change* (Cheltenham, Edward Elgar, 2012), págs. 290 a 320; e) el Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (FCCC/CP/2015/10/Add.1, anexo); D. Bodansky, "The Paris Climate Change Agreement: a new hope?", *American Journal of International Law*, vol. 110 (2016), págs. 288 a 319.

[980] Se basa en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, en cuyo art. 8 figura la expresión "las Partes que no hayan cumplido lo prescrito" (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369, pág. 40).

"asistencia" a los Estados, ya que algunos Estados tal vez tienen voluntad de cumplir, pero no pueden hacerlo por falta de capacidad. Así, las medidas de facilitación se ofrecen de manera transparente, no contenciosa y no punitiva para ayudar a los Estados en cuestión a cumplir las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional[981]. En cuanto a la última parte de esa oración, se consideró necesario incluir la referencia "teniendo en cuenta su capacidad y sus condiciones especiales", en reconocimiento de los problemas específicos con que a menudo se encuentran los países en desarrollo y los países menos adelantados para cumplir las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente. Esto se debe, sobre todo, a una falta de capacidad en general, que a veces puede mitigarse con apoyo externo que permita reforzar la capacidad a fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional.

5) En el apartado b) se habla de procedimientos para el cumplimiento obligatorio, que pueden incluir las advertencias en caso de incumplimiento, la suspensión de los derechos y privilegios previstos en los acuerdos pertinentes, así como otro tipo de medidas para el cumplimiento obligatorio[982]. Los procedimientos para el cumplimiento obligatorio, a diferencia de los de facilitación, tienen por objeto lograr el cumplimiento imponiendo sanciones al Estado de que se trate en caso de que este no cumpla con sus obligaciones. Al final de la oración, se emplea la expresión "medidas para el cumplimiento obligatorio" en lugar de "sanciones" a fin de evitar confusiones debido a la posible connotación negativa asociada al término "sanciones". Los procedimientos para el cumplimiento obligatorio que se mencionan en el apartado b) deben distinguirse de cualquier invocación de responsabilidad internacional de los Estados, de modo que esos procedimientos solo deben adoptarse para inducir a los Estados en cuestión a que vuelvan a cumplir las obligaciones establecidas de conformidad con los acuerdos pertinentes en los que sean parte, como se menciona en el encabezamiento[983].

Directriz 12
Arreglo de controversias

1. Las controversias entre Estados relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica han de resolverse por medios pacíficos.

2. Habida cuenta de que esas controversias pueden conllevar numerosas cuestiones fácticas y de verificación científica, debe darse la consideración debida al recurso a expertos técnicos y científicos.

[981] M. Koskenniemi, "Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol", *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992,) págs. 123 a 162; D. G. Victor, "The operation and effectiveness of the Montreal Protocol's non-compliance procedure", en Victor, K. Raustiala y E. B. Skolnikoff (eds.), *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments: Theory and Practice* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), págs. 137 a 176; O. Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (La Haya, Kluwer Law International, 2001), págs. 178 y 179; Dupuy y Viñuales, *International Environmental Law* (nota 958 *supra*), pág. 285 y ss.

[982] G. Ulfstein y J. Werksman, "The Kyoto compliance system: towards hard enforcement", en O. Schram Stokke, J. Hovi y G. Ulfstein (eds.), *Implementing the Climate Change Regime: International Compliance* (Londres, Earthscan, 2005), págs. 39 a 62; S. Urbinati, "Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change", en *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Treves y otros (nota 979 *supra*), págs. 63 a 84; S. Murase, "International lawmaking for the future framework on climate change: a WTO/GATT Model", en *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Murase (nota 938 *supra*), págs. 173 y 174.

[983] G. Loibl, "Compliance procedures and mechanisms", en *Research Handbook on International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong y Merkouris (eds.) (véase la nota 957 *supra*), págs. 426 a 449, en especial págs. 437 a 439.

Comentario

1) El proyecto de directriz 12 se ocupa del arreglo de controversias. En el párrafo 1 se describe la obligación general de los Estados de resolver sus controversias por medios pacíficos. La expresión "entre Estados" aclara que las controversias a que se hace referencia en el párrafo son de carácter interestatal. En el párrafo no se hace referencia al Artículo 33, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, aunque no con la intención de restar importancia a los diversos medios de arreglo pacífico mencionados en esa disposición, como la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial o el recurso a otros medios pacíficos que puedan preferir los Estados en cuestión, ni al principio de elección de los medios[984]. El párrafo 1 no pretende interferir en las disposiciones existentes acerca del arreglo de controversias en los regímenes convencionales ni desplazarlas. Estas seguirán aplicándose con arreglo a sus propios términos. El principal objetivo de este párrafo es reafirmar el principio del arreglo pacífico de controversias[985] y servir de base al párrafo 2.

2) En la primera parte de la oración del párrafo 2 se reconoce que las controversias relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica pueden "conllevar numerosas cuestiones fácticas y de verificación científica". A medida que se ha venido haciendo hincapié en las aportaciones científicas en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera[986], han ido surgiendo también en los últimos años cuestiones científicas y técnicas más complicadas en el proceso del arreglo internacional de controversias. Así, las causas sometidas a las cortes y tribunales internacionales se han centrado cada vez más en pruebas de un elevado carácter científico y técnico[987]. Esos elementos, que se encuentran en las controversias sobre medio ambiente entre Estados, requieren generalmente conocimientos especializados que permitan contextualizar o comprender plenamente las cuestiones objeto de controversia.

3) Se ha producido un notable cambio de actitud de los Estados y la Corte Internacional de Justicia en causas recientes en las que se han tenido que analizar cuestiones de derecho internacional del medio ambiente sujetas a verificación científica, que reflejan, directa o indirectamente, características específicas del arreglo de controversias relativas a la protección de la atmósfera[988]. Por ese motivo, sería necesario que, como se subraya en el

---

984 C. Tomuschat, "Article 33", *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2ª ed., vol. 1, B. Simma (ed.) (Munich, Verlag C. H. Beck, 2002), págs. 583 a 594.

985 N. Klein, "Settlement of international environmental law disputes", en *Research Handbook of International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong y Merkouris (eds.) (nota 957 *supra*), págs. 379 a 400; C. P. R. Romano, "International dispute settlement", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky y otros (nota 821 *supra*), en especial págs. 1039 a 1042.

986 Véase S. Murase, "Scientific knowledge and the progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere", en *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, J. Crawford y otros (eds.) (Leiden, Brill Nijhoff, 2017), págs. 41 a 52.

987 Véanse el discurso del Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Ronny Abraham, ante la Sexta Comisión el 28 de octubre de 2016 (sobre las causas relativas al derecho internacional del medio ambiente sometidas a la Corte Internacional de Justicia) (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/press-releases/0/19280.pdf); y Presidente Peter Tomka, "The ICJ in the service of peace and justice – words of welcome by President Tomka", 27 de septiembre de 2013 (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/press-releases/8/17538.pdf). Véase también E. Valencia-Ospina, "Evidence before the International Court of Justice", *International Law Forum du droit international*, vol. 1 (1999), págs. 202 a 207; A. Riddell, "Scientific evidence in the International Court of Justice – problems and possibilities", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2009), págs. 229 a 258; B. Simma, "The International Court of Justice and scientific expertise", *American Society of International Law, Proceedings*, vol. 106 (2012), págs. 230 a 233; A. Riddell y B. Plant, *Evidence Before the International Court of Justice* (Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009), cap. 9.

988 En las causas *Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) (véase la nota 881 *supra*) y *Pulp Mills* (2010) (véase la nota 877 *supra*), las partes siguieron el método tradicional de presentación de las pruebas, es decir, por conducto de peritos asesores, aunque, en lugar de abogados, estos eran científicos. Sus conclusiones científicas se consideraron alegaciones de las partes, pero hubo algunas críticas de los magistrados y los comentaristas. Así pues, en la causas relativas a la *Fumigación aérea de herbicidas*

párrafo 2, se dé “la consideración debida” al recurso a expertos técnicos y científicos[989]. Lo esencial en este párrafo es hacer hincapié en el recurso a expertos técnicos y científicos para el arreglo de controversias entre Estados por medios judiciales o de otro tipo[990].

4) En el contexto de los procesos judiciales o arbitrales de arreglo de controversias relativas a la protección de la atmósfera, los principios de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y *non ultra petita* (no más allá de lo pedido por las partes) pueden ser relevantes, dado que la relación entre los hechos y el derecho es una cuestión pertinente relacionada con las pruebas científicas[991]. No obstante, la Comisión decidió mantener una fórmula simple y no abordar estas cuestiones en el proyecto de directriz.

(desistimiento en 2013) (*Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, providencia de 13 de septiembre de 2013, *I.C.J. Reports 2013*, pág. 278), *Caza de la ballena en el Antártico* (2014) *(Whaling in the Antarctica (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226), y *Construcción de una carretera (Construction of a Road)* (2015) (véase la nota 887 *supra*), las partes nombraron a peritos independientes, que, en los dos últimos casos, fueron repreguntados y a cuyas declaraciones se atribuyó más peso que a las de los peritos asesores. En todas estas causas, la Corte no nombró a sus propios peritos de conformidad con el Artículo 50 de su Estatuto, si bien acabó haciéndolo en la causa *Maritime Delimitation*, aunque esta no era en sí una controversia sobre derecho ambiental *(Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo (sobre el fondo), 2 de febrero de 2018, que puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20180202-JUD-01-00-EN.pdf).

989 Véase D. Peat, “The use of court-appointed experts by the International Court of Justice”, *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), págs. 271 a 303; J. G. Devaney, *Fact-finding before the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2016); C. E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011), págs. 77 a 135; edición especial sobre las cortes y tribunales y el tratamiento de las cuestiones científicas, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012); C. Tams, “Article 50” y “Article 51”, en *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, A. Zimmermann y otros (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 1287 a 1311; C. E. Foster, “New clothes for the emperor? Consultation of experts by the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), págs. 139 a 173; J. E. Viñuales, “Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), págs. 437 a 504, en especial págs. 476 a 480; G. Gaja, “Assessing expert evidence in the ICJ”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), págs. 409 a 418.

990 Cabe recordar que hay una estrecha interacción entre los medios judiciales y no judiciales de arreglo de controversias. En el contexto de las controversias relacionadas con el medio ambiente, y en particular con la protección de la atmósfera, incluso en la etapa de las negociaciones iniciales se suele exigir a los Estados que aporten pruebas científicas suficientes para fundamentar sus reclamaciones, lo que hace que a veces cueste distinguir entre la negociación y el arreglo judicial.

991 La línea entre “hecho” y “derecho” a menudo es imprecisa (M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* (La Haya, Kluwer Law International, 1996), págs. 42 a 49). Los comentaristas describen las cuestiones científicas como “cuestiones mixtas de hecho y de derecho” (por ejemplo, C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), pág. 58) no fácilmente clasificables como jurídicas o fácticas. El Magistrado A. Yusuf afirma en su declaración en la causa relativa a las *Plantas de celulosa* que la función de los peritos es esclarecer los hechos y aclarar la validez científica de los métodos utilizados para establecer los hechos o reunir datos; mientras que corresponde a la Corte valorar la fuerza probatoria de los hechos (*Pulp Mills* (véase la nota 877 *supra*), declaración del Magistrado Yusuf, párr. 10). Véase también Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (véase la nota 989 *supra*), págs. 145 a 147. Sobre la base de la norma *iura novit curia*, la Corte puede, en principio, aplicar cualquier derecho a un hecho, y, en teoría, puede evaluar las pruebas y sacar las conclusiones que considere apropiadas (siempre que respete la norma *non ultra petita*), ya que se trata siempre de cuestiones jurídicas. Habida cuenta de su función judicial y con arreglo al principio de *iura novit curia*, la Corte debe comprender suficientemente el significado de cada hecho técnico conexo planteado en la causa de que se trate. Véase el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/711), párr. 104.

Capítulo VII
Aplicación provisional de los tratados

A. Introducción

79. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir el tema "Aplicación provisional de los tratados" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial para el tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo[992]. Posteriormente, en 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.

80. El Relator Especial presentó cuatro informes entre 2013 y 2016[993], que la Comisión examinó en sus períodos de sesiones 65º a 68º (2013 a 2016), respectivamente. La Comisión tuvo también ante sí tres memorandos, preparados por la Secretaría, que se presentaron en sus períodos de sesiones 65º (2013), 67º (2015) y 69º (2017), respectivamente[994].

81. Sobre la base de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en sus informes tercero y cuarto, la Comisión, en su 68º período de sesiones (2016), tomó nota de los proyectos de directriz 1 a 4 y 6 a 9 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Por falta de tiempo, se decidió examinar los proyectos de directriz 5 y 10 en el siguiente período de sesiones.

82. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión volvió a remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1 a 4 y 6 a 9, aprobados provisionalmente por el Comité en 2016, con miras a ultimar un conjunto consolidado de proyectos de directriz. Posteriormente, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 1 a 11, que había presentado el Comité de Redacción en el mismo período de sesiones, con sus comentarios.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

83. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/718) y una adición de ese informe con bibliografía sobre el tema (A/CN.4/718/Add.1). En su quinto informe, el Relator Especial analiza las observaciones formuladas por los Estados y las organizaciones internacionales sobre los 11 proyectos de directriz aprobados provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones, proporciona información adicional sobre la práctica de las organizaciones internacionales, y presenta dos nuevos proyectos de directriz, 5 *bis* y 8 *bis*, sobre las reservas y la terminación o suspensión, respectivamente, así como ocho proyectos de cláusulas modelo[995]. La Comisión también tuvo ante sí el tercer memorando elaborado por la Secretaría (A/CN.4/707), en que se examina la práctica de los Estados respecto de los tratados (bilaterales y multilaterales) depositados o registrados en los últimos 20 años en poder del Secretario General que prevén su aplicación provisional, incluida las medidas convencionales relacionadas con ellos.

84. En sus sesiones 3402ª a 3406ª y 3409ª, celebradas los días 14 a 18 y 22 de mayo de 2018, la Comisión examinó el quinto informe del Relator Especial y el tercer memorando de la Secretaría. En su 3409ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2018, la Comisión decidió remitir los proyectos de directriz 5 *bis* y 8 *bis* y los ocho proyectos de

[992] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 267.

[993] A/CN.4/664 (primer informe), A/CN.4/675 (segundo informe), A/CN.4/687 (tercer informe) y A/CN.4/699 y Add.1 (cuarto informe).

[994] A/CN.4/658, A/CN.4/676 y A/CN.4/707. El examen del documento A/CN.4/707 se aplazó hasta el presente período de sesiones.

[995] El texto de los proyectos de cláusulas modelo propuestos por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/718) puede consultarse en la nota 996 *infra*.

cláusulas modelo al Comité de Redacción y le encomendó que terminara la primera lectura del conjunto de proyectos de directriz, incluidos los aprobados provisionalmente en el 69º período de sesiones (2017), teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de los Gobiernos y el debate celebrado en sesión plenaria sobre el informe del Relator Especial.

85. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.910) en su 3415ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2018, y aprobó los proyectos de directriz 6 [7], 7 [5 *bis*], 9, 10, 11 y 12. A continuación, la Comisión procedió a aprobar, en primera lectura, el conjunto del proyecto de directrices sobre la aplicación provisional de los tratados como proyecto de guía para la aplicación de los tratados (véase la sección C.1 *infra*). La Comisión tomó nota además de la recomendación del Comité de Redacción de que se hiciera referencia en los comentarios a la posibilidad de incluir, durante la segunda lectura, un conjunto de proyectos de cláusulas modelo[996], basado en una propuesta revisada

[996] El texto de los proyectos de cláusulas modelo propuestos por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/718), sin las notas a pie de página, dice así:

A. Formas que determinan la temporalidad de la aplicación provisional de un tratado

1. Inicio

Proyecto de cláusula modelo 1

Los Estados [Las organizaciones internacionales] negociadores[as] [contratantes] convienen en aplicar provisionalmente el presente Tratado a partir del momento de su firma (o en cualquier momento posterior que se haya convenido).

Proyecto de cláusula modelo 2

Los Estados [Las organizaciones internacionales] negociadores[as] [contratantes] convienen en aplicar provisionalmente el presente Tratado a partir de… [una fecha determinada].

Proyecto de cláusula modelo 3

Los Estados [Las organizaciones internacionales] negociadores[as] [contratantes] convienen en aplicar provisionalmente el Tratado [los artículos… del Tratado], con excepción de aquellos Estados [aquellas organizaciones internacionales] que notifiquen al Depositario por escrito en el momento de la firma que no consienten en dicha aplicación provisional.

Proyecto de cláusula modelo 4

La aplicación provisional del presente Tratado comenzará en la fecha que el Estado [la organización internacional] lo notifique a los demás Estados [las demás organizaciones internacionales] de que se trate o presente ante el Depositario una declaración para tal efecto.

2. Terminación

Proyecto de cláusula modelo 5

La aplicación provisional del presente Tratado terminará con su entrada en vigor para el Estado [la organización internacional] que lo estuviese aplicando provisionalmente.

Proyecto de cláusula modelo 6

La aplicación provisional del presente Tratado terminará para un Estado [una organización internacional] si este[a] notifica a los demás Estados [las demás organizaciones internacionales] (o al Depositario) su intención de no llegar a ser Parte del Tratado.

B. Ámbito de aplicación de la aplicación provisional

1. La totalidad del Tratado

Proyecto de cláusula modelo 7

El Estado [La organización internacional] que haya notificado a los demás Estados [a las demás organizaciones internacionales] (o al Depositario) que aplicará provisionalmente el presente Tratado se obliga a observar la totalidad de sus disposiciones en los términos en que se haya convenido con los Estados [las organizaciones internacionales] de que se trate.

2. Solo una parte del Tratado

Proyecto de cláusula modelo 8

El Estado [La organización internacional] que haya notificado a los demás Estados [a las demás organizaciones internacionales] (o al Depositario) que aplicará provisionalmente los artículos […] del presente Tratado, se obligará a observar sus disposiciones en los términos en que se haya convenido con los Estados [las organizaciones internacionales] de que se trate.

que el Relator Especial haría en su momento teniendo en cuenta las observaciones y sugerencias hechas durante el debate en sesión plenaria y en el Comité de Redacción.

86. En sus sesiones 3435ª, 3437ª, 3440ª y 3441ª, celebradas los días 24, 27 y 31 de julio y 2 de agosto de 2018, la Comisión aprobó los comentarios relativos al proyecto de directrices anteriormente mencionado (véase la sección C.2 *infra*).

87. En su 3441ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2018, la Comisión expresó además su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, por la extraordinaria contribución realizada, que había permitido a la Comisión culminar con éxito la primera lectura del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados.

88. En su 3441ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2018, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de directrices (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los Gobiernos y las organizaciones internacionales para que formularan comentarios y observaciones, con la petición de que presentaran al Secretario General dichos comentarios y observaciones antes del 15 de diciembre de 2019.

C. Texto del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados, aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados

89. El texto del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados aprobado por la Comisión en primera lectura se reproduce a continuación.

Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados

Directriz 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de directrices se refiere a la aplicación provisional de los tratados.

Directriz 2
Objeto

El objeto del presente proyecto de directrices es proporcionar orientación sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados, tomando como base el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas de derecho internacional.

Directriz 3
Regla general

Un tratado o una parte de un tratado podrán ser aplicados provisionalmente, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo.

Directriz 4
Forma del acuerdo

Además del caso en que el tratado así lo disponga, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado podrá convenirse mediante:

a) un tratado distinto; o

b) cualquier otro medio o arreglo, incluidas una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, o una declaración de un Estado o una organización internacional que sea aceptada por los otros Estados u organizaciones internacionales de que se trate.

Directriz 5
Comienzo de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos que establezca el tratado o se acuerden de otro modo.

Directriz 6
Efectos jurídicos de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él como si el tratado estuviese en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo.

Directriz 7
Reservas

1. De conformidad con las normas pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aplicadas *mutatis mutandis*, un Estado podrá formular, en el momento de convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, una reserva con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos producidos por la aplicación provisional de ciertas disposiciones de ese tratado.

2. De conformidad con las normas de derecho internacional pertinentes, una organización internacional podrá formular, en el momento de convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, una reserva con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos producidos por la aplicación provisional de ciertas disposiciones de ese tratado.

Directriz 8
Responsabilidad en caso de violación

La violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicados provisionalmente generará responsabilidad internacional de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Directriz 9
Terminación y suspensión de la aplicación provisional

1. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado terminará con la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate.

2. A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado respecto de un Estado o una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización internacional notifica a los otros Estados o las otras organizaciones internacionales entre los cuales el tratado o una parte del tratado se aplican provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el tratado.

3. El presente proyecto de directriz se entenderá sin perjuicio de la aplicación *mutatis mutandis* de las normas pertinentes enunciadas en la parte V, sección 3, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o de otras normas de derecho internacional pertinentes en materia de terminación y suspensión.

Directriz 10
Derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales, y observancia de los tratados aplicados provisionalmente

1. Un Estado que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

2. Una organización internacional que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

Directriz 11
Disposiciones del derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

Directriz 12
Acuerdo relativo a la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados y de las reglas de las organizaciones internacionales

El presente proyecto de directrices se entenderá sin perjuicio del derecho de un Estado o una organización internacional de convenir en el propio tratado o de otro modo en la aplicación provisional del tratado o de una parte del tratado con las limitaciones derivadas del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización.

2. Texto del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados, con sus comentarios

90. El texto del proyecto de guía para la aplicación provisional de los tratados aprobado por la Comisión en primera lectura, con sus comentarios, figura a continuación.

Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados

Comentario general

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

2) El propósito de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados es prestar asistencia a los Estados, las organizaciones internacionales y otros usuarios sobre la legislación y la práctica relativas a la aplicación provisional de los tratados. Los Estados, las organizaciones internacionales y otros usuarios pueden encontrarse con dificultades en lo que se refiere a la forma del acuerdo para la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, el comienzo y la terminación de dicha aplicación provisional, y sus

efectos jurídicos. El objetivo de la Guía es ofrecer a los Estados, las organizaciones internacionales y otros usuarios respuestas que se ajusten a las normas existentes y más apropiadas para la práctica contemporánea.

3) La aplicación provisional es un mecanismo con el que cuentan los Estados y las organizaciones internacionales para hacer efectivas de manera inmediata todas o algunas de las disposiciones de un tratado antes de que se cumplimenten todos los requisitos internos e internacionales para su entrada en vigor[997]. Sirve a un propósito práctico, y por tanto útil, por ejemplo, cuando la cuestión conlleva cierto grado de urgencia o cuando los Estados o las organizaciones internacionales negociadoras quieren fomentar la confianza antes de la entrada en vigor[998], entre otros objetivos[999]. De manera más general, la aplicación provisional sirve al propósito general de preparar la entrada en vigor del tratado o facilitarla. No obstante, ha de subrayarse que la aplicación provisional constituye un mecanismo voluntario al que los Estados y las organizaciones internacionales son libres de recurrir o no, y que puede ser objeto de limitaciones resultantes del derecho interno de los Estados y de las reglas de las organizaciones internacionales.

4) Aunque el proyecto de directrices no es jurídicamente vinculante como tal, desarrolla las normas existentes de derecho internacional teniendo en cuenta la práctica contemporánea. Se basa principalmente en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, "Convención de Viena de 1969")[1000] y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 (en adelante, "Convención de Viena de 1986")[1001], que trata de aclarar y explicar, así como en la práctica de los

---

997 Véase D. Mathy, "Article 25", en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1, O. Corten y P. Klein (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 640, y A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leiden, Brill, 2012), El concepto ha sido definido como "la aplicación de los términos de un tratado antes de su entrada en vigor y el cumplimiento vinculante de ellos" (R. Lefeber, "Treaties, provisional application", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, R. Wolfrum (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 1) o como "una forma simplificada de lograr la aplicación de un tratado, o de algunas de sus disposiciones, durante un período limitado" (M. E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2009), pág. 354).

998 Véase H. Krieger, "Article 25", en *Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.) (Heidenberg y New York, Springer, 2012), pág. 408.

999 Véase A/CN.4/664, párrs. 25 a 35.

1000 El artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 dice lo siguiente:

> 1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:
>
> a) si el propio tratado así lo dispone;
>
> b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.
>
> 2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otras cosas al respecto.

(Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, págs. 331 y ss., en especial págs. 338 y 339.)

1001 El artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 dice lo siguiente:

> 1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:
>
> a) si el propio tratado así lo dispone;
>
> b) si los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras han convenido en ello de otro modo.
>
> 2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización notifica a los Estados y a las organizaciones con respecto a las cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras hayan convenido otra cosa al respecto. (A/CONF.129/15 (aún no está en vigor).)

Estados y las organizaciones internacionales sobre el tema, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional.

5) Es claramente imposible ocuparse de todas las cuestiones que pueden surgir en la práctica y abarcar la multitud de situaciones con las que pueden encontrarse los Estados y las organizaciones internacionales. No obstante, la adopción de un enfoque general es coherente con uno de los principales objetivos del presente proyecto de directrices, que es reconocer el carácter flexible de la aplicación provisional de los tratados[1002] y evitar toda tentación de ser excesivamente prescriptivo. Siguiendo la línea del carácter esencialmente voluntario de la aplicación provisional, que siempre es opcional, la Guía reconoce que los Estados y las organizaciones internacionales pueden dejar a un lado, por mutuo acuerdo, las soluciones identificadas en el proyecto de directrices, si así lo deciden.

6) La Guía también debe servir para promover la coherencia en el uso de los términos y, de ese modo, evitar la confusión. El uso generalizado de ciertos términos, como la expresión "entrada en vigor provisional" en contraposición a la entrada en vigor *definitiva*, ha creado confusión acerca del alcance y los efectos legales del concepto de aplicación provisional de los tratados[1003]. En el mismo sentido, con bastante frecuencia, los tratados no utilizan el adjetivo "provisional", sino que en su lugar hablan de aplicación "temporal" o "interina"[1004]. Por tanto, el marco del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, si bien constituye la base legal de la cuestión[1005], ha recibido críticas por ser difícil de entender[1006] y carecer de precisión jurídica[1007]. La intención del presente proyecto de directrices es proporcionar mayor claridad al respecto.

7) A fin de prestar asistencia a los Estados y las organizaciones internacionales en las cuestiones prácticas de la aplicación provisional, se prevé que la Guía incluya también cláusulas modelo, que figurarán en un anexo[1008]. En el proyecto de cláusulas modelo se recogerían las mejores prácticas respecto de la aplicación provisional de los tratados bilaterales y multilaterales. La intención no es, en modo alguno, limitar el carácter flexible

---

1002 Véase A/CN.4/664, párrs. 28 a 30.

1003 Al respecto, cabe referirse al análisis que figura en *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Actors of the Economic Community of West African States (ECOWAS), 1975-2010* (Abuya, Ministerio de Relaciones Exteriores de Nigeria, 2011); se trata de una colección de un total de 59 tratados concluidos bajo los auspicios de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental. En ella puede observarse que, de esos 59 tratados, solo 11 de ellos no prevén la aplicación provisional (véase A/CN.4/699, párrs. 168 a 174).

1004 Véase el párrafo 33 de la carta de la República Federativa de Yugoslavia en el intercambio de cartas constitutivas de un acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Federativa de Yugoslavia sobre el estatuto de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la República Federativa de Yugoslavia (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2042, núm. 35283, pág. 23, y *United Nations Juridical Yearbook 1998* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.03.V.5), pág. 103; el artículo 15 del Acuerdo entre Belarús e Irlanda relativo a las condiciones de recuperación de los nacionales menores de edad de la República de Belarús en Irlanda (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2679, núm. 47597, págs. 65 y ss., en especial pág. 79); y el artículo 16 del Acuerdo entre el Gobierno de Malasia y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo relativo al establecimiento del Centro Mundial de Servicios Compartidos del PNUD (*ibid.*, vol. 2794, núm. 49154, pág. 67). Véanse los memorandos de la Secretaría sobre los orígenes del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (A/CN.4/658 y A/CN.4/676), así como el memorando de la Secretaría sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales respecto de los tratados que prevén la aplicación provisional (A/CN.4/707).

1005 Véase Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...* (véase la nota 997 *supra*), pág. 22.

1006 Véase A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (París, Editions A. Pedone, 2005), pág. 111.

1007 Véase M. A. Rogoff y B. E. Gauditz, "The provisional application of international agreements", *Marine Law Review*, vol. 39 (1987), pág. 41.

1008 El texto de los proyectos de cláusulas modelo propuestos por el Relator Especial en su quinto informe puede consultarse en la nota 996 *supra*. La Comisión no pudo concluir el examen de los proyectos de cláusulas modelo por falta de tiempo. Tiene por tanto la intención de reanudar dicho examen en su 71er período de sesiones, a fin de que los Estados y las organizaciones internacionales puedan evaluar el anexo con dichas cláusulas modelo antes de que tenga lugar la segunda lectura del proyecto de directrices en el 72º período de sesiones.

y voluntario de la aplicación provisional de los tratados, y no se pretende abordar todas las posibles situaciones que puedan surgir.

Directriz 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de directrices se refiere a la aplicación provisional de los tratados.

Comentario

1) El proyecto de directriz 1 se refiere al ámbito de aplicación del proyecto de directrices. La disposición ha de leerse con el proyecto de directriz 2, que establece el objeto del proyecto de directrices.

2) El término "se refiere" se consideró más adecuado para un texto que tiene como finalidad proporcionar orientación a los Estados y las organizaciones internacionales en lugar de otras formulaciones, como la de "es de aplicación a", que se encuentra con mayor frecuencia en textos que establecen normas aplicables a los Estados y a otros sujetos de derecho internacional.

3) La Comisión decidió no incluir otro calificativo que limitara el ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de directrices a los Estados. En lugar de ello, el proyecto de directrices también abarca a las organizaciones internacionales, como ponen de manifiesto las referencias tanto a los Estados como a las organizaciones internacionales que figuran en los proyectos de directriz 5 a 7 y 9 a 12[1009]. Ello coincide con el hecho de que la aplicación provisional de los tratados se prevé en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y de la Convención de Viena de 1986.

Directriz 2
Objeto

El objeto del presente proyecto de directrices es proporcionar orientación sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados, tomando como base el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas de derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2 se refiere al objeto del proyecto de directrices y sigue la práctica de la Comisión de incluir una disposición de ese tipo en sus textos con miras a aclarar el propósito que tienen. En el presente caso, el objeto del proyecto de directrices es proporcionar orientación a los Estados y las organizaciones internacionales sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados.

2) El propósito del proyecto de directriz 2 es subrayar el hecho de que las directrices se basan en la Convención de Viena de 1969 y en otras normas de derecho internacional, incluida la Convención de Viena de 1986. La referencia a "o de otras normas de derecho internacional pertinentes" tiene principalmente por objeto ampliar el alcance de la disposición a la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales. Se reconoce que la Convención de Viena de 1986 no ha entrado en vigor aún y, por tanto, no debe hacerse referencia a ella del mismo modo que se hace a la Convención de Viena de 1969.

3) El proyecto de directriz 2 sirve para confirmar el enfoque básico adoptado en todo el proyecto de directrices, a saber, que el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no refleja necesariamente todos los aspectos de la práctica contemporánea relativa a la aplicación provisional de los tratados. Así se desprende de la decisión de incluir una referencia al "derecho y la práctica" relativos a la aplicación provisional de los tratados.

[1009] La cuestión del papel que podrían desempeñar una organización internacional o una conferencia internacional en un acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado se aborda en el proyecto de directriz 4.

También se alude a ese enfoque en la referencia a “otras normas de derecho internacional”, lo que refleja el entendimiento en la Comisión de que otras normas de derecho internacional, como las de carácter consuetudinario, pueden ser aplicables también a la aplicación provisional de los tratados.

4) Al mismo tiempo, aun cuando pueden existir otras normas y otra práctica relativas a la aplicación provisional de los tratados, el proyecto de directrices reconoce la importancia fundamental del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Las palabras “tomando como base” y la referencia expresa al artículo 25 tienen por objeto indicar que ese artículo constituye el punto de partida básico del proyecto de directrices, aun cuando haya de complementarse con otras normas de derecho internacional a fin de tener una apreciación completa del derecho aplicable a la aplicación provisional de los tratados.

Directriz 3
Regla general

Un tratado o una parte de un tratado podrán ser aplicados provisionalmente, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo.

Comentario

1) El proyecto de directriz 3 establece la regla general sobre la aplicación provisional de los tratados. Con ello, la Comisión trató deliberadamente de seguir la formulación del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 a fin de poner de relieve que el punto de partida del proyecto de directrices es el artículo 25. Ello queda sujeto al entendimiento general a que se hace referencia en el párrafo 3) del comentario al proyecto de directriz 2, a saber, que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no reflejan necesariamente todos los aspectos de la práctica contemporánea relativa a la aplicación provisional de los tratados.

2) La expresión inicial confirma la posibilidad general de que un tratado o una parte de un tratado puedan aplicarse provisionalmente. Retoma el encabezamiento del párrafo 1 del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, si bien emplea la palabra “podrán” para subrayar el carácter facultativo de la aplicación provisional.

3) La Comisión también estudió la mejor forma de recoger en el texto los Estados o las organizaciones internacionales que pueden aplicar provisionalmente un tratado, y los Estados o las organizaciones internacionales cuyo acuerdo es necesario para que esa aplicación provisional tenga lugar, y optó, pues, por una formulación más general. A diferencia del artículo 25, en cuyo párrafo 1 b) se hace referencia a un acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado entre “los Estados negociadores” o “los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras”, el proyecto de directriz 3 no indica qué Estados u organizaciones internacionales pueden aplicar provisionalmente un tratado. Cuando estudió la posibilidad de ajustar la formulación actual a la que figura en el artículo 25 especificando la aplicabilidad de la regla general a un determinado grupo de Estados u organizaciones internacionales, la Comisión reconoció la posibilidad, sobre la base de la práctica contemporánea, de que puedan proceder a la aplicación provisional Estados u organizaciones internacionales distintos de los Estados negociadores o las organizaciones negociadoras del tratado en cuestión. No era posible responder claramente, sobre la base de los tratados multilaterales examinados[1010], a la cuestión de si la expresión “Estados negociadores” del artículo 25, párrafo 1 b), impediría que Estados no negociadores u organizaciones internacionales no negociadoras celebraran un acuerdo relativo a la aplicación provisional. Además, se consideró que la necesidad de distinguir entre diferentes grupos de Estados u organizaciones internacionales en función de su relación con el tratado era menos pertinente en el contexto de los tratados bilaterales, que constituyen la inmensa mayoría de los tratados que históricamente han sido aplicados provisionalmente. No obstante, se identificó la práctica pertinente examinando ciertos acuerdos sobre productos básicos que nunca habían entrado en vigor pero cuya aplicación

[1010] Véase A/CN.4/707, párr. 37.

provisional se prorrogó más allá de su fecha de terminación[1011]. En tales casos, se entendía que esa prórroga también se aplicaba a los Estados que se habían adherido al acuerdo sobre productos básicos, lo que demostraba la convicción de que esos Estados también lo habían estado aplicando provisionalmente.

4) La distinción entre la aplicación provisional de todo el tratado y de una "parte" de este tiene su origen en el artículo 25. La Comisión, en su labor sobre el derecho de los tratados, contempló de manera específica la posibilidad de lo que pasó a denominarse aplicación provisional de solo una parte de un tratado. En el proyecto de artículo 22, párrafo 2, del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, la Comisión confirmó que la "misma regla" sobre lo que entonces denominó "entrada en vigor provisional" se aplicaba a "una parte de un tratado"[1012]. En el comentario correspondiente se explicó que "[n]o menos frecuente es hoy la práctica de poner en vigor provisionalmente solo determinada parte del tratado, a fin de satisfacer las exigencias inmediatas de la situación"[1013]. La posibilidad de aplicar provisionalmente solo una parte de un tratado también ayuda a solucionar los problemas que plantean cierto tipo de disposiciones, como las cláusulas dispositivas que establecen mecanismos de vigilancia del tratado, que pueden ser menos susceptibles de aplicación provisional. Así pues, la aplicación provisional de una parte de un tratado se refleja en la fórmula "aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado", que se utiliza en todo el proyecto de directrices[1014].

5) La segunda expresión, a saber, "antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate", se basa en el encabezamiento del artículo 25. La Comisión examinó la posible ambigüedad de la referencia a la "entrada en vigor". Si bien la expresión podría referirse, por un lado, a la entrada en vigor del propio

---

1011 Véase, por ejemplo, el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales de 1994 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1955, núm. 33484, pág. 81), que se prorrogó varias veces en virtud del artículo 46 del Convenio, prórroga durante la cual algunos Estados (Guatemala, México, Nigeria y Polonia) se adhirieron a él. Véase también el caso de Montenegro con respecto al Protocolo núm. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se Modifica el Sistema de Control del Convenio (*ibid*., vols. 2677, núm. 2889, pág. 3, en especial pág. 34). Montenegro, que accedió a la independencia en 2006 y, por tanto, no era un Estado negociador, fue un Estado sucesor en dicho tratado y tuvo la posibilidad de aplicar provisionalmente algunas disposiciones de conformidad con el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor). Para las declaraciones relativas a la aplicación provisional formuladas por Albania, Alemania, Bélgica, España, Estonia, Liechtenstein, Luxemburgo, los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza, véase *ibid*., págs. 30 a 37.

1012 *Anuario...*, *1966*, vol. II, párr. 38.

1013 Párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 22, *ibid*.

1014 Puede encontrarse un ejemplo de la práctica relativa a la aplicación provisional de una parte de un tratado en los tratados bilaterales en el Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y el Principado de Mónaco sobre el Pago de Prestaciones del Seguro Social Neerlandés en Mónaco (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2205, núm. 39160, pág. 541, en especial pág. 550, art. 13, párr. 2); y pueden encontrarse ejemplos de tratados bilaterales que excluyen expresamente la aplicación provisional de una parte de un tratado en el Acuerdo entre el Gobierno Federal de Austria y el Gobierno de la República Federal de Alemania relativo a la Cooperación de las Autoridades Policiales y las Administraciones de Aduanas en las Zonas Fronterizas (*ibid*., vol. 2170, núm. 38115, pág. 573 y ss., en especial pág. 586) y en el Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Croacia sobre Cooperación Técnica (*ibid*., vol. 2306, núm. 41129, pág. 439). Con respecto a los tratados multilaterales, se puede encontrar práctica sobre el tema en la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (*ibid*., vol. 2056, núm. 35597, pág. 211, en especial pág. 252); la Convención sobre Municiones en Racimo (*ibid*., vol. 2688, núm. 47713, pág. 39, en especial pág. 112); el Tratado sobre el Comercio de Armas (A/CONF.217/2013/L.3, art. 23); y el Documento acordado entre los Estados Partes en el Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (*International Legal Materials*, vol. 36, pág. 866, secc. VI, párr. 1). Del mismo modo, el Protocolo sobre la Aplicación Provisional del Tratado Revisado de Chaguaramas (*ibid*., vol. 2259, núm. 40269, pág. 440) especifica las disposiciones del Tratado Revisado que no se aplicarán provisionalmente, mientras que el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (*ibid*., vol. 2592, núm. 46151, pág. 225) es un ejemplo de aplicación provisional de una parte del tratado que es de aplicación únicamente respecto de una de las partes en el Acuerdo.

tratado[1015], existen ejemplos de continuación de la aplicación provisional respecto de algunos Estados u organizaciones internacionales después de la entrada en vigor del propio tratado, cuando el tratado aún no había entrado en vigor para esos Estados y organizaciones internacionales, como ocurre con los tratados multilaterales[1016]. Así pues, la expresión "entrada en vigor" que figura en el proyecto de directriz 3 ha de interpretarse de conformidad con el artículo 24 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre el mismo tema. Se refiere tanto a la entrada en vigor del propio tratado como a la entrada en vigor para cada Estado u organización internacional de que se trate. Con la referencia al inicio a "antes de su entrada en vigor" se trata también de subrayar el papel que desempeña la aplicación provisional en la preparación o la facilitación de dicha entrada en vigor, aun cuando pueda tener por finalidad otros objetivos.

6) Las expresiones tercera y cuarta ("si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo") reflejan los dos posibles fundamentos de la aplicación provisional reconocidos en el párrafo 1 a) y b) del artículo 25. La posibilidad de aplicar provisionalmente un tratado sobre la base de una disposición del tratado en cuestión está bien establecida[1017], y de ahí que la redacción se ajuste a la de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

7) Se aprobó una formulación modificada, más general, para la posibilidad alternativa de la aplicación provisional sobre la base de un acuerdo distinto. A diferencia de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, no se hace mención específica a un grupo particular de Estados u organizaciones internacionales, reconociendo la práctica contemporánea que ha incluido casos de aplicación provisional acordada por únicamente algunos Estados negociadores o por Estados no negociadores que firmaron el tratado o se adhirieron a él posteriormente. Además, el proyecto de directriz prevé la posibilidad de que un tercer Estado o una tercera organización internacional, completamente ajeno al tratado, lo aplique provisionalmente tras haber convenido en ello de otro modo con uno o más Estados u organizaciones internacionales. Ello explica la redacción más neutra del proyecto de directriz 3, en voz pasiva, que se limita a reiterar la regla básica.

[1015] Así ocurre en el caso del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (*ibid*., vol. 1836, núm. 31364, pág. 3) y en el Acuerdo Relativo la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor.

[1016] Por ejemplo, el Tratado sobre el Comercio de Armas.

[1017] Algunos ejemplos en el contexto bilateral son: el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República del Paraguay sobre Determinados Aspectos de los Servicios Aéreos (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 122, 11 de mayo de 2007), art. 9; el Acuerdo entre la República Argentina y la República de Suriname sobre Supresión de Visas para Titulares de Pasaportes Ordinarios (Naciones Unidas, *Treaty Series*, [vol. aún no publicado], núm. 51407), art. 8; el Acuerdo entre la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein relativo a los Impuestos Ambientales en el Principado de Liechtenstein (*ibid*., vol. 2761, núm. 48680, pág. 23), art. 5; el Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra sobre Traslado y Gestión de Residuos (*ibid*., [vol. aún no publicado], núm. 50313), art. 13; el Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Eslovaca sobre la Cooperación en Materia de la Lucha contra la Delincuencia Organizada (*ibid*., vol. 2098, núm. 36475, pág. 341), art. 14, párr. 2; y el Tratado sobre el Establecimiento de una Asociación entre la Federación de Rusia y la República de Belarús (*ibid*., vol. 2120, núm. 36926, pág. 595), art. 19. Algunos ejemplos en el contexto multilateral son el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, art. 7; el Acuerdo sobre las Enmiendas al Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava y al Protocolo del Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava relativo al Régimen de Navegación (*ibid*., vol. 2367, núm. 42662, pág. 697), art. 3, párr. 5; el Acuerdo Marco sobre un Programa Ambiental Nuclear Multilateral en la Federación de Rusia (*ibid*., vol. 2265, núm. 40358, pág. 5, en especial páginas 13 y 14), art. 18, párr. 7, y su correspondiente Protocolo sobre Denuncias, Procedimientos Judiciales e Indemnización (*ibid*., pág. 35), art. 4, párr. 8; los Estatutos de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (*ibid*., vol. 2233, núm. 39756, pág. 207), art. 21; y el Acuerdo por el que se establece la Fundación "Karanta" para el Apoyo de las Políticas de Educación No Formal y su Anexo con los Estatutos de la Fundación (*ibid*., vol. 2341, núm. 41941, pág. 3), arts. 8 y 49, respectivamente.

8) El proyecto de directriz 3 debe leerse junto con el proyecto de directriz 4, que proporciona más detalles sobre la aplicación provisional mediante un acuerdo distinto, aclarando así el sentido del acuerdo “de otro modo”.

Directriz 4
Forma del acuerdo

Además del caso en que el tratado así lo disponga, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado podrá convenirse mediante:

a) un tratado distinto; o

b) cualquier otro medio o arreglo, incluidas una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, o una declaración de un Estado o una organización internacional que sea aceptada por los otros Estados u organizaciones internacionales de que se trate.

Comentario

1) El proyecto de directriz 4 se ocupa de las formas de acordar la aplicación provisional de un tratado, o de una parte de un tratado, además del caso en que el propio tratado así lo disponga. La estructura de la disposición sigue la secuencia del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que primero contempla la posibilidad de que el tratado en cuestión permita expresamente la aplicación provisional y, en segundo lugar, prevé un posible fundamento alternativo para la aplicación provisional cuando los Estados o las organizaciones internacionales hayan convenido en ello “de otro modo”, lo que generalmente ocurre cuando el tratado guarda silencio al respecto.

2) Como se indicó anteriormente, el proyecto de directriz 4 profundiza en la expresión “se ha convenido en ello de otro modo” que figura al final del proyecto de directriz 3, recogida en el artículo 25, párrafo 1 b). Esto se confirma en la fórmula inicial “[a]demás del caso en que el tratado así lo disponga”, que es una referencia directa a la expresión “si el propio tratado así lo dispone” del proyecto de directriz 3, que retoma el texto del artículo 25. En los apartados se establecen dos categorías de métodos adicionales para acordar la aplicación provisional.

3) El apartado a) prevé la posibilidad de una aplicación provisional mediante un tratado distinto, que debe distinguirse del tratado que se aplica provisionalmente[1018].

4) El apartado b) reconoce la posibilidad de que, además de un tratado distinto, la aplicación provisional también pueda convenirse mediante “otro medio o arreglo”, lo que amplía el abanico de posibilidades para lograr un acuerdo de aplicación provisional. La Comisión consideró que dicha referencia adicional confirmaba la naturaleza inherentemente flexible de la aplicación provisional[1019]. A fin de proporcionar más orientación, se citan dos

[1018] Algunos ejemplos de tratados bilaterales de aplicación provisional distintos del tratado que se aplica provisionalmente son el Acuerdo entre los Países Bajos y Alemania relativo a la Tributación de los Ahorros y su Aplicación Provisional (*ibid*., [vol. aún no publicado], núm. 49430) y la Enmienda del Acuerdo relativo a los Servicios de Transporte Aéreo entre el Reino de los Países Bajos y el Estado de Qatar (*ibid*., vol. 2265, núm. 40360, pág. 507, en especial pág. 511). Los Países Bajos han celebrado una serie de tratados similares. Algunos ejemplos de tratados multilaterales de aplicación provisional distintos del tratado que se aplica provisionalmente son el Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo por el que se Establece el Centro para el Cambio Climático de la Comunidad del Caribe (*ibid*., [vol. aún no publicado], núm. 51181); el Protocolo sobre la Aplicación Provisional del Tratado Revisado de Chaguaramas; y el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor).

[1019] En la práctica, algunos tratados se registraron en las Naciones Unidas indicando que habían sido aplicados provisionalmente, pero sin mención alguna de los otros medios o arreglos que se habían empleado para convenir en la aplicación provisional. Son ejemplos de esos tratados el Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y los Estados Unidos de América relativo a la Situación del Personal de los Estados Unidos en la Parte Caribeña del Reino (*ibid.*, [vol. aún no publicado], núm. 51578); el Acuerdo entre el Gobierno de Letonia y el Gobierno de la República de Azerbaiyán sobre Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y sus Precursores y la Delincuencia Organizada (*ibid*., vol. 2461, núm. 44230,

ejemplos de ese tipo de “medio o arreglo”, a saber, la aplicación provisional convenida mediante una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, o una declaración de un Estado o una organización internacional que sea aceptada por los otros Estados u organizaciones internacionales de que se trate[1020].

5) Aunque la práctica sigue siendo algo excepcional[1021], la Comisión consideró conveniente incluir una referencia a la posibilidad de que un Estado o una organización

pág. 205); y el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Kazajstán relativo al Establecimiento de la Oficina Subregional para Asia Septentrional y Central de la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (*ibid*., vol. 2761, núm. 48688, pág. 339). Véase R. Lefeber, “The provisional application of treaties”, en *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, J. Klabbers y R. Lefeber (eds.) (La Haya, Martinus Nihoff, 1998), pág. 81.

[1020] No son acuerdos en los que la organización internacional es parte en el propio tratado, sino acuerdos entre Estados alcanzados en reuniones o conferencias celebradas bajo los auspicios de dicha organización internacional. Pueden darse varios ejemplos de este tipo. En primer lugar, las enmiendas al Convenio Constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por Satélite (INMARSAT) y su Acuerdo de Explotación (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1143, núm. 17948, pág. 105). Véase D. Sagar, “Provisional application in an international organization”, *Journal of Space Law*, vol. 27 (1999), págs. 99 a 116. En segundo lugar, hay varios precedentes de órganos competentes de organizaciones internacionales que aplicaron enmiendas provisionalmente sin que sus instrumentos constitutivos previeran expresamente tal facultad, a saber, el Congreso de la Unión Postal Universal, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y la práctica de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Véase Sagar, “Provisional application in an international organization”, págs. 104 a 106. En tercer lugar, la enmienda aprobada en 2012 por la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162), en la cual el Grupo de Trabajo Especial sobre los Nuevos Compromisos de las Partes del Anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto, considerando la interrupción que podría producirse en el funcionamiento del mecanismo para un desarrollo limpio por motivos relacionados con la entrada en vigor de las enmiendas al Protocolo de Kyoto, recomendó que esas enmiendas pudieran aplicarse provisionalmente. Véase “Consideraciones jurídicas relativas a una posible interrupción entre el primer período de compromiso y el segundo” (FCCC/KP/AWG/2010/10), párr. 18. En cuarto lugar, la modificación al artículo 14 de los Estatutos de la Organización Mundial del Turismo (Naciones Unidas, *Treaty Series*, [vol. aún no publicado], núm. 14403). Otros ejemplos en que los Gobiernos tienen la posibilidad de disponer la entrada en vigor provisional del acuerdo en virtud de una decisión colectiva son: a) el Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa (*ibid*., vol. 2684, núm. 47662, pág. 63); b) el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales; c) el Convenio Internacional del Cacao de 1993 (*ibid*., vol. 1766, núm. 30692, pág. 3); y d) el Convenio Internacional del Cacao de 2010 (*ibid*., vol. 2871, núm. 50115, pág. 3). Por último, un caso que dos fuentes académicas califican de aplicación provisional se refiere al establecimiento de una Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, que se hizo mediante la aprobación de una resolución por la Reunión de los Estados Signatarios (CTBT/MSS/RES/1) el 19 de noviembre de 1996. Aunque en las negociaciones que culminaron en el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares se rechazó una propuesta de aplicación provisional, el Tratado no prevé de manera explícita la aplicación provisional y no se ha celebrado un tratado distinto a tal efecto, esos académicos aducen que, habida cuenta de que el propósito de las decisiones de la Comisión Preparatoria es aplicar disposiciones fundamentales del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares antes de su entrada en vigor, la resolución de la Reunión de los Estados Signatarios puede interpretarse como una prueba de un acuerdo “de otro modo” o una “aplicación provisional implícita” sobre la base del artículo 25, párrafo 1 b), de la Convención de Viena de 1969. Véase A. Michie, “The provisional application of arms control treaties”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10 (2005), págs. 347 a 377, en especial págs. 369 y 370. Véase también Y. Fukui, “CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 22, págs. 183 a 200, en especial págs. 197 a 199. En cambio, otra fuente, publicada bajo los auspicios del Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme y con prólogo del Secretario Ejecutivo de la Comisión Preparatoria, sostiene que el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares no se está aplicando provisionalmente. Véase R. Johnson, *Unfinished Business: The Negotiation of the CTBT and the End of Nuclear Testing*, UNIDIR/2009/2 (2009), págs. 227 a 231.

[1021] Hay casos en que el tratado no requiere que los Estados negociadores o signatarios lo apliquen provisionalmente, pero contempla la posibilidad de que cada Estado decida si desea o no aplicar el tratado o una parte del tratado en cualquier momento del proceso, desde la aprobación del texto hasta

internacional pudieran hacer una declaración a efectos de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado en los casos en que ese instrumento guardase silencio o no se conviniese de otro modo. No obstante, la declaración ha de ser aceptada de manera verificable por los demás Estados u organizaciones internacionales de que se trate, y no limitarse a una mera no objeción. La mayoría de la práctica existente refleja la aceptación de la aplicación provisional por escrito. El proyecto de directriz mantiene cierto grado de flexibilidad para permitir otras formas de aceptación, a condición de que esta se exprese. La Comisión evitó emplear el término "unilateral" después de "declaración" para no confundir las normas que regulan la aplicación provisional de los tratados con el régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados.

Directriz 5
Comienzo de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos que establezca el tratado o se acuerden de otro modo.

Comentario

1) El proyecto de directriz 5 se ocupa del comienzo de la aplicación provisional y se basa en el artículo 24, párrafo 1, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, relativo a la entrada en vigor.

2) La primera oración refleja el criterio adoptado en el proyecto de directrices de hablar de la aplicación provisional de todo el tratado o de una parte de un tratado.

3) La segunda oración tiene dos componentes. La expresión "antes de su entrada en vigor" sigue la fórmula empleada en el proyecto de directriz 3, según la cual que "entrada en vigor" se refiere a la entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate. Como se indica en el comentario al proyecto de directriz 3, esas consideraciones son pertinentes principalmente en el contexto de la aplicación provisional de los tratados multilaterales. La Comisión decidió mantener la referencia general a la "entrada en vigor", como ya se indicó en el comentario al proyecto de directriz 3[1022].

4) El segundo componente es la inclusión de la referencia a los Estados y las organizaciones internacionales, que refleja la posición adoptada por la Comisión, mencionada en el párrafo 3) del comentario al proyecto de directriz 1, según la cual el ámbito de aplicación del proyecto de directrices debe incluir los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. La referencia a la entrada en vigor "entre" los Estados o las organizaciones internacionales se redactó en

su entrada en vigor, o incluso después de ella. En esas circunstancias, la expresión de la intención que crea la obligación derivada de la aplicación provisional puede adoptar la forma de una declaración unilateral del Estado. Un ejemplo de ello es la aplicación provisional por la República Árabe Siria de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1974, núm. 33757). Cuando la República Árabe Siria declaró de manera unilateral que aplicaría provisionalmente la Convención, el Director General de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) respondió con neutralidad, informando a la República Árabe Siria de que su "solicitud" de aplicación provisional de la Convención se remitiría a los Estados partes por conducto del Depositario. Aunque la Convención no prevé la aplicación provisional y esa posibilidad no se debatió durante su negociación, ni los Estados partes ni la OPAQ se opusieron a la aplicación provisional de la Convención por la República Árabe Siria expresada en su declaración unilateral (véanse el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/675), párr. 35 c), y el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/687), párr. 120). Otro ejemplo de consentimiento en quedar obligado por la aplicación provisional de una parte de un tratado mediante una declaración unilateral, pero expresamente prevista en un acuerdo paralelo al tratado, figura en el Protocolo del Acuerdo relativo a un Tribunal Unificado de Patentes sobre la Aplicación Provisional (véase www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_greement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf).

[1022] Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de directriz 3 *supra*.

términos generales para abarcar las diversas situaciones que podían plantearse, como, por ejemplo, la aplicación provisional entre un Estado o una organización internacional para quienes ha entrado en vigor el tratado y otro Estado u otra organización internacional para quienes el tratado aún no ha entrado en vigor.

5) La oración "comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos" define el comienzo de la aplicación provisional. El texto se basa en el recogido en el artículo 68 de la Convención de Viena de 1969, que dice "surtan efecto". Esa oración confirma que se trata del efecto jurídico respecto del Estado o la organización internacional que opta por aplicar provisionalmente el tratado. La Comisión decidió no mencionar expresamente los diversos modos de expresar el consentimiento en quedar obligado por un tratado, a fin de mantener una disposición más simplificada.

6) La oración final "que establezca el tratado o se acuerden de otro modo" confirma que el acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado se basa en una disposición enunciada en el tratado que se aplica provisionalmente, en un tratado distinto, cualquiera que sea su denominación particular, o en otros medios o arreglos que establezcan un acuerdo para la aplicación provisional, y está sujeto a las condiciones y los procedimientos previstos en esos instrumentos.

Directriz 6
Efectos jurídicos de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él como si el tratado estuviese en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo.

Comentario

1) El proyecto de directriz 6 trata de los efectos jurídicos de la aplicación provisional. Cabe prever dos tipos de "efectos jurídicos": los efectos jurídicos del acuerdo de aplicar provisionalmente el tratado o una parte de él, y los efectos jurídicos del tratado o de una parte del tratado aplicado provisionalmente.

2) El proyecto de directriz comienza afirmando que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él como si el tratado estuviese en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate. En otras palabras, un tratado o una parte de un tratado aplicados provisionalmente se consideran vinculantes para las partes que los aplican provisionalmente desde el momento en que se inicia la aplicación provisional. Ese efecto jurídico se deriva del acuerdo de aplicación provisional del tratado por los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, que puede expresarse en las formas previstas en el proyecto de directriz 4. En los casos en que ese acuerdo guarde silencio sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional, que es algo habitual, el proyecto de directriz prevé que la aplicación provisional del tratado creará una obligación vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él como si el tratado estuviese en vigor[1023].

3) La posición general está matizada por la oración final "a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo", que confirma que la regla básica está sujeta al tratado o a otro acuerdo, que pueden prever otro resultado jurídico. Ese entendimiento, que supone la creación de una obligación jurídicamente vinculante de aplicar el tratado igual que si este estuviese en vigor, sujeto a la posibilidad de que las partes convengan en otra cosa, se refleja en la práctica actual de los Estados[1024].

[1023] Véase Mathy, "Article 25" (nota 997, *supra*), pág. 651.

[1024] El memorando de la Secretaría (A/CN.4/707) contiene un análisis de más de 400 tratados bilaterales y 40 multilaterales, y reconoce que, en realidad, el número de tratados bilaterales y multilaterales aplicados provisionalmente es superior al que figura en la compilación *Treaty Series* de las Naciones Unidas; véanse también los ejemplos contenidos en los informes presentados por el Relator Especial: A/CN.4/664, A/CN.4/675, A/CN.4/687 y A/CN.4/699 y Add.1. Este último incluye un anexo con

4) La expresión inicial “[l]a aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado” sigue la formulación del proyecto de directriz 5. La expresión “una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él como si el tratado estuviese en vigor”, que constituye la esencia del proyecto de directriz, hace referencia a los efectos que tendría el tratado si estuviese en vigor para el Estado o la organización internacional de que se trate, así como al comportamiento que se espera de los Estados o las organizaciones internacionales que decidan recurrir a la aplicación provisional. La expresión “entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate” se incluyó para armonizar el proyecto de directriz con el proyecto de directriz 5. La oración final, “a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo”, indica la condición en que se basa la regla general, a saber, que el tratado no disponga otra cosa.

5) No obstante, ha de hacerse una distinción importante. Como cuestión de principio, la finalidad de la aplicación provisional no es desplegar todo el abanico de derechos y obligaciones que se derivan del consentimiento de un Estado o una organización internacional en quedar obligados por un tratado o una parte de un tratado. La aplicación provisional de los tratados sigue siendo distinta de su entrada en vigor, en la medida en que no está sujeta a todas las normas del derecho de los tratados. Así pues, la formulación de que la aplicación provisional “creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él como si el tratado estuviese en vigor” no quiere decir que la aplicación provisional tenga los mismos efectos jurídicos que la entrada en vigor. La referencia a “una obligación jurídicamente vinculante” tiene por objeto añadir más precisión en la descripción de los efectos jurídicos de la aplicación provisional.

6) La Comisión consideró la posibilidad de introducir una salvaguardia expresa para que la aplicación provisional de un tratado no pudiera dar lugar a la modificación del contenido del tratado. No obstante, se consideró que la redacción empleada en el proyecto de directriz 6 era suficientemente amplia para resolver esa cuestión, dado que la aplicación provisional se limita a crear una obligación jurídicamente vinculante de aplicar el tratado o una parte de él como si el tratado estuviese en vigor. Así pues, en el proyecto de directriz se recoge implícitamente el entendimiento de que el acto de aplicar provisionalmente el tratado no afecta a los derechos y obligaciones de otros Estados u otras organizaciones internacionales[1025]. Además, no debe entenderse que el proyecto de directriz 6 limita la libertad de los Estados o las organizaciones internacionales de enmendar o modificar el tratado aplicado provisionalmente, de conformidad con la parte IV de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

Directriz 7
Reservas

1. De conformidad con las normas pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aplicadas *mutatis mutandis*, un Estado podrá formular, en el momento de convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, una reserva con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos producidos por la aplicación provisional de ciertas disposiciones de ese tratado.

2. De conformidad con las normas de derecho internacional pertinentes, una organización internacional podrá formular, en el momento de convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, una reserva con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos producidos por la aplicación provisional de ciertas disposiciones de ese tratado.

ejemplos de la práctica reciente de la Unión Europea sobre la aplicación provisional de los acuerdos con terceros Estados. Véanse también los ejemplos de la práctica de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) mencionados en el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/718).

[1025] No obstante, la práctica ulterior de una o varias partes en un tratado puede constituir un medio de interpretación del tratado en virtud de los artículos 31 o 32 de la Convención de Viena de 1969. Véase el capítulo IV *supra* sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

Comentario

1) El proyecto de directriz 7 se ocupa de la formulación de reservas por parte de un Estado o de una organización internacional, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos producidos por la aplicación provisional de ciertas disposiciones de un tratado.

2) Debido a la relativa falta de práctica en la materia y al hecho de que las reservas en el caso de la aplicación provisional no se abordaron en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de 2011[1026], la Comisión se encuentra únicamente en una etapa inicial del examen de la cuestión de las reservas en relación con la aplicación provisional de los tratados. Hubo opiniones diversas y bastante divergentes en la Comisión acerca de si era adecuado o necesario incluir en la Guía una disposición sobre las reservas en el contexto de la aplicación provisional de un tratado o de parte de él, si bien se consideró en general que, como cuestión de principio, nada prohíbe que puedan formularse reservas en relación con la aplicación provisional.

3) Aunque los Estados han formulado declaraciones interpretativas junto con el acuerdo en la aplicación provisional, tales declaraciones han de distinguirse de las reservas[1027]. Las declaraciones de excluir la aplicación provisional tampoco constituyen reservas en el sentido del derecho de los tratados[1028].

4) El párrafo 1 comienza con la frase: "De conformidad con las normas pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aplicadas *mutatis mutandis*". La finalidad de esta frase es indicar la aplicación de algunas, pero no necesariamente todas, las normas de la Convención de Viena de 1969 aplicables a las reservas en caso de aplicación provisional. Se ha colocado la frase al comienzo del párrafo para indicar claramente que las normas pertinentes de la Convención de Viena a las que se hace referencia son las que califican la formulación de reservas, y no las relativas a la aplicación provisional de ciertas disposiciones del tratado respectivo.

5) La frase "un Estado podrá formular, en el momento de convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, una reserva con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos producidos por la aplicación provisional de ciertas disposiciones de ese tratado" se basa en los artículos 2, párrafo 1 d), y 19 de la Convención de Viena. La referencia a los efectos jurídicos "producidos por la aplicación provisional" subraya el vínculo intrínseco existente entre el proyecto de directriz 6 y el proyecto de directriz 7. Se considera que la formulación es neutra en lo que se refiere a la cuestión de si las reservas excluyen o modifican los efectos jurídicos dimanantes de la aplicación provisional del tratado, o los del acuerdo entre las partes respecto de la aplicación provisional del tratado como tal.

6) El párrafo 2 prevé la formulación de reservas por organizaciones internacionales de manera paralela a la situación de los Estados que se contempla en el párrafo 1. El párrafo 2 reproduce el párrafo 1 con las modificaciones necesarias. La frase inicial, "[d]e conformidad con las normas de derecho internacional pertinentes", ha de entenderse en sentido amplio al objeto de incluir, principalmente, las normas del derecho de los tratados, pero también las relativas a las reglas de las organizaciones internacionales.

Directriz 8
Responsabilidad en caso de violación

La violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicados provisionalmente generará responsabilidad internacional de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

[1026] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10 y Add.1).

[1027] Véase, en particular, la directriz 1.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados *(ibid.)*.

[1028] Véanse, por ejemplo, el artículo 45, párrafo 2 a) del Tratado sobre la Carta de la Energía (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2080, núm. 36116, pág. 95); y el artículo 7, párrafo 1 a), del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

Comentario

1) El proyecto de directriz 8 se ocupa de la cuestión de la responsabilidad por la violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicado provisionalmente. Refleja las consecuencias jurídicas del proyecto de directriz 6. En la medida en que el tratado o una parte del tratado aplicado provisionalmente establecen una obligación jurídicamente vinculante, la violación de una obligación que emana del tratado o de una parte del tratado aplicado provisionalmente constituye necesariamente un acto ilícito que genera responsabilidad internacional. La Comisión estudió si era necesario incluir una disposición sobre la responsabilidad. La inclusión del presente proyecto de directriz se consideró necesaria porque se refería a una consecuencia jurídica fundamental de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. El artículo 73 de la Convención de Viena de 1969 establece que sus disposiciones no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir de la responsabilidad internacional de un Estado, y el artículo 74 de la Convención de Viena de 1986 dispone algo similar. El ámbito de aplicación del proyecto de directrices no se limita al de las dos Convenciones de Viena, como se indica en el proyecto de directriz 2.

2) La Comisión decidió mantener la referencia a "una parte" de un tratado a fin de especificar que, cuando una parte de un tratado se aplica provisionalmente, solo puede generar responsabilidad internacional la violación de esa parte del tratado.

3) El proyecto de directriz se armonizó con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001[1029], y con los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales de 2011[1030], en la medida en que reflejan el derecho internacional consuetudinario. Así, la referencia a "una obligación que emana de" y la palabra "genera" se retomaron deliberadamente de esos proyectos de artículo. Del mismo modo, la fórmula final "de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables" remite, entre otras cosas, a esos proyectos de artículo.

Directriz 9
Terminación y suspensión de la aplicación provisional

1. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado terminará con la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate.

2. A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado respecto de un Estado o una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización internacional notifica a los otros Estados o las otras organizaciones internacionales entre los cuales el tratado o una parte del tratado se aplican provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el tratado.

3. El presente proyecto de directriz se entenderá sin perjuicio de la aplicación, *mutatis mutandis*, de las normas pertinentes enunciadas en la parte V, sección 3, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o de otras normas de derecho internacional pertinentes en materia de terminación y suspensión.

Comentario

1) El proyecto de directriz 9 se ocupa de la terminación y la suspensión de la aplicación provisional. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado por un Estado o una organización internacional termina generalmente en uno de los dos casos siguientes: en primer lugar, cuando el tratado entra en vigor para el Estado o la organización internacional de que se trate o, en segundo lugar, cuando el Estado o la organización internacional que aplica provisionalmente el tratado o una parte del tratado comunica su intención de no llegar a ser parte en el tratado a los otros Estados o las otras organizaciones internacionales entre los que el tratado o una parte del tratado se aplican provisionalmente. No se excluye la posibilidad de otros medios, menos comunes, de terminación de la aplicación provisional.

[1029] *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, incluidos posteriormente en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[1030] *Anuario…, 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87.

2) El párrafo 1 se ocupa de la terminación de la aplicación provisional tras la entrada en vigor. La entrada en vigor es la manera más frecuente de que termine la aplicación provisional[1031]. La posibilidad de que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado termine por la entrada en vigor del propio tratado se reconoce implícitamente en la expresión "antes de su entrada en vigor", que figura en los proyectos de directriz 3 y 5 y que se basa en el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986[1032]. De conformidad con el proyecto de directriz 5, la aplicación provisional continúa hasta que el tratado entra en vigor para el Estado o la organización internacional que aplica provisionalmente el tratado o una parte del tratado en relación con los otros Estados o las otras organizaciones internacionales que también aplican provisionalmente ese tratado o una parte de él[1033].

3) Se ha incluido la frase "en las relaciones entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate" para distinguir la entrada en vigor del tratado de su aplicación provisional por una o más partes en él. Este aspecto se consideró especialmente relevante en las relaciones entre las partes en un tratado multilateral, en donde el tratado podría entrar en vigor para algunas de las partes, pero seguir siendo aplicado únicamente de manera provisional por otras. Así pues, la frase tiene por objeto recoger todas las posibles situaciones jurídicas que pueda haber al respecto.

4) El párrafo 2 refleja el segundo caso mencionado en el párrafo 1) del comentario al presente proyecto de directriz, a saber, cuando el Estado o la organización internacional notifica su intención de no llegar a ser parte en un tratado. Sigue de cerca la redacción del párrafo 2 del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

5) La frase inicial del párrafo 2: "A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo" omite la referencia a ese tipo de acuerdo alternativo celebrado únicamente entre los Estados "negociadores" y las organizaciones internacionales "negociadoras", que se prevé en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Con la expresión "o se haya convenido de otro modo" sigue haciéndose referencia a los Estados o las organizaciones internacionales que negociaron el tratado, pero también podría incluir a los Estados y las organizaciones internacionales que no participaron en la negociación del instrumento. Dada la complejidad que entraña la celebración de tratados multilaterales modernos, la práctica contemporánea respalda una interpretación amplia del texto de las Convenciones de Viena en lo que se refiere a dar el mismo trato jurídico a todos los Estados u organizaciones internacionales negociadores en relación con la aplicación provisional, reconociendo la existencia de otros grupos de Estados u organizaciones internacionales cuyo acuerdo sobre cuestiones relacionadas con la terminación de la aplicación provisional pudiera también requerirse[1034].

[1031] Véase A/CN.4/707, párr. 88.

[1032] La mayoría de los tratados bilaterales establecen que el tratado se aplicará provisionalmente "antes de su entrada en vigor", "antes de su ratificación", "antes de que se cumplan los requisitos formales para su entrada en vigor", "antes de la conclusión de esos procedimientos internos y de la entrada en vigor de la presente Convención", "antes de que los Gobiernos... se informen recíprocamente por escrito de que se han cumplido las formalidades requeridas en sus respectivos países por la Constitución", "hasta el cumplimiento de todos los procedimientos que se mencionan en el párrafo 1 del presente artículo" o "hasta su entrada en vigor" (véase A/CN.4/707, párr. 90). Así ocurre también en tratados multilaterales como el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor), que establece en el párrafo d) que "[e]sta declaración [de aplicación provisional] dejará de tener efecto en el momento de la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 *bis* con respecto a la Alta Parte Contratante de que se trate".

[1033] Véanse, por ejemplo, el Acuerdo entre la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Eslovenia relativo a la Inclusión en las Reservas de la Oficina Eslovena de Reservas Mínimas de Petróleo y Productos Derivados del Petróleo de las Provisiones de Petróleo y Productos Derivados del Petróleo Almacenadas en Alemania en su Nombre (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2169, núm. 38039, pág. 287, en especial pág. 302); y el caso en el Canje de Notas Constitutivo de Acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de Colombia sobre Gratuidad de Visados (*ibid*., vol. 2253, núm. 20662, pág. 328 y ss., en especial págs. 333 y 334).

[1034] Este enfoque coincide con el adoptado respecto de la posición de los Estados negociadores en el proyecto de directriz 3. Véanse los párrafos 2) y 5) del comentario al proyecto de directriz 3, *supra*.

6) La Comisión también trató de identificar los Estados o las organizaciones internacionales a quienes debía notificarse la intención de un tercero de poner fin a la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. La expresión "notifica a los otros Estados o las otras organizaciones internacionales entre los cuales el tratado o una parte del tratado se aplican provisionalmente", que figura al final del párrafo 2, aclara ese aspecto[1035].

7) La Comisión decidió no introducir ninguna salvaguardia en relación con la terminación unilateral de la aplicación provisional, por ejemplo, aplicando *mutantis mutandis* la regla que figura en el párrafo 2 del artículo 56 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que establece un plazo para notificar la denuncia o el retiro de un tratado que no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro. La Comisión no quiso hacerlo en aras de la flexibilidad inherente al artículo 25 y habida cuenta de la insuficiente práctica al respecto.

8) El párrafo 3 confirma que el proyecto de directriz 9 se entenderá sin perjuicio de la aplicación, *mutatis mutandis*, de las normas pertinentes enunciadas en la parte V, sección 3, de la Convención de Viena de 1969 o de otras normas de derecho internacional pertinentes en materia de terminación y suspensión. Pese a una aparente falta de práctica relevante y no obstante el hecho de que el artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena prevé una manera flexible de terminar la aplicación provisional, la Comisión consideró útil incluir en la Guía una disposición relativa a la terminación y la suspensión a fin de abordar una serie de posibles situaciones no recogidas en los párrafos 1 y 2. Por ejemplo, un Estado o una organización internacional pueden querer terminar la aplicación provisional, pero seguir teniendo la intención de llegar a ser parte en el tratado. Otra situación posible es que, en los casos de violación sustantiva, un Estado o una organización internacional puedan querer terminar la aplicación provisional únicamente respecto del Estado o la organización internacional que haya cometido la violación sustantiva, pero seguir aplicando provisionalmente el tratado respecto de las otras partes en él. El Estado o la organización internacional que se haya visto afectado por la violación sustantiva puede también querer reanudar la aplicación provisional suspendida del tratado una vez que la violación se haya subsanado.

9) La formulación del párrafo 3 como una cláusula "sin perjuicio" tiene por objeto preservar la posibilidad de que las disposiciones relativas a la terminación y la suspensión de la Convención de Viena de 1969, puedan ser aplicables a un tratado aplicado

[1035] Un número reducido de tratados bilaterales contiene cláusulas explícitas sobre la terminación de la aplicación provisional y en algunos casos también prevé su notificación. Un ejemplo de ello sería el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de las Islas Marshall relativo a la Cooperación para Reprimir la Proliferación de las Armas de Destrucción en Masa, sus Sistemas Vectores y Materiales Conexos por Mar (Naciones Unidas, *Treaty Series*, [vol. aún no publicado], núm. 51490, pág. 14), art. 17. Entre otros ejemplos, cabe citar los siguientes: el Tratado entre la República Federal de Alemania y el Reino de los Países Bajos relativo a la Aplicación de los Controles del Tráfico Aéreo por la República Federal de Alemania sobre el Territorio Neerlandés y sobre los Efectos de las Operaciones Civiles del Aeropuerto de Niederrhein en el Territorio del Reino de los Países Bajos (*ibid*., vol. 2389, núm. 43165, pág. 117, en especial pág. 173); el Acuerdo entre España y el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación por Hidrocarburos (*ibid*., vol. 2161, núm. 37756, pág. 45, en especial pág. 50); y el Acuerdo entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico del Norte representada por el Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa relativo a las Condiciones Especiales Aplicables al Establecimiento y Explotación en Territorio Español de un Cuartel General Militar Internacional (*ibid*., vol. 2156, núm. 37662, pág. 139, en especial pág. 155). En cuanto a la terminación de los tratados multilaterales, el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (*ibid*., vol. 2167, núm. 37924, pág. 3, en especial pág. 126), contiene una cláusula (art. 41) de terminación mediante notificación que refleja el texto del artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969. Además, la práctica relativa a los acuerdos sobre productos básicos pone de manifiesto que puede acordarse la terminación de la aplicación provisional mediante el retiro del acuerdo, como ocurre con el Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa.

provisionalmente. No obstante, la disposición no aspira a determinar de manera definitiva qué motivos de la sección 3 podrían servir como base adicional para la terminación de la aplicación provisional, o en qué situaciones y hasta qué punto serían de aplicación esos motivos. En lugar de ello, las normas de la Convención de Viena serán de "aplicación, *mutatis mutandis*", dependiendo de las circunstancias.

10) La referencia a "o de otras normas de derecho internacional pertinentes" tiene principalmente por objeto ampliar el alcance de la disposición a la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales, pero deja también claro que la disposición es sin perjuicio de otros métodos de terminar la aplicación provisional de manera más general[1036].

11) El alcance de la disposición se limita a la sección 3 de la parte V de la Convención de Viena de 1969 a fin de evitar toda incertidumbre jurídica que pudiera haber resultado de una referencia general a la parte V. De manera similar, la referencia específica a la sección 3 sirve para excluir la aplicabilidad de la sección 2 de la parte V de la Convención de Viena, relativa a la nulidad. La Guía aborda la nulidad en el proyecto de directriz 11.

Directriz 10
Derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales, y observancia de los tratados aplicados provisionalmente

1. Un Estado que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

2. Una organización internacional que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

Comentario

1) El proyecto de directriz 10 se ocupa de la observancia de los tratados aplicados provisionalmente y de su relación con el derecho interno de los Estados y las reglas de las organizaciones internacionales. Concretamente, se ocupa de la invocación del derecho interno de los Estados o, en el caso de las organizaciones internacionales, de sus reglas, como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. El primer párrafo trata de la norma aplicable a los Estados y el segundo, de la norma aplicable a las organizaciones internacionales.

2) La disposición sigue de cerca el artículo 27 de las Convenciones de Viena de 1969[1037] y 1986[1038]. Por consiguiente, debe examinarse junto con esos artículos y otras normas de derecho internacional aplicables.

[1036] Véase, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978 (*ibid*., vol. 1946, núm. 33356, pág. 3), que prevé otros medios de terminar la aplicación provisional de los tratados multilaterales que estén en vigor respecto del territorio al que se refiera la sucesión de Estados.

[1037] El artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 estipula lo siguiente:

El derecho interno y la observancia de los tratados

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

[1038] El artículo 27 de la Convención de Viena de 1986 estipula lo siguiente:

El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados

1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

3) La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado se rige por el derecho internacional. Al igual que el artículo 27[1039], el proyecto de directriz 10 establece, como regla general, que un Estado o una organización internacional no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno o sus reglas como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional. Asimismo, tampoco podrán invocarse el derecho interno o las reglas para eludir la responsabilidad a que pueda dar lugar el incumplimiento de tales obligaciones[1040]. No obstante, como se indica en el proyecto de directriz 12, los Estados y las organizaciones internacionales de que se trate podrán convenir en limitaciones derivadas del derecho interno o de las reglas como parte de su acuerdo sobre la aplicación provisional.

4) Si bien es cierto que cada Estado u organización internacional podrá decidir, con arreglo a su derecho interno o sus reglas, si conviene en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado[1041], una vez que un tratado o una parte de un tratado se apliquen provisionalmente, la incompatibilidad con el derecho interno de un Estado o las reglas de una organización internacional no podrá justificar la no aplicación provisional de ese tratado o de una parte de él. Así pues, la invocación de tales disposiciones internas en un intento de justificar la no aplicación provisional de un tratado o de una parte de él no estaría en conformidad con el derecho internacional.

5) El incumplimiento de las obligaciones que emanen de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado con una justificación basada en el derecho interno de un Estado o en las reglas de una organización internacional generará la responsabilidad internacional de ese Estado o de esa organización internacional[1042]. Cualquier otro planteamiento iría en contra del derecho sobre la responsabilidad del Estado, con arreglo al cual la calificación del hecho de un Estado o de una organización internacional como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional y tal calificación no se ve afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno[1043].

6) La referencia en el proyecto de directriz a “derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales” designa cualquier disposición de esa naturaleza, y no solo el derecho interno o las reglas relativas específicamente a la aplicación provisional de los tratados.

7) La expresión “obligación que emana de tal aplicación provisional”, que figura en los dos párrafos del proyecto de directriz, es lo suficientemente amplia como para abarcar las situaciones en que la obligación resulta del propio tratado o de un acuerdo distinto relativo a la aplicación provisional del tratado o de una parte de un tratado. Ello está en consonancia con la regla general contenida en el proyecto de directriz 6, que establece que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él como si el tratado estuviese en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate.

---

2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado.

3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

[1039] Véase A. Schaus, “1969 Vienna Convention. Article 27: internal law and observance of treaties”, en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*. *A Commentary*, vol. I, Corten y Klein (véase la nota 997 *supra*), págs. 688 a 701, en especial pág. 689.

[1040] Véase el artículo 7, “Obligatoriedad de los tratados: principio de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno”, en el cuarto informe de Sir Gerald Fitzmaurice, Relator Especial (*Anuario..., 1959*, vol. II, documento A/CN.4/120, pág. 47).

[1041] Véase, Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...* (véase la nota 997 *supra*), pág. 64.

[1042] Véase Mathy, “Article 25” (nota 997 *supra*), pág. 646.

[1043] Véanse el artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001 (*Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, incluido después en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001); y el proyecto de artículo 5 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011 (*Anuario..., 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87, incluido después en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011).

Directriz 11
Disposiciones del derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

Comentario

1) El proyecto de directriz 11 se ocupa de los efectos de las disposiciones del derecho interno de los Estados y las reglas de las organizaciones internacionales concernientes a su competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados. El primer párrafo se refiere al derecho interno de los Estados y el segundo a las reglas de las organizaciones internacionales.

2) El proyecto de directriz 11 sigue de cerca la formulación del artículo 46 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En concreto, el primer párrafo del proyecto de directriz retoma el párrafo 1 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969[1044], y, el segundo, el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1986[1045]. Así pues, el proyecto de directriz debe examinarse junto con esos artículos y otras normas de derecho internacional aplicables.

3) El proyecto de directriz 11 establece que toda alegación de vicio del consentimiento para la aplicación provisional ha de basarse en una violación manifiesta del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización relativas a su competencia para convenir en tal aplicación provisional y, además, ha de afectar a una norma de importancia fundamental.

[1044] El artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 estipula lo siguiente:

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

[1045] El artículo 46 de la Convención de Viena de 1986 estipula lo siguiente:

Disposiciones de derecho interno del Estado y reglas de la organización internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

3. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado o cualquier organización internacional que proceda en la materia conforme a la práctica habitual de los Estados y, en su caso, de las organizaciones internacionales y de buena fe.

4) Una violación de ese tipo es “manifiesta” si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado o cualquier organización internacional que proceda en la materia conforme a la práctica habitual de los Estados o, en su caso, de las organizaciones internacionales y de buena fe[1046].

Directriz 12
Acuerdo relativo a la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados y de las reglas de las organizaciones internacionales

El presente proyecto de directrices se entenderá sin perjuicio del derecho de un Estado o una organización internacional de convenir en el propio tratado o de otro modo en la aplicación provisional del tratado o de una parte del tratado con las limitaciones derivadas del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización.

Comentario

1) El proyecto de directriz 12 se refiere a las limitaciones de los Estados y las organizaciones internacionales que podrían derivarse de su derecho interno y sus reglas al convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. Admite la posibilidad de que existan tales limitaciones y, en consecuencia, reconoce el derecho de los Estados y las organizaciones internacionales de convenir en la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno o de las reglas de las organizaciones y reflejándolas en su consentimiento en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado.

2) A pesar de que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado puede estar sujeta a limitaciones, el presente proyecto de directriz reconoce la flexibilidad de un Estado o de una organización internacional para convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado de manera que se garantice la conformidad de ese acuerdo con las limitaciones derivadas de sus respectivas disposiciones internas. Por ejemplo, el presente proyecto de directriz prevé la posibilidad de que el tratado remita expresamente al derecho interno del Estado o a las reglas de la organización internacional y condicione esa aplicación provisional a la no violación del derecho interno del Estado o las reglas de la organización[1047].

3) La palabra “acuerdo” en el título del proyecto de directriz refleja la base consensual de la aplicación provisional de los tratados, así como el hecho de que cabría la posibilidad de que la aplicación provisional no fuera posible en absoluto con arreglo al derecho interno de los Estados o las reglas de las organizaciones internacionales[1048].

[1046] De conformidad con el art. 46, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969 y el art. 46, párr. 3, de la Convención de Viena de 1986.

[1047] Véase, por ejemplo, el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía.

[1048] Véanse también los diversos ejemplos de acuerdos de libre comercio entre los Estados de la AELC y numerosos Estados (como Albania, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chile, Egipto, ex República Yugoslava de Macedonia, Filipinas, Georgia, Líbano, México, Montenegro, Perú, República de Corea, Serbia, Singapur, Túnez y los Estados Centroamericanos, los Estados Miembros del Consejo de Cooperación del Golfo y los Estados de la Unión Aduanera de África Meridional (UAAM)), en los que se utilizan diferentes cláusulas en este sentido, como: “si sus disposiciones constitucionales lo permiten”, “si sus disposiciones jurídicas lo permiten” o “si sus disposiciones internas lo permiten” (www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements). Por ejemplo, el art. 43, párr. 2, del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados de la AELC y los Estados de la Unión Aduanera de África Meridional dispone lo siguiente:

> Artículo 43 (Entrada en vigor)
>
> […]
>
> 2. Si sus disposiciones constitucionales lo permiten, cualquier Estado de la AELC o de la UAAM podrá aplicar el presente Acuerdo provisionalmente. La aplicación provisional de este Acuerdo en virtud del presente párrafo deberá notificarse al Depositario.
>
> […]

4) El proyecto de directriz no debe interpretarse en el sentido de que implica la necesidad de un acuerdo distinto sobre la aplicabilidad de las limitaciones derivadas del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización internacional de que se trate. Solo es necesario que la existencia de tales limitaciones derivadas del derecho interno esté suficientemente clara en el propio tratado, en un tratado distinto o en cualquier otra forma de acuerdo en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado.

Capítulo VIII
Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

A. Introducción

91. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema *"Ius cogens"* y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi[1049]. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

92. La Comisión examinó los informes primero y segundo del Relator Especial[1050] en sus períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017), respectivamente. Tras los debates sobre esos informes, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión contenidos en ellos. Los Presidentes del Comité de Redacción presentaron a la Comisión informes provisionales sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en que figuraban los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 68º y 69º, respectivamente.

93. En su 69º período de sesiones, a raíz de una propuesta presentada por el Relator Especial en su segundo informe[1051], la Comisión decidió cambiar el título del tema de *"Ius cogens"* a "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*"[1052].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

94. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/714 y Corr.1), en el que se examinaban las consecuencias y los efectos jurídicos de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Sobre la base de su análisis, el Relator Especial propuso 13 proyectos de conclusión[1053].

[1049] En su 3257ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2015 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 286). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 66º período de sesiones (2014), con arreglo a la propuesta que figuraba en el anexo del informe de la Comisión (*ibid., sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párr. 23).

[1050] A/CN.4/693 y A/CN.4/706.

[1051] A/CN.4/706, párr. 90.

[1052] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 146.

[1053] El texto de los proyectos de conclusión 10 a 23 propuestos por el Relator Especial en su tercer informe dice así:

> **Proyecto de conclusión 10**
> **Nulidad de un tratado que entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)***
>
> 1. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Dicho tratado no crea derecho ni obligación alguna.
>
> 2. Un tratado existente se convierte en nulo y termina si entra en conflicto con una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que surja después de la celebración del tratado. Las partes en dicho tratado quedan exentas de toda otra obligación de seguir cumpliendo el tratado.
>
> 3. Para evitar el conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general, una disposición de un tratado debe interpretarse, en la medida de lo posible, de manera que la haga compatible con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

Proyecto de conclusión 11
Divisibilidad de las disposiciones de un tratado que entren en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*

1. Un tratado que, en el momento de su celebración, esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* es nulo en su totalidad, y ninguna parte del tratado puede separarse o dividirse de él.

2. Un tratado que se convierta en nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* terminará en su totalidad, a menos que:

a) las disposiciones que estén en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

b) las disposiciones que estén en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* no constituyan una base esencial del consentimiento en el tratado; y

c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

Proyecto de conclusión 12
Eliminación de las consecuencias de los actos realizados sobre la base de un tratado nulo

1. Las partes en un tratado que sea nulo por estar en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* en el momento de la celebración del tratado tienen la obligación legal de eliminar las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de la disposición del tratado que esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

2. La terminación de un tratado por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* no afecta a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación, a menos que ese derecho, obligación o situación jurídica esté él mismo en conflicto con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

Proyecto de conclusión 13
Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en las reservas a los tratados

1. Una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* no afecta al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación.

2. Una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

Proyecto de conclusión 14
Procedimiento recomendado para el arreglo de controversias en caso de conflicto entre un tratado y una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*

1. Con sujeción a las normas jurisdiccionales de la Corte Internacional de Justicia, cualquier controversia referente a si un tratado entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* debe someterse a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes en la controversia convengan en someter la controversia a arbitraje.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el hecho de que una controversia se refiera a una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* no es suficiente para establecer la competencia de la Corte si no media el consentimiento necesario al ejercicio de dicha competencia con arreglo al derecho internacional.

Proyecto de conclusión 15
Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* para el derecho internacional consuetudinario

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario no surge si entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

2. Una norma de derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter de *ius cogens* deja de existir si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que entra en conflicto con ella.

3. Habida cuenta de que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* obligan a todos los sujetos de derecho internacional, la norma del objetor persistente no es aplicable.

Proyecto de conclusión 16
Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* para los actos unilaterales

Es nulo todo acto unilateral que esté en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

Proyecto de conclusión 17
Consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* para las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales

1. Las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales, incluidas las del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, no establecen obligaciones vinculantes si entran en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

2. En la medida de lo posible, las resoluciones de organizaciones internacionales, incluidas las del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, han de interpretarse de manera compatible con las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

Proyecto de conclusión 18
Relación entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y las obligaciones *erga omnes*

Las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* establecen obligaciones *erga omnes* cuyo incumplimiento afecta a todos los Estados.

Proyecto de conclusión 19
Efectos de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en las circunstancias que excluyen la ilicitud

1. No puede alegarse ninguna circunstancia para excluir la ilicitud de un acto que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no es de aplicación cuando una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* surja después de la comisión de un acto.

Proyecto de conclusión 20
Deber de cooperar

1. Los Estados cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

2. Por violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* se entiende una violación que es flagrante o sistemática.

3. La cooperación prevista en el presente proyecto de conclusión puede llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación institucionales o mediante acuerdos de cooperación específicos.

Proyecto de conclusión 21
Deber de no reconocer ni prestar asistencia

1. Los Estados tienen el deber de no reconocer como lícita una situación creada por una violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

2. Los Estados no prestarán ayuda ni asistencia para mantener una situación creada por una violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

Proyecto de conclusión 22
Deber de ejercer la competencia nacional respecto de crímenes prohibidos por normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

1. Todo Estado tiene el deber de ejercer su competencia respecto de delitos prohibidos por normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)* cuando los delitos sean cometidos por nacionales de ese Estado o en el territorio bajo su jurisdicción.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no impide el establecimiento de la competencia por cualquier otro motivo permitido en su legislación nacional.

95. La Comisión examinó el tercer informe en sus sesiones 3414ª a 3421ª y 3425ª, celebradas los días 30 de mayo, 1 de junio y 2 a 4 y 9 de julio de 2018.

96. En su 3425ª sesión, celebrada el 9 de julio de 2018, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 10 a 23[1054] que figuraban en el tercer informe del Relator Especial, en el entendimiento de que los proyectos de conclusión 22 y 23 se abordarían mediante una cláusula "sin perjuicio".

97. En su 3402ª sesión, celebrada el 14 de mayo de 2018, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional del Comité acerca de las "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*", relativo a los proyectos de conclusión 8 y 9 aprobados provisionalmente en el 70º período de sesiones. En su 3434ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2018, el Presidente del Comité de Redacción presentó otro informe provisional del Comité sobre los proyectos de conclusión 10 a 14 aprobados provisionalmente en el 70º período de sesiones. Ambos informes, que se presentaron únicamente a título informativo, pueden consultarse en el sitio web de la Comisión[1055].

1. Presentación del tercer informe por el Relator Especial

98. Al recapitular el debate mantenido en la Sexta Comisión, el Relator Especial recordó que, si bien los Estados habían aceptado en general los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens* aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, algunos habían recomendado la inclusión de elementos adicionales, como la inderogabilidad, los valores fundamentales de la comunidad internacional y la práctica. Señaló que se había pedido mayor claridad sobre el concepto de "aceptación y reconocimiento". Muchos Estados habían convenido en que el carácter imperativo de una norma debía ser aceptado y reconocido por "una gran mayoría" de Estados. Algunos preferían un calificativo más estricto que indicase no solo el número, sino la representatividad del grupo de Estados. También recordó la divergencia de opiniones en cuanto a las fuentes del derecho que podían constituir la base de una norma imperativa, pero señaló que había un consenso casi universal en que el derecho internacional consuetudinario era la base más frecuente de las normas de *ius cogens*.

99. A continuación, el Relator Especial presentó los proyectos de conclusión que proponía en la sección IV del tercer informe. Señaló que los proyectos de conclusión 10, 11 y 12 se basaban en disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, "Convención de Viena de 1969"), salvo el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, que establece que los tratados deben interpretarse de manera compatible con las normas imperativas. En opinión del Relator Especial, ello era una consecuencia necesaria del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, que requería que se tuvieran en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional para la interpretación de los tratados. Además, señaló que existía una considerable cantidad de práctica en apoyo del contenido del párrafo 3 del proyecto de conclusión 10.

100. El proyecto de conclusión 13, relativo a los efectos de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en las reservas a los tratados, se basaba principalmente en la directriz 4.4.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[1056] aprobada por la Comisión en 2011.

Proyecto de conclusión 23
Irrelevancia del cargo oficial y no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*

1. El hecho de que un delito prohibido por una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* haya sido cometido por una persona que ocupe un cargo oficial no será motivo de exención de la responsabilidad penal.

2. La inmunidad *ratione materiae* no será de aplicación respecto de ningún delito prohibido por una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

[1054] *Idem*.

[1055] Véase *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission*: http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml.

[1056] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 75.

101. El proyecto de conclusión 14 contenía un procedimiento recomendado para el arreglo de controversias en caso de conflicto entre un tratado y una norma de *ius cogens*. El Relator Especial recordó la importancia fundamental del artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 para la aplicación de sus artículos 53 y 64. No obstante, en su opinión, era difícil incorporar el procedimiento contenido en dichos artículos en un conjunto de proyectos de conclusión no vinculantes. En cambio, consideraba que, en los casos en que el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 no fuera de aplicación (por ejemplo, porque los Estados afectados no fueran partes en la Convención), su propuesta de proyecto de conclusión 14 alentaría a las partes a someter sus controversias a un arreglo judicial, incluida la Corte Internacional de Justicia.

102. En cuanto al proyecto de conclusión 15, el Relator Especial señaló que el párrafo 1 se basaba en una serie de decisiones de cortes y tribunales nacionales en que se afirmaba la prevalencia de las normas de *ius cogens* sobre las normas de derecho internacional consuetudinario. En su opinión, esas resoluciones implicaban necesariamente que las normas de *ius cogens* existentes anularían las normas de derecho internacional consuetudinario o impedirían que llegaran a nacer. El segundo párrafo del proyecto de conclusión 15, relativo al conflicto de una norma de derecho internacional consuetudinario con una nueva norma de *ius cogens*, se inspiraba en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969 y había sido respaldado por los Estados y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. El Relator Especial señaló también que el párrafo 3, sobre la no aplicación de la norma del objetor persistente a las normas de *ius cogens*, estaba en consonancia con el carácter universal del *ius cogens* y se había aceptado en la práctica de los Estados, en particular en las decisiones de las cortes y tribunales nacionales y regionales.

103. En lo que respecta al proyecto de conclusión 16, relativo a la nulidad de todo acto unilateral en conflicto con una norma de *ius cogens*, el Relator Especial observó que el uso de la expresión “es nulo” se inspiraba en el principio 8 de los Principios Rectores Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados Capaces de Crear Obligaciones Jurídicas[1057], aprobados por la Comisión en 2006.

104. El proyecto de conclusión 17 se refería a las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales. El Relator Especial señaló que la disposición que figuraba en el primer párrafo, según la cual las resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales no establecen obligaciones vinculantes si entran en conflicto con una norma de *ius cogens*, venía respaldada por una cantidad considerable de material académico y declaraciones públicas de Estados, que mantenían que las resoluciones del Consejo de Seguridad estaban sujetas a las normas de *ius cogens*, así como por las decisiones de cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales. También señaló que, al igual que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 17 contenía una presunción interpretativa que indicaba que, en la medida de lo posible, las resoluciones de organizaciones internacionales habían de interpretarse de manera compatible con las normas de *ius cogens*. Esa afirmación venía fundamentada por declaraciones de Estados en diversos contextos y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.

105. En cuanto al proyecto de conclusión 18, el Relator Especial afirmó que se aceptaba casi universalmente que las normas de *ius cogens* establecían obligaciones *erga omnes*.

106. Los proyectos de conclusión 19, 20 y 21 se referían a aspectos de la responsabilidad internacional. El proyecto de conclusión 19, que se inspiraba en el proyecto de artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1058], aprobado en 2001 (en adelante, “artículos sobre la responsabilidad del Estado”), confirma en su párrafo 1 que las circunstancias que excluyen la ilicitud en el derecho internacional general no son aplicables en caso de violación de obligaciones que emanen de normas de *ius cogens*. El segundo párrafo trata de impedir que se genere responsabilidad

[1057] *Anuario…, 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 176.
[1058] *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76.

retroactivamente cuando una norma de *ius cogens* surja después de la comisión de un acto contrario a dicha norma.

107. El proyecto de artículo 20 se refería al deber de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma de *ius cogens*. El primer párrafo se basaba en el párrafo 1 del proyecto de artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. El deber de cooperar era un principio bien arraigado del derecho internacional. Había sido codificado por la Comisión en el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre[1059], aprobado en 2016, y había encontrado apoyo en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a la *Construcción de un muro*[1060] y en el caso *La Cantuta*[1061] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

108. El proyecto de conclusión 21, que establecía el deber de no reconocer como lícita una situación creada por una violación de una norma de *ius cogens* y de no prestar ayuda ni asistencia para mantener esa situación, se basaba en el párrafo 2 del proyecto de artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. En 2001, la Comisión había reconocido que ese deber tenía rango de derecho internacional consuetudinario, como se había confirmado en las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia relativas a *Namibia*[1062] y a la *Construcción de un muro*, así como en resoluciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General. El Relator Especial también señaló que, a diferencia del proyecto de conclusión 20, el proyecto de conclusión 21 no se limitaba a las violaciones "graves", puesto que el deber de no reconocer ni prestar asistencia se basaba en el carácter imperativo de la norma, y no en la gravedad de su violación. Indicó, a ese respecto, que ni en la opinión consultiva sobre *Namibia* ni en la relativa a la *Construcción de un muro* se había especificado la gravedad como umbral en el caso del deber de no reconocer ni prestar asistencia. Además, dado que, a diferencia del deber de cooperar, ese deber no requería un comportamiento positivo, por lo que resultaba menos oneroso, se justificaba que el umbral fuera menos estricto.

109. El proyecto de conclusión 22, relativo al establecimiento de la competencia respecto de crímenes prohibidos por normas de *ius cogens*, se basaba en el proyecto de artículo 7 del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad[1063] aprobado por la Comisión en primera lectura en 2017, aunque con una formulación más simplificada. En el párrafo 2 se adoptaba el mismo criterio con respecto a la cuestión de la jurisdicción universal que en el párrafo 3 del proyecto de artículo 7, habida cuenta de que la práctica en esa esfera estaba menos definida.

110. El proyecto de conclusión 23 se refería a la irrelevancia del cargo oficial y la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*. El párrafo 1, que establecía que el cargo oficial de una persona no constituye un motivo de exención de responsabilidad, se inspiraba en el párrafo 3 del artículo 6 del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, aprobado en primera lectura en 2017, y en general se aceptaba como parte del derecho internacional consuetudinario. El párrafo 2, que establecía la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* en el caso de los delitos prohibidos por normas de *ius cogens*, se basaba principalmente en el artículo 7 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado[1064], aprobado provisionalmente

[1059] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/71/10), párr. 48.

[1060] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 200, párr. 159.

[1061] *La Cantuta Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C, núm. 192, sentencia, 29 de noviembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 160 ("[s]egún ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional *(ius cogens)* [...] Ante la naturaleza y gravedad de los hechos [...], la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal...").

[1062] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 54, párr. 119.

[1063] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 45.

[1064] *Ibid*., párr. 140.

por la Comisión en 2017. A pesar de las críticas que había suscitado ese proyecto de disposición, entre otras en el sentido de que existía práctica estatal que contradecía dicha excepción, el Relator Especial señaló que esa práctica contradictoria se basaba por lo general en causas relativas a procedimientos civiles y procedimientos contra Estados, que no debían servir de precedente para invocar la inmunidad en el contexto penal, como se había indicado en varias decisiones judiciales, entre ellas la emitida por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*[1065].

2. Resumen del debate

a) Comentarios generales

111. En general, los miembros acogieron favorablemente el tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Varios miembros felicitaron al Relator Especial por tratar de abordar todas las posibles consecuencias del *ius cogens* más allá del derecho de los tratados y el de la responsabilidad del Estado, los dos principales ámbitos en que la Comisión ya había realizado una amplia labor de codificación. Algunos señalaron que las consecuencias del *ius cogens*, por ejemplo, para el derecho penal internacional, el derecho internacional consuetudinario y las resoluciones del Consejo de Seguridad, planteaban importantes problemas prácticos y generaban debate en la doctrina, y que la divergencia de opiniones en la jurisprudencia no debía impedir que la Comisión abordara esas cuestiones.

112. Varios miembros apoyaron que el Relator Especial hubiera adoptado un enfoque práctico para el examen del tema, en lugar de un enfoque doctrinal o excesivamente teórico. También se mencionó la dificultad que planteaban la falta de práctica y la relativa complejidad de los elementos políticos y morales en juego. Se destacó que la Comisión debía adoptar un enfoque prudente y examinar todos los aspectos de las consecuencias del *ius cogens* de manera equilibrada y sobre la base del derecho existente y la práctica establecida. Se señaló que las características del *ius cogens* estaban estrechamente relacionadas con las consecuencias de su incumplimiento y que ambas cuestiones debían examinarse de manera conjunta. Se expresó la preocupación de que el Relator Especial estuviera atribuyendo importancia jurídica a lo que básicamente eran elementos descriptivos, como la inderogabilidad, que era un criterio para la identificación de las normas de *ius cogens*, no una consecuencia jurídica de estas. Se sugirió realizar un estudio de los antecedentes de la negociación de los artículos 53, 64 y 66 a) y otras disposiciones pertinentes de las Convención de Viena de 1969 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

113. Se expresó satisfacción por el hecho de que la mayoría de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial se basaran en disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969 y otros instrumentos aprobados por la Comisión. No obstante, se cuestionó la falta de una estructura paralela en el proyecto de conclusiones que se ocupara de las consecuencias de entrar en conflicto con el *ius cogens* para diversas fuentes del derecho internacional. Algunos miembros preferirían que se aplicara la estructura de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 a las consecuencias del *ius cogens* para las fuentes de derecho internacional distintas de los tratados. Además, destacaron la necesidad de establecer procedimientos para determinar la nulidad de una norma de derecho internacional concreta por entrar en conflicto con el *ius cogens*.

114. Varios miembros convinieron en que los proyectos de conclusión podían agruparse en distintas partes en función de su contexto y organizarse de manera coherente, concisa y eficaz, siguiendo de cerca la estructura de los instrumentos existentes. Se dijo que la Comisión debía reconsiderar la conveniencia de que el resultado de su examen del tema revistiera la forma de un proyecto de “conclusiones”.

[1065] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 130, párr. 70 (legislación nacional), y pág. 141, párr. 96 (jurisprudencia).

115. Se observó que el Relator Especial no había propuesto ningún proyecto de conclusión relativo a los principios generales del derecho, lo que implicaba que un principio general del derecho que entrara en conflicto con una norma de *ius cogens* podía ser, no obstante, válido. Algunos miembros se mostraron partidarios de esa exclusión por entender que resultaba inconcebible que hubiera un conflicto en el caso de los principios generales del derecho. También se dijo que la Comisión debía esforzarse por incorporar nuevos elementos en el tema distintos de los examinados en sus trabajos anteriores.

116. Se afirmó que la utilización, en todos los proyectos de conclusión, de términos como "consecuencias", "efectos jurídicos" y "nulo", entre otros, debía ser coherente con su uso en los instrumentos existentes. Se señaló que debía aclararse la noción de "conflicto" utilizada en los proyectos de conclusión para proporcionar orientación o criterios a los Estados a la hora de decidir si un tratado o un acto estaba, en derecho, en conflicto con una norma de *ius cogens*.

b) Comentarios específicos sobre los proyectos de conclusión

i) Proyecto de conclusión 10

117. Algunos miembros observaron que la primera oración del párrafo 1 reproducía el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, y propusieron que la segunda oración, que dispone que los tratados en conflicto con el *ius cogens* no crean derecho ni obligación alguna, se aclarase en mayor medida en el comentario. Se propuso también que la segunda oración reprodujese con mayor fidelidad el enunciado del artículo 71, párrafo 2 a), de la Convención. Asimismo, se dijo que la segunda oración era superflua.

118. Reconociendo que era muy difícil que un tratado entrara en conflicto directo con el *ius cogens*, algunos miembros apoyaron la inclusión del párrafo 3, que establece, a modo de orientación para los Estados a los fines de la interpretación, que los tratados deben interpretarse de manera compatible con las normas de *ius cogens*. Se propuso que en el comentario se aclarara que la disposición no debía dejar sin efecto las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 y el derecho internacional consuetudinario. Se afirmó que la cuestión de la interpretación probablemente sería pertinente para todas las fuentes del derecho internacional y que sería mejor abordarla en un proyecto de conclusión aparte. Se hicieron varias propuestas de redacción con el fin de mejorar la claridad de la disposición.

ii) Proyecto de conclusión 11

119. Algunos miembros acogieron favorablemente el párrafo 1, en el que se confirma que ninguna parte de un tratado que, en el momento de su celebración, esté en conflicto con una norma de *ius cogens* puede dividirse. Se expresó preferencia por una estructura en que la divisibilidad planteada en el párrafo 2 fuera la regla general, y la indivisibilidad (abordada actualmente en el párrafo 1) fuera una regla especial aplicable al caso del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Se pidió un examen más detallado de la justificación para atribuir distintas consecuencias jurídicas a esas situaciones. Se señaló que el proyecto de conclusión también podía abarcar los actos de organizaciones internacionales que creaban obligaciones para los Estados. También se propuso que el párrafo 1 se reformulara para asegurar su coherencia con el párrafo 1 del proyecto de conclusión 10, y que destacara el carácter absoluto de la indivisibilidad de las disposiciones de un tratado en conflicto con normas de *ius cogens* existentes.

iii) Proyecto de conclusión 12

120. Se dijo que la expresión "todo acto que se haya realizado sobre la base de la disposición del tratado", al final del párrafo 1 del proyecto de conclusión 12, era demasiado general para describir la relación entre el tratado y el acto y podía sustituirse por "todo acto que se haya realizado como resultado de la aplicación del tratado". También se propuso, a fin de asegurar la viabilidad de la disposición, incluir en el párrafo 1 la expresión "en lo posible" del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969, o explicar en los comentarios las razones por las que el texto de la disposición se apartaba ligeramente del artículo 71. Se propuso además que se insertara un nuevo párrafo entre los párrafos 1 y 2, inspirado en el

párrafo 1 b) del artículo 71, en el sentido de que los Estados también deben ajustar sus relaciones mutuas al *ius cogens*. También se propuso armonizar el texto del párrafo 2 con el del artículo 71, párrafo 2 b), en particular mediante la inclusión de una referencia al "mantenimiento" de los derechos, obligaciones o situaciones. Se dijo que el proyecto de conclusión debería haber incluido también las disposiciones de los artículos 69 y 70 de la Convención de Viena de 1969, relativas a la nulidad o terminación de los tratados en todas las situaciones, en particular por un conflicto con el *ius cogens*.

121. Dado que el proyecto de conclusión 12 se refería a las consecuencias de la nulidad o terminación de un tratado, se señaló que sería mejor ubicarlo después del proyecto de conclusión 14.

iv) Proyecto de conclusión 13

122. Se señaló que el párrafo 2 del proyecto de conclusión 13 era pertinente para el ámbito de los tratados de derechos humanos, y se hizo referencia a la observación general del Comité de Derechos Humanos sobre las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1066], donde se afirma que las reservas contrarias a normas imperativas en dicho tratado de derechos humanos no serían compatibles con su objeto y fin. Se dijo que la existencia misma de normas de *ius cogens* en un tratado no significaba que cualquier reserva al tratado, por ejemplo una reserva a una cláusula compromisoria, fuera nula. También se propuso trasladar la disposición a otro lugar a fin de evitar cualquier malentendido que pudiera implicar que las controversias sobre las reservas a un tratado también estaban sujetas al procedimiento recomendado de arreglo judicial que figuraba en el proyecto de conclusión 14.

v) Proyecto de conclusión 14

123. Se apoyó la propuesta de "procedimiento recomendado para el arreglo de controversias", cuyo objeto era facilitar una decisión definitiva sobre la nulidad de un tratado por entrar en conflicto con el *ius cogens*. Mientras que algunos miembros consideraban que las únicas controversias que debían someterse a la Corte Internacional de Justicia con arreglo a esas disposiciones debían ser las relativas a la nulidad de un tratado por entrar en conflicto con normas de *ius cogens*, otros miembros se mostraron partidarios de ampliar el procedimiento a las controversias relativas a la existencia de un conflicto entre un tratado y una norma de *ius cogens*, así como a las consecuencias de la nulidad. Se recordó que, si bien en el proyecto de artículos de 1966 la Comisión solo había incluido una referencia a todos los medios de arreglo de controversias, los Estados participantes en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (la Conferencia de Viena) habían incluido deliberadamente un mecanismo especial con respecto a las controversias relativas al *ius cogens*, a saber, la disposición que pasó a ser el artículo 66, apartado a), de la Convención de Viena de 1969. Al mismo tiempo, algunos miembros se preguntaron por la forma de superar la enorme reticencia de los Estados a aceptar un arreglo judicial en esas circunstancias, que se reflejaba en el importante número de reservas al artículo 66 de la Convención. También se expresó la preocupación de que el recurso al arbitraje entrañara un mayor riesgo de incoherencia, que podría socavar el objetivo de consolidar el sistema jurídico internacional y lograr seguridad jurídica. Se preguntó si la decisión de la Corte Internacional de Justicia, o de un tribunal arbitral, daría lugar a la nulidad o terminación de un tratado, o sería meramente declaratoria.

124. Algunos miembros consideraron que la calificación del procedimiento como "recomendado" tenía por efecto diluir la obligación jurídicamente vinculante para los Estados partes en la Convención de Viena de 1969 de someter a la Corte Internacional de Justicia sus controversias relativas a la nulidad de un tratado por entrar en conflicto con normas de *ius cogens*. Con ese resultado se podía correr el riesgo de que no hubiera ningún

[1066] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 24 (1994) sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/50/40 (Vol. I)), anexo V, párr. 8.

proceso definitivo para determinar la nulidad de un tratado que entrase en conflicto con el *ius cogens*, y se crearía precisamente el problema que los Estados habían tratado de evitar al incluir el artículo 66 en la Convención de Viena de 1969. Se indicó que, en lugar de ello, la afirmación unilateral por un Estado de la nulidad de un tratado por estar en conflicto con el *ius cogens* podía someterse a otro procedimiento, como el que figuraba en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, aunque una corte o tribunal nacional o regional ya hubieran declarado que un tratado vulneraba una norma de *ius cogens*. A ese respecto, se dijo que la Corte Internacional de Justicia había señalado que los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena de 1969 "si no codifican el derecho consuetudinario, al menos reflejan con carácter general el derecho internacional consuetudinario y contienen determinados principios procesales que se basan en la obligación de actuar de buena fe"[1067]. También se dijo que el consentimiento del Estado a la competencia de la Corte Internacional de Justicia no era necesario en el caso de las controversias relativas al *ius cogens*. Según otra propuesta, podía añadirse un nuevo párrafo en el que se contemplara el recurso a la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia o a otros procedimientos amistosos para el arreglo de controversias.

125. Otros miembros cuestionaron la necesidad de incluir el proyecto de conclusión en su conjunto, ya que, en último término, correspondía a los Estados elegir el procedimiento adecuado para el arreglo de controversias, y no había ninguna jerarquía propiamente dicha entre los diferentes métodos enumerados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. También se dijo que la disposición no encajaba con el enfoque adoptado por la Comisión al elaborar proyectos de conclusión de reflejar el derecho internacional existente, ya que el propio Relator Especial había reconocido que la disposición no lo reflejaba y solo se había incluido como procedimiento recomendado.

vi) Proyecto de conclusión 15

126. Contaron con apoyo los dos primeros párrafos sobre las consecuencias del *ius cogens* para el derecho internacional consuetudinario, que seguían el mismo enfoque que el aplicado al derecho de los tratados. Al mismo tiempo, se afirmó que la Comisión no debía eludir la cuestión de qué distinguía a las normas de *ius cogens* de las normas de derecho internacional consuetudinario, ya que el consentimiento no era la única base para el *ius cogens*.

127. En cuanto a las propuestas de modificación, se recordó que los proyectos de conclusión 3 y 5 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción habían confirmado que una norma de *ius cogens* podía ser modificada por una norma ulterior de la misma naturaleza y que el derecho internacional consuetudinario era la base más común para una norma de *ius cogens*, respectivamente. Por consiguiente, se sugirió indicar en el proyecto de conclusión 15 que una norma de derecho internacional consuetudinario en conflicto con una norma de *ius cogens* sí podía surgir en la medida en que esa nueva norma consuetudinaria fuera aceptada y reconocida como norma inderogable. También se propuso insertar en el párrafo 1 las palabras "que no tenga carácter de *ius cogens*", como se había hecho en el párrafo 2, a fin de mantener la posibilidad de sustituir una norma de *ius cogens* por otra. Se propuso modificar el primer párrafo para indicar que la práctica y la *opinio iuris* no pueden dar lugar a una norma de derecho consuetudinario si entran en conflicto con el *ius cogens*, en lugar de suponer que la norma de derecho consuetudinario ya existe en el momento del conflicto.

128. Varios miembros expresaron satisfacción por el párrafo 3, que excluía la aplicabilidad de la norma del objetor persistente con respecto a las normas de *ius cogens*, lo cual, en su opinión, concordaba con la cláusula "sin perjuicio" insertada en el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, aprobado por la Comisión en segunda lectura en el actual período de sesiones[1068]. Se señaló que una norma de *ius cogens* implicaba la aceptación y el reconocimiento de una gran mayoría de Estados representativos de todas las regiones y todos los sistemas jurídicos.

[1067] *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 66, párr. 109.

[1068] Véase el capítulo V *supra*.

129. No obstante, algunos miembros consideraron que el proyecto de párrafo 3 no reflejaba plenamente la complejidad de la cuestión, que se refería a la relación entre el rango superior de las normas de *ius cogens* y el principio del consentimiento del Estado. Se quiso saber si la condición de objeción persistente, que se reconocía en la fase de formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, debía rechazarse si la norma consuetudinaria alcanzaba posteriormente el rango de *ius cogens*. Se propuso seguir estudiando la distinción entre las objeciones a una norma de *ius cogens* existente y las objeciones planteadas durante la formación de una norma de *ius cogens*. También se propuso abordar la cuestión de la objeción persistente en los comentarios.

vii) Proyecto de conclusión 16

130. Varios miembros destacaron la necesidad de aclarar el sentido de la expresión "acto unilateral" empleada en el proyecto de conclusión, por ejemplo utilizando en su lugar las palabras "compromisos unilaterales", a fin de poner de relieve que el proyecto de conclusión se refería únicamente a los actos unilaterales oficiales que creaban obligaciones jurídicas. Se propuso clasificar los actos unilaterales en tres categorías. Se preguntó si el proyecto de conclusión debía aplicarse también a las organizaciones internacionales. Se sugirió también que en los comentarios se aclarara la distinción entre los actos unilaterales y las reservas.

viii) Proyecto de conclusión 17

131. Varios miembros apoyaron la posición adoptada en el proyecto de conclusión 17 de que las obligaciones vinculantes derivadas de resoluciones de organizaciones internacionales, incluidas las resoluciones del Consejo de Seguridad, deben ser nulas si son contrarias a las normas de *ius cogens*. Se afirmó que el proyecto de conclusiones debía ocuparse de todas las resoluciones de organizaciones internacionales, incluidas las resoluciones de la Asamblea General sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad aprobadas en los casos en que el Consejo de Seguridad no podía adoptar una decisión. Se señaló también que otros actos de organizaciones internacionales, como los reglamentos, directivas y decisiones aprobados por la Unión Europea, o los actos de una conferencia intergubernamental, también podían crear obligaciones jurídicas y debían abordarse en el proyecto de conclusiones. Pese a que era muy poco probable que hubiera un conflicto directo entre una resolución del Consejo de Seguridad y una norma de *ius cogens*, algunos miembros seguían considerando importante referirse a dichas resoluciones. Lo estimaban necesario por la condición singular que tenían y por sus consecuencias jurídicas para los Estados en diversos ámbitos del derecho internacional, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y la aplicación del Artículo 103 de dicha Carta.

132. Otros miembros no consideraron conveniente hacer una referencia específica a las resoluciones del Consejo de Seguridad en este proyecto, que tenía por objeto formular normas generales. Se expresó preocupación por que ello pudiera restar eficacia a las resoluciones del Consejo de Seguridad y al sistema de seguridad colectiva establecido por la Carta de las Naciones Unidas. Se sugirió que el proyecto de conclusión se centrara en cambio en la función de las normas de *ius cogens* como referencia para los Estados a la hora de aprobar resoluciones en el seno de organizaciones internacionales.

133. Se señaló que la disposición debía indicar que las resoluciones contrarias al *ius cogens* no solo dejarían de ser vinculantes, sino que también serían nulas. Se propuso aclarar que, entre las consecuencias para las organizaciones internacionales, también debían incluirse el deber de no reconocer y todas las demás consecuencias jurídicas derivadas del conflicto con una norma de *ius cogens*, y prever la posible divisibilidad en relación con la nulidad de las resoluciones de organizaciones internacionales, al igual que en el caso de la nulidad de los tratados.

ix) Proyecto de conclusión 18

134. Si bien apoyaban la noción de que las normas de *ius cogens* establecen obligaciones *erga omnes*, algunos miembros propusieron aclarar en el comentario que no todas las obligaciones *erga omnes* emanan de normas de *ius cogens*. Se expresaron dudas sobre si era correcto afirmar que las normas de *ius cogens* "establecen" obligaciones *erga omnes*. Algunos miembros propusieron modificar la disposición a fin de reflejar mejor la relación

entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, así como las consecuencias derivadas de ambas. Se propuso retomar el texto del párrafo 1 del artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. También se dijo que el proyecto de conclusión debía limitarse a las violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas de *ius cogens*, en consonancia con los artículos 40 y 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Se afirmó que la relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* era compleja y merecía un examen más exhaustivo y en profundidad, a fin de presentar una perspectiva más amplia de la cuestión y reflejar su evolución reciente, por ejemplo el debate sobre si podían derivarse obligaciones *erga omnes* de las normas relativas a la protección del medio ambiente.

x) Proyecto de conclusión 19

135. El proyecto de conclusión 19, basado en el artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, recibió en general apoyo. Al mismo tiempo, se propuso que la disposición siguiera más fielmente el enunciado del artículo 26. También se propuso que el proyecto de conclusiones abordara las circunstancias que excluyen la ilicitud en el contexto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Se dijo que el proyecto de conclusiones también podía abordar las contramedidas.

xi) Proyecto de conclusión 20

136. Se propuso que el párrafo 1 del proyecto de conclusión 20 se ajustara más al texto de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *Namibia*, indicando que los Estados están "obligados"[1069] a cooperar para poner fin a toda violación grave del *ius cogens*. También se señaló que no quedaba claro si el deber de cooperar reflejaba el derecho existente, ni qué obligaciones concretas emanarían de ese deber.

137. Se propuso que el párrafo 2 retomara el texto del párrafo 2 del artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, de manera que dijera: "[l]a violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable".

138. Algunos miembros cuestionaron la necesidad del párrafo 3, relativo a las formas de cooperación, sobre todo porque la disposición no contenía ninguna referencia al mecanismo de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, en particular el Consejo de Seguridad. También se dijo que el párrafo 3 era un intento, que se acogía positivamente y debía apoyarse, de desarrollar progresivamente la aplicación de la obligación de cooperar por conducto de instituciones o mediante mecanismos específicos.

xii) Proyecto de conclusión 21

139. Si bien, en general, se apoyó el proyecto de conclusión 21, varios miembros cuestionaron la omisión del adjetivo "grave" después de "violación" que figuraba en el párrafo 2 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, ya que con ello se llevaba el principio más allá de lo previsto en dichos artículos. En particular, se observó que los motivos aducidos por el Relator Especial para omitir la palabra "grave" también podían ser válidos en lo que respecta al deber de cooperar. Según otra opinión, aunque había una sólida base jurídica y normativa para limitar el deber de cooperar a las violaciones graves del *ius cogens* (con arreglo al proyecto de conclusión 20), no se podía decir lo mismo en el caso del deber de no reconocer ni prestar asistencia en caso de violación. En ese sentido, se observó que la Comisión debía proceder a un desarrollo progresivo en este ámbito.

140. Se propuso añadir un nuevo párrafo en el que se indicara que el no reconocimiento no debía perjudicar a la población afectada por una violación y que los actos pertinentes, como la inscripción de los nacimientos, las defunciones y los matrimonios, debían reconocerse.

[1069] Véase *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 54, párrs. 117 a 119.

xiii) Proyectos de conclusión 22 y 23

141. Se expresaron diversas opiniones sobre la conveniencia de tratar las cuestiones de la responsabilidad penal individual y la inmunidad *ratione materiae* (proyecto de conclusión 23) en el proyecto de conclusiones que se estaba elaborando. Varios miembros se mostraron partidarios de abordar ambas cuestiones en el contexto de un estudio sobre las consecuencias de la violación del *ius cogens* y, por tanto, apoyaron su inclusión en el proyecto de conclusiones. Otros miembros opinaron que los proyectos de conclusión 22 y 23 se ocupaban de las normas primarias del derecho penal internacional relativas al enjuiciamiento penal en la jurisdicción nacional y de los efectos de un subconjunto específico de normas de *ius cogens*, a saber, las que prohíben los crímenes internacionales. Este enfoque, si se mantenía, se apartaba del ámbito del tema, que debía limitarse a las normas secundarias del derecho internacional, y centrarse en el efecto general de todas las normas de *ius cogens*.

142. En lo que respecta al párrafo 1 del proyecto de conclusión 22, varios miembros observaron que el tercer informe señalaba abundantes pruebas tanto en los tratados como en la jurisprudencia para apoyar la existencia de un deber jurídico de los Estados de establecer su competencia respecto de los crímenes prohibidos por el *ius cogens*, que se derivaba de la prohibición de los delitos internacionales y de la obligación de los Estados de cooperar para poner fin a toda violación grave del *ius cogens*. Algunos miembros lamentaron que la disposición no mencionara el principio de nacionalidad pasiva y propusieron abordar la cuestión de los conflictos de competencia en los comentarios.

143. Otros miembros señalaron que el tercer informe no demostraba suficientemente que la práctica de los Estados apoyara la imposición en derecho internacional de un deber a todos los Estados de ejercer la competencia penal nacional respecto de todos los delitos prohibidos por el *ius cogens* cuando fueran cometidos en su territorio o por sus nacionales. Por el contrario, el hecho de que la mitad, o incluso la mayoría, de los Estados no contaran con legislación alguna sobre los crímenes prohibidos por el *ius cogens*, como los crímenes de lesa humanidad, el crimen de *apartheid* y el crimen de agresión, ponía de manifiesto que no había una convicción generalizada sobre la existencia de ese deber en derecho internacional. También se dijo que los ejemplos citados en el tercer informe de Estados que ejercían la competencia penal nacional en la aplicación de un tratado no fundamentaban necesariamente la afirmación del párrafo 1.

144. Varios miembros se mostraron partidarios de mantener el párrafo 2 en forma de cláusula “sin perjuicio”, a fin de contemplar la posibilidad de ampliar el ejercicio de la competencia nacional sobre la base de la jurisdicción universal. Se propuso insertar las palabras “de conformidad con el derecho internacional” para reconocer la ambigüedad actual del derecho internacional con respecto a la jurisdicción universal.

145. En lo que respecta al párrafo 1 del proyecto de conclusión 23, se dijo que la norma de la irrelevancia del cargo oficial estaba bien establecida.

146. En cuanto al párrafo 2, varios miembros señalaron que el Relator Especial había abordado la cuestión de manera integral al examinar la práctica tanto favorable como contraria a la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los crímenes de *ius cogens*, y que había concluido acertadamente que, en general, las fuentes autorizadas estaban a favor de la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de un delito cometido en contravención de una norma de *ius cogens*. También se apoyó el establecimiento de una distinción entre las jurisdicciones penal y civil al abordar la cuestión de las excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. Se propuso aclarar, en el proyecto de conclusiones o en los comentarios, los crímenes respecto de los que se aplicarían esas excepciones.

147. Otros miembros consideraron que la práctica citada por el Relator Especial en su tercer informe no respaldaba los proyectos de conclusión que proponía. Se señaló que el proyecto de conclusión 23 propuesto podía ser aún más amplio que el proyecto de artículo 7 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de

los funcionarios del Estado, aprobado en el 69º período de sesiones en 2017[1070]. Se expresó preocupación por el hecho de que el proyecto de conclusión 23 pudiera hacer más difícil que la Comisión alcanzara un acuerdo con respecto al proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, así como que el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad[1071] llegara a convertirse en una convención.

148. Según otra opinión, se podía dar cabida a ambas posiciones en la Comisión si se reducía el alcance del proyecto de conclusión, entre otras cosas mediante la elaboración de una lista de los crímenes respecto de los que es aplicable, y se destacaba en el comentario el carácter excepcional de la no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*. Otros propusieron dejar la disposición en suspenso hasta que concluyera la labor sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los crímenes de lesa humanidad.

xiv) Labor futura

149. Algunos miembros lamentaron el procedimiento seguido, con arreglo al cual los proyectos de conclusión quedaban pendientes en el Comité de Redacción, sin examinarse anualmente en sesión plenaria con sus comentarios, hasta la conclusión de la primera lectura del conjunto completo de proyectos de conclusión, y sin dar a los Estados la oportunidad de formular observaciones sobre una determinada posición de la Comisión. También se dijo que dicho procedimiento no era un verdadero obstáculo, puesto que los Estados podían dar su opinión, en la Sexta Comisión, sobre los informes del Relator Especial y sus propuestas de proyectos de conclusión, así como sobre los informes provisionales orales de los respectivos Presidentes del Comité de Redacción.

150. Recibió apoyo la elaboración de una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. Se dijo que la lista podía basarse en las normas de *ius cogens* identificadas en los trabajos anteriores de la Comisión. Se destacó la importancia de tener en cuenta en la mayor medida posible las observaciones recibidas de los Estados sobre las normas que debían figurar en dicha lista. Otros expresaron cautela, ya que la Comisión podía tardar mucho en llegar a un acuerdo incluso sobre una lista ilustrativa.

151. Se observó que la posibilidad de un *ius cogens* regional había obtenido cierto apoyo de los Estados en la Sexta Comisión, y se propuso estudiar la existencia de las normas de *ius cogens* regionales y su relación con las normas de *ius cogens* universalmente aplicables. Otros pusieron en duda la existencia de un *ius cogens* regional y advirtieron de que cualquier debate al respecto podía menoscabar la integridad de la noción del *ius cogens* como normas “aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” y ser contrario a dicha noción.

152. Si bien se apoyó la intención del Relator Especial de concluir la primera lectura del proyecto de conclusiones en el próximo período de sesiones de la Comisión, se afirmó que la Comisión no debía precipitarse indebidamente para concluir su labor sobre el tema.

3. Observaciones finales del Relator Especial

153. El Relator Especial señaló que la Comisión, en general, había apoyado el criterio adoptado en su tercer informe y los proyectos de conclusión propuestos. Coincidía con los miembros en cuanto a la importancia de exponer debidamente las consecuencias de las normas de *ius cogens* para la estabilidad del sistema jurídico internacional. Compartía las preocupaciones expresadas sobre el riesgo que podía suponer no incluir salvaguardias apropiadas y responsables. Reiteró que la finalidad del tema no era elaborar nuevas normas, sino lograr que las normas existentes fueran más accesibles y comprensibles. Admitió que la relativa escasez de práctica estatal era un problema, pero sostuvo que no era un obstáculo insuperable ni debía justificar un enfoque conservador respecto del tema. Por el contrario, insistió en que el papel de la Comisión debía consistir en evaluar fielmente la práctica,

[1070] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 140.

[1071] *Ibid*., párr. 45.

además de otras fuentes en las que solía basarse, a fin de llegar a la descripción más precisa del derecho internacional existente. Señaló que muchos de los proyectos de conclusión que proponía contenían formulaciones extraídas de la Convención de Viena de 1969. Al mismo tiempo, cabía recordar que la estructura de la Convención no se había organizado teniendo únicamente en cuenta las normas de *ius cogens*.

154. En cuanto a los proyectos de conclusión propuestos, el Relator Especial dio las gracias a los miembros por sus diversas observaciones y propuestas de enmiendas, que podrían examinarse en el Comité de Redacción o reflejarse en el comentario. Los proyectos de conclusión 10 a 13 habían recibido el apoyo general de los miembros. De los dos primeros párrafos del proyecto de conclusión 10, leídos conjuntamente, se derivaba la consecuencia principal de que un tratado entrase en conflicto con una norma de *ius cogens*, a saber, que dicho tratado sería nulo en el momento de su celebración o que pasaría a ser nulo por la aparición ulterior de una norma de *ius cogens*. Ambos párrafos se basaban en la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial estaba de acuerdo con la propuesta de formular un único proyecto de conclusión con una regla general relativa a la interpretación, basado en su propuesta de párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, que fuera aplicable a todas las fuentes del derecho internacional. En el comentario correspondiente se aclararía que esa regla debía ajustarse a las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969. También estaba de acuerdo en que esa regla interpretativa debía basarse fundamentalmente en la buena fe, lo que se reflejaba en las palabras “en la medida de lo posible” y podía explicarse con más detalle en los comentarios. El principio *pacta sunt servanda* era una razón importante para adoptar un enfoque coherente e integracionista con respecto a la interpretación de los tratados y, cuando fuera posible mantener la compatibilidad con el *ius cogens*, siempre sería preferible adoptar ese enfoque antes que anular el tratado.

155. El Relator Especial compartía las preocupaciones expresadas por algunos miembros por el carácter absoluto de la norma de la indivisibilidad, reflejado en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 11, en el caso de los tratados que entren en conflicto con una norma de *ius cogens* existente, pero veía difícil apartarse de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 sin un fundamento jurídico coherente basado en la práctica estatal. No apoyaba la sugerencia de que se hiciera referencia en el proyecto de conclusión 12 a los artículos 69 y 70 de la Convención, ya que no se ocupaban de las consecuencias específicas del *ius cogens*.

156. En cuanto al proyecto de conclusión 14, relativo a un procedimiento recomendado para el arreglo de controversias, el Relator Especial no se oponía a la inserción de un nuevo párrafo inspirado en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 si así lo acordaban los miembros en general. No obstante, dudaba de la conveniencia de supeditar las consecuencias del incumplimiento de normas de *ius cogens* a acuerdos celebrados mediante negociaciones entre dos o más Estados. Reiteró que el proyecto de conclusión 14 no pretendía imponer nada a ningún Estado, ni abordar cuestiones de jurisdicción o competencia. Tampoco restaba importancia a las obligaciones jurídicamente vinculantes de los Estados partes en la Convención de Viena de 1969. Accedió a ampliar la gama de opciones para el arreglo de controversias, y a reformular el segundo párrafo en forma de cláusula “sin perjuicio”. Explicó que la ubicación del proyecto de conclusión 14 al final del primer conjunto de proyectos de conclusión no minimizaba la importancia de contar con un procedimiento para el arreglo de controversias, sino que tenía por objeto indicar que ese procedimiento estaba vinculado a los proyectos de conclusión sobre el conflicto entre los tratados y las normas de *ius cogens*.

157. Para responder a la preocupación de algunos miembros en cuanto a la lógica en que se basaba el párrafo 1 del proyecto de conclusión 15, el Relator Especial propuso que se reformulara para que dijera lo siguiente: “[u]na norma de derecho internacional consuetudinario no surge si la práctica en que se basa entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*”. Estaba de acuerdo en que el Comité de Redacción podía añadir las palabras “que no tenga carácter de *ius cogens*” en el párrafo 1 para resolver la cuestión de la modificación de una norma imperativa por una norma imperativa posterior. En cuanto al párrafo 3, no se oponía a establecer una relación entre el efecto de la objeción persistente durante la formación del derecho internacional

consuetudinario y la no aplicabilidad de la objeción persistente una vez que una norma ha adquirido el rango de *ius cogens*.

158. El Relator Especial estaba de acuerdo con los miembros que defendían la conveniencia de destacar específicamente las resoluciones del Consejo de Seguridad en el proyecto de conclusión 17, ya que el debate sobre los efectos de las normas de *ius cogens* en los actos de organizaciones internacionales solía plantearse en el contexto de las decisiones del Consejo de Seguridad, habida cuenta del poder singular del Consejo, así como del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

159. El Relator Especial era contrario a que se introdujera el adjetivo "grave" en el proyecto de conclusión 18, ya que, a su juicio, no encontraba apoyo en los artículos sobre la responsabilidad del Estado ni reflejaba adecuadamente la relación entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Por otra parte, no estaba en contra de que, en el Comité de Redacción, se estudiara la posibilidad de ajustar el texto del proyecto de conclusión 18 al pasaje pertinente del fallo en la causa relativa a la *Barcelona Traction*[1072]. El Relator Especial trató también de explicar la omisión del mismo adjetivo en el proyecto de conclusión 21, señalando que sería erróneo sugerir que era lícito que los Estados reconocieran o incluso prestaran asistencia en caso de violaciones del *ius cogens* que "no fueran graves".

160. El Relator Especial estuvo de acuerdo asimismo en que los proyectos de conclusión 18 a 21 no solo debían ser aplicables a los Estados, sino también a las organizaciones internacionales.

161. El Relator Especial reconoció que los proyectos de conclusión 22 y 23 se diferenciaban de otros proyectos de conclusión en que se ocupaban de normas primarias, mientras que el resto de los proyectos de conclusión se referían a cuestiones metodológicas. Señaló que ello podía ser una razón de peso para no incluirlos. No obstante, dijo que la cuestión del efecto de las normas de *ius cogens* en la inmunidad se mencionaba explícitamente en el párrafo 17 de la sinopsis del tema que se había elaborado cuando se decidió incluir el tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión[1073]. Dicha cuestión no había suscitado ninguna oposición cuando había sido examinada por la Comisión, y ni los Estados ni los miembros de la Comisión habían propuesto entonces excluir las inmunidades del tema. Señaló que, como también habían indicado algunos miembros, había abundante práctica en apoyo de ambos proyectos de conclusión, y que la Comisión había aprobado anteriormente importantes proyectos de conclusión basados en una práctica más escasa. No le convencía el argumento de que la inclusión de ambos proyectos de conclusión impediría que se alcanzase un acuerdo sobre otros temas que la Comisión estaba examinando. También negó que no hubiera suficiente práctica en apoyo del proyecto de conclusión 23. Recordó que, en las causas sobre procedimientos civiles, como la relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, citadas a menudo para justificar la opinión de que no había excepciones a la inmunidad respecto de los crímenes internacionales con carácter de *ius cogens*, se había declarado que no eran una fuente autorizada para el examen de las excepciones en causas relativas a procedimientos penales. Señaló que, si bien esos dos proyectos de conclusión gozaban de un amplio apoyo en la Comisión, para encontrar la forma de avanzar, tanto desde un punto de vista sustantivo como desde la perspectiva de alcanzar un consenso en la Comisión, esta tal vez desearía abordar las cuestiones mencionadas mediante una cláusula "sin perjuicio". En ese contexto, propuso que el Comité de Redacción sustituyera los dos proyectos de conclusión por una única cláusula "sin perjuicio" que dijera lo siguiente: "[e]l presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de las consecuencias de las normas imperativas específicas/individuales/particulares de derecho internacional general *(ius cogens)*". En el comentario correspondiente se indicaría que la inmunidad *ratione materiae* era una cuestión de ese tipo que se recogía de manera implícita en la disposición y que esta se redactaría en forma de cláusula "sin perjuicio".

[1072] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 33.

[1073] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), anexo.

162. En lo que respecta a las observaciones sobre el método de trabajo consistente en mantener los textos en el Comité de Redacción sin redactar sus comentarios, el Relator Especial señaló que ese método de trabajo había sido aceptado previamente por la Comisión como solución de avenencia. Recordó que el tema se había examinado cada año durante la segunda mitad del período de sesiones sin que hubiera tiempo suficiente para la elaboración y aprobación de comentarios. No obstante, se comprometió a preparar un conjunto completo de comentarios para su examen por la Comisión, en el entendimiento de que el tema se examinaría durante la primera mitad del período de sesiones de 2019.

163. Por último, el Relator Especial aseguró a los miembros que estudiaría detenidamente todas sus observaciones acerca de la labor futura cuando elaborase su cuarto informe. Aceptó varias propuestas a ese respecto, como la inclusión de una bibliografía y la necesidad de mantener la coherencia en los términos empleados, así como de abordar también los principios generales en el proyecto.

Capítulo IX
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

A. Introducción

164. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados" en su programa de trabajo y nombró Relatora Especial para el tema a la Sra. Marie G. Jacobsson[1074].

165. La Comisión recibió y examinó tres informes entre los períodos de sesiones 66º (2014) y 68º (2016)[1075]. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el informe preliminar de la Relatora Especial[1076]. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial[1077] y tomó nota de los proyectos de disposiciones introductorias y los proyectos de principio aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, que fueron ulteriormente renumerados y revisados por razones técnicas por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones[1078]. Así, la Comisión aprobó provisionalmente, en ese período de sesiones, los proyectos de principio 1, 2, 5 y 9 a 13, con sus comentarios[1079]. En el mismo período de sesiones, la Comisión también examinó el tercer informe de la Relatora Especial[1080] y tomó nota de los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción[1081], si bien no aprobó provisionalmente ningún comentario.

166. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo encargado de examinar el camino a seguir en relación con el tema, dado que la Sra. Jacobsson había dejado de ser miembro de la Comisión[1082]. El Grupo de Trabajo, presidido por el Sr. Vázquez-Bermúdez, tuvo ante sí los proyectos de comentario preparados por la Relatora Especial, aun cuando ya no era miembro de la Comisión, a los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones y de los que la Comisión había tomado nota en ese mismo período de sesiones. El Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión que nombrara un nuevo Relator Especial para el tema a fin de que ayudara a concluir de manera satisfactoria su labor a ese respecto[1083]. Tras el informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo, la Comisión decidió nombrar Relatora Especial a la Sra. Marja Lehto[1084].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

167. En el actual período de sesiones, la Comisión estableció, en su 3390ª sesión, un Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Vázquez-Bermúdez con el propósito de ayudar a la Relatora Especial a preparar los proyectos de comentario a los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18. El Grupo de Trabajo celebró dos sesiones, los días 3 y 4 de mayo de 2018.

1074 La decisión se adoptó en la 3171ª sesión de la Comisión, celebrada el 28 de mayo de 2013 (véase *Anuario…, 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 167). Para consultar la sinopsis del tema, véase *Anuario…, 2011*, vol. II (segunda parte), anexo V.

1075 Documentos A/CN.4/674 y Corr.1 (informe preliminar), A/CN.4/685 (segundo informe) y A/CN.4/700 (tercer informe).

1076 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), cap. XI.

1077 *Ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), cap. IX.

1078 Documentos A/CN.4/L.870 y A/CN.4/L.870/Rev.1.

1079 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/71/10), párr. 188.

1080 *Ibid.*, cap. X.

1081 Documento A/CN.4/L.876.

1082 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 255.

1083 *Ibid.*, párr. 260.

1084 *Ibid.*, párr. 262.

168. En su 3426ª sesión, celebrada el 10 de julio de 2018, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en su 68º período de sesiones (véase la sección C.1 *infra*).

169. En esa misma sesión, la Comisión inició el examen del primer informe de la Relatora Especial, la Sra. Marja Lehto (A/CN.4/720 y Corr.1), que prosiguió en sus sesiones 3427ª a 3431ª, celebradas del 11 al 17 de julio de 2018.

170. En su primer informe, la Relatora Especial abordó la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación. El informe ofrecía una introducción general a la protección del medio ambiente en el derecho en materia de ocupación y abordaba la complementariedad entre ese derecho, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente. La Relatora Especial propuso tres proyectos de principio relativos a la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación, que se integrarían en una nueva parte (cuarta parte). Asimismo, hizo sugerencias en relación con el programa de trabajo futuro sobre el tema.

171. En su 3431ª sesión, el 17 de julio de 2018, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de principio 19 a 21 que figuraban en el primer informe de la Relatora Especial[1085].

172. En su 3436ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2018, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados", en el que figuraban los proyectos de principio 19, 20 y 21 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 70º período de sesiones (A/CN.4/L.911)[1086] y que puede consultarse en el sitio web de la

[1085] Los proyectos de principio propuestos por la Relatora Especial en su primer informe dicen lo siguiente:

"**Cuarta parte**

Proyecto de principio 19

1. El Estado ocupante tendrá en cuenta las consideraciones ambientales en la administración del territorio ocupado, en particular en las zonas marítimas adyacentes sobre las que el Estado territorial esté facultado para ejercer derechos soberanos.

2. El Estado ocupante, salvo impedimento absoluto, deberá respetar la legislación del territorio ocupado relativa a la protección del medio ambiente.

Proyecto de principio 20

El Estado ocupante administrará los recursos naturales de un territorio ocupado de forma que garantice su utilización sostenible y reduzca al mínimo los daños ambientales.

Proyecto de principio 21

El Estado ocupante utilizará todos los medios a su disposición para garantizar que las actividades en el territorio ocupado no causen un daño sensible al medio ambiente de otro Estado o a zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional."

[1086] El texto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción dice lo siguiente:

"**Cuarta parte**
Principios aplicables en situaciones de ocupación

Proyecto de principio 19
Obligaciones generales de una Potencia ocupante

1. La Potencia ocupante respetará y protegerá el medio ambiente del territorio ocupado de conformidad con el derecho internacional aplicable y tendrá en cuenta las consideraciones ambientales en la administración de dicho territorio.

2. La Potencia ocupante adoptará medidas adecuadas para prevenir un daño sensible al medio ambiente del territorio ocupado que probablemente sería perjudicial para la salud y el bienestar de la población de dicho territorio.

3. La Potencia ocupante respetará el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y solo podrá introducir cambios dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados.

Comisión[1087]. La Comisión tomó nota de los proyectos de principio presentados por el Comité de Redacción. Se prevé que la Comisión adopte una decisión sobre los proyectos de principio y sus comentarios en el próximo período de sesiones.

173. En su 3451ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2018, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de principio aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

1. Presentación del primer informe por la Relatora Especial

174. La Relatora Especial recordó los antecedentes del tema y señaló que la Comisión lo había examinado con diligencia sobre la base de tres informes presentados por su predecesora. También destacó el permanente interés de los Estados en el tema, así como la importancia de celebrar consultas con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Comité Internacional de la Cruz Roja. Su primer informe, que se basaba en informes anteriores, no establecía una nueva metodología y trataba de mantener la coherencia con la labor realizada hasta el momento. Se proponían tres nuevos proyectos de principio sobre una cuestión que, según había señalado la Comisión, debía ser examinada con más detenimiento, a saber, la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación. La Relatora Especial reiteró el alcance temporal del tema, que abarcaba todo el ciclo del conflicto y permitía examinar el derecho de los conflictos armados, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente.

175. El derecho en materia de ocupación constituía un régimen jurídico distinto, basado fundamentalmente en el Reglamento de La Haya de 1907 y el Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra de 1949 (Cuarto Convenio). Aunque esos instrumentos solo protegían de manera indirecta el medio ambiente, había conceptos pertinentes, como la noción de “vida pública” y “usufructo”, que se prestaban a una interpretación evolutiva. Además, el derecho en materia de ocupación debía interpretarse teniendo en cuenta las circunstancias de la ocupación, en particular su estabilidad y su duración. La Relatora Especial recordó que, en general, se esperaba que el territorio ocupado se administrase en beneficio de la población del territorio, no del Estado ocupante.

176. En el informe se abordaba la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional del medio ambiente y el derecho en materia de ocupación como *lex specialis*. La jurisprudencia internacional confirmaba que el derecho de los derechos humanos se aplicaba junto con el derecho en materia de ocupación, si bien el contenido exacto de las obligaciones dependía de la naturaleza y la duración de la ocupación. El informe se centraba en el derecho a la salud para mostrar cómo podía contribuir el derecho de los derechos humanos a la protección del medio ambiente en caso de ocupación. El derecho consuetudinario y el derecho ambiental convencional también desempeñaban un papel en las situaciones de ocupación, en particular en relación con las cuestiones de carácter transfronterizo o mundial. La Relatora Especial hizo hincapié en que esas obligaciones ambientales protegían un interés colectivo e incumbían a un grupo de Estados más amplio que los que participaban en el conflicto armado o la ocupación.

Proyecto de principio 20
Utilización sostenible de los recursos naturales

En tanto que se permita a una Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales de un territorio ocupado en beneficio de la población de dicho territorio y con otros fines lícitos con arreglo al derecho de los conflictos armados, aquella lo hará de forma que asegure su utilización sostenible y reduzca al mínimo los daños ambientales.

Proyecto de principio 21
Diligencia debida

La Potencia ocupante actuará con la diligencia debida para que las actividades en el territorio ocupado no causen un daño sensible al medio ambiente de zonas situadas fuera de dicho territorio.”

[1087] El informe y la declaración correspondiente del Presidente del Comité de Redacción pueden consultarse en la *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission*: http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml.

177. En el informe se proponían tres nuevos proyectos de principio. La Relatora Especial propuso incluirlos en una nueva cuarta parte, ya que podían ser pertinentes tanto para los conflictos armados como en la fase posterior a un conflicto, según la naturaleza de la ocupación.

178. El proyecto de principio 19 incorporaba la obligación del Estado ocupante de proteger el medio ambiente en la obligación general de velar por el bienestar de los territorios ocupados. El texto del párrafo 1, del cual la Relatora Especial había propuesto una versión reformulada durante su presentación, encontraba apoyo en el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. Las obligaciones pertinentes abarcaban el territorio, las zonas marítimas adyacentes y el espacio aéreo suprayacente. El párrafo 2 reiteraba la obligación del Estado ocupante de respetar, salvo impedimento absoluto, la legislación del territorio ocupado relativa a la protección del medio ambiente.

179. El proyecto de principio 20 se basaba en el principio del usufructo establecido en el artículo 55 del Reglamento de La Haya de 1907 y en el principio de la utilización sostenible, su equivalente actual. Disponía que el Estado ocupante debía actuar con cautela cuando explotara los recursos no renovables y explotar los recursos renovables velando por su uso a largo plazo y su capacidad de regeneración. La aplicación práctica del principio dependería de la naturaleza y la duración de la ocupación. La formulación del proyecto de principio 20 se basaba en el artículo 54, párrafo 1, de las Reglas de Berlín sobre los Recursos Hídricos aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional[1088].

180. El proyecto de principio 21 incorporaba el principio de no causar daños al medio ambiente de otro Estado. Ese principio, fundamental en el derecho internacional del medio ambiente, se aplicaba a las situaciones de ocupación, como se confirmaba en la jurisprudencia internacional y en la labor anterior de la Comisión. La formulación provenía del fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay*[1089]. La expresión "a su disposición" permitía, en particular, cierta flexibilidad en función de las circunstancias imperantes.

181. La Relatora Especial explicó además que los principios de las partes primera y segunda se aplicaban a las situaciones de ocupación, y propuso aclarar, en el comentario a los proyectos de principio 15 a 18 contenidos en la tercera parte, que estos también eran pertinentes para las situaciones de ocupación.

182. En cuanto a la labor futura, la Relatora Especial expresó la intención de abordar en su siguiente informe cuestiones relacionadas con la protección del medio ambiente en los conflictos armados no internacionales, cuestiones relativas a la responsabilidad con carácter general *("responsibility")* y la responsabilidad en razón de una obligación *("liability")* por daños ambientales en relación con conflictos armados, y cuestiones relacionadas con la consolidación de un proyecto de principios completo.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

183. Los miembros apoyaron que se mantuviera la metodología adoptada por la Relatora Especial anterior, en particular el enfoque temporal del tema. Al mismo tiempo, se reiteró que mantener una división temporal estricta tal vez no siempre fuera viable. Varios miembros estuvieron de acuerdo con la Relatora Especial en que la Comisión no debía tratar de modificar el derecho internacional humanitario en materia de ocupación, sino llenar las lagunas relativas a la protección del medio ambiente.

184. Algunos miembros se mostraron partidarios de que se añadiera una cuarta parte dedicada específicamente a la ocupación. Otros insistieron en que la ocupación correspondía exclusivamente a la fase de conflicto armado (segunda parte), mientras que

[1088] Berlin Rules on Equitable Use and Sustainable Development of Waters (International Law Association, *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, págs. 334 y ss., en especial pág. 397).

[1089] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14.

otros sostuvieron que guardaba relación con la fase posterior al conflicto armado (tercera parte). Varios miembros apoyaron la propuesta de la Relatora Especial de hacer extensiva a la situación de la ocupación la aplicación de algunos proyectos de principio ya aprobados provisionalmente por la Comisión y señalaron que debía dejarse constancia de ello en los comentarios. Algunos miembros propusieron que se indicara en otro proyecto de principio que las disposiciones de las partes primera, segunda y tercera se aplicaban *mutatis mutandis* a las situaciones de ocupación.

185. Algunos miembros sostuvieron que el informe presentaba poca práctica estatal para reforzar sus conclusiones, mientras que otros pidieron que se incluyera práctica de los Estados de una variedad más amplia de regiones. Algunos miembros pidieron que se definiera el concepto de ocupación, ya fuera en el comentario o en el texto del proyecto de principios. Otros sostuvieron que no era necesario establecer una definición, pues las situaciones de ocupación podían variar en cuanto a su naturaleza y duración. Algunos miembros sugirieron también que se tuviera en cuenta la legalidad o ilegalidad de la ocupación y se excluyera la aplicabilidad del derecho en materia de ocupación a las situaciones resultantes del uso ilícito de la fuerza.

186. Varios miembros propusieron que en el proyecto de principios o en los comentarios se abordara la cuestión de la aplicabilidad del derecho en materia de ocupación a las organizaciones internacionales. Si bien algunos miembros señalaron que las organizaciones internacionales podían ejercer funciones similares a las de una Potencia ocupante, otros cuestionaron esa afirmación. Algunos miembros observaron que la administración internacional de un territorio por una organización internacional era de naturaleza muy diferente a una ocupación beligerante.

187. Varios miembros propusieron reemplazar el término “Estado ocupante” por la referencia más general “Potencia ocupante”, que era la expresión empleada en los tratados en la materia.

188. Varios miembros observaron que, si bien el derecho de los conflictos armados era anterior al derecho internacional del medio ambiente, el primero debía interpretarse de manera que incorporase elementos del segundo. Otros no estaban a favor de una interpretación evolutiva del derecho de los conflictos armados.

189. Algunos miembros señalaron que el derecho en materia de ocupación formaba parte del derecho de los conflictos armados, que solo protegía el medio ambiente de manera “indirecta”. Los miembros estuvieron de acuerdo en general en que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente seguían siendo aplicables en situaciones de ocupación, aunque se debían tener en cuenta las particularidades del derecho de los conflictos armados. En opinión de algunos miembros, el derecho internacional humanitario, como *lex specialis*, podía dejar a un lado esos regímenes jurídicos si la situación de ocupación así lo requería. Otros miembros sostuvieron que, en situaciones de ocupación, el estado de necesidad militar no prevalecía sobre las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente, sino que se debía establecer un contrapeso entre ellos.

190. Varios miembros subrayaron que la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente dependía del tipo de ocupación, su naturaleza y su duración. A este respecto, algunos miembros propusieron establecer una distinción entre las diferentes formas de ocupación, como la ocupación “beligerante” o “militar” y la ocupación “pacífica” o “prolongada”, o la ocupación “colonial”. Otros miembros señalaron que el informe se centraba en la ocupación beligerante y que, por tanto, tal distinción no era necesaria en ese contexto.

191. Algunos miembros cuestionaron el vínculo establecido por la Relatora Especial entre la protección de los derechos de propiedad en situación de ocupación y la protección del medio ambiente. Se señaló que el daño a la propiedad pública o privada no era necesariamente equiparable a los daños al medio ambiente. Otros sostuvieron que la protección del medio ambiente se había convertido en una tarea fundamental del Estado moderno y que el concepto de “usufructo” podía interpretarse en el contexto jurídico actual de manera que tuviera en cuenta las consideraciones ambientales.

192. Algunos miembros observaron también que, si bien una parte importante del informe se refería al derecho internacional de los derechos humanos, la Relatora Especial no había propuesto ningún proyecto de principio sobre esa base. Varios miembros sugirieron que se añadiera un nuevo proyecto de principio o un nuevo párrafo en el que se abordara la pertinencia del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que otros mostraron reservas en cuanto a esa propuesta y consideraron que iba más allá del alcance del tema.

193. Si bien estuvieron de acuerdo en que el derecho a la salud era pertinente para la protección del medio ambiente, varios miembros alentaron a la Relatora Especial a que ampliara su análisis para incluir otros derechos humanos, como el derecho a la vida, el derecho al agua y el derecho a la alimentación. Se sugirió centrar la atención en las poblaciones particularmente vulnerables.

b) Observaciones sobre el proyecto de principio 19

194. En general, los miembros expresaron su apoyo a la revisión oral del párrafo 1 del proyecto de principio 19 hecha por la Relatora Especial durante su presentación del informe, si bien algunos pidieron más aclaraciones sobre la formulación propuesta. En particular, varios miembros pidieron que se aclarasen algunas expresiones, como "obligación general", "consideraciones ambientales" y "administración", o que se reconsiderase el uso de las expresiones "Estado territorial" y "derechos soberanos".

195. Algunos miembros cuestionaron la referencia a las zonas marítimas y el espacio aéreo del territorio ocupado. Otros sostuvieron que la autoridad se limitaba a las zonas sobre las que el Estado ocupante había establecido su autoridad y ejercido un control efectivo.

196. Con respecto al párrafo 2, los miembros apoyaron la posición de la Relatora Especial de que el Estado ocupante tenía la obligación general de respetar la legislación del territorio ocupado relativa a la protección del medio ambiente. Varios miembros señalaron que la Potencia ocupante gozaba de mayor libertad para modificar la legislación en materia de medio ambiente que la que se establecía en el párrafo 2, en particular para mejorar la protección de la población. Se opinó que, en tales casos, había que consultar a la población local.

197. Se sugirió que, aparte de la legislación nacional, el Estado ocupante debía respetar las obligaciones internacionales relativas a la protección del medio ambiente que incumbían al territorio ocupado. También se indicó que el Estado ocupante estaba obligado a cumplir las obligaciones que le incumbían en virtud del derecho internacional.

198. Se formularon varias propuestas con respecto a la redacción del proyecto de principio 19, incluida la inserción de un nuevo párrafo en el proyecto de principio para reflejar la función del derecho internacional de los derechos humanos.

c) Observaciones sobre el proyecto de principio 20

199. Con respecto al proyecto de principio 20, algunos miembros apoyaron la expresión "utilización sostenible", aunque también se opinó que debía aclararse. Otros miembros señalaron que el principio de utilización sostenible era un objetivo de política y no una obligación jurídica, y cuestionaron su aplicación a las situaciones de ocupación. Varios miembros también cuestionaron la relación con el concepto de usufructo y la forma en que ese concepto se aplicaba a las diferentes categorías de propiedad, entre ellas la propiedad privada, los bienes públicos y los recursos naturales. Otros subrayaron que los Estados ocupantes debían tener en cuenta la sostenibilidad al administrar y explotar los recursos naturales.

200. A este respecto, varios miembros destacaron la importancia de los principios de soberanía permanente sobre los recursos naturales y de libre determinación de los pueblos en relación con el proyecto de principios, mientras que otros pusieron en duda la pertinencia de esos principios.

201. Los miembros hicieron hincapié en que la Potencia ocupante debía actuar en beneficio de la población del territorio ocupado y no en el suyo propio. Se propuso ampliar el principio para aplicarlo al desarrollo económico y social del Estado ocupado en general.

202. Algunos miembros también cuestionaron la expresión "reducir al mínimo" los daños ambientales, y se dijo que el verbo "prevenir" sería más apropiado. Se señaló que, en las situaciones de ocupación, a la luz de los proyectos de principio que figuraban en la tercera parte, la atención se centraba en la eliminación y reparación de los daños ambientales, y no en la administración de los recursos naturales.

203. Se formularon varias propuestas con respecto a la redacción del proyecto de principio 20.

d) Observaciones sobre el proyecto de principio 21

204. En general, los miembros apoyaron la inclusión de los principios de no causar daño o de diligencia debida en el proyecto de principio 21, aunque también se expresó la opinión de que el principio no tenía cabida en el proyecto. Se propuso incluir en él la obligación de cooperar para prevenir, reducir y controlar la contaminación ambiental transfronteriza.

205. Se formularon algunas sugerencias o aclaraciones con respecto a la redacción, entre otras en relación con las expresiones "todos los medios a su disposición", "daño sensible" y "zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional". También se propuso que el principio de no causar daño se hiciera extensivo a las situaciones de conflicto armado más allá de la ocupación.

e) Labor futura

206. Se expresó apoyo a las propuestas de la Relatora Especial relativas a la labor futura sobre el tema. Se propuso que, en su siguiente informe, la Relatora Especial abordara la medida en que el proyecto de principios se aplicaba a los conflictos armados no internacionales, las medidas coercitivas, las indemnizaciones por daños al medio ambiente y las cuestiones de responsabilidad *(responsibility y liability)*. Asimismo, se alentó a la Relatora Especial a que aclarase la función y las obligaciones de los actores no estatales. Se sugirió que se profundizara en la pertinencia de los principios de precaución y de quien contamina paga en relación con el tema, aunque también hubo oposición a esa propuesta.

207. Se apoyó la idea de concluir la primera lectura sobre el tema en 2019, si bien se señaló que era un objetivo ambicioso.

3. Observaciones finales de la Relatora Especial

208. En cuanto a la aplicabilidad del derecho en materia de ocupación a las organizaciones internacionales, la Relatora Especial observó que ese derecho podía ser pertinente para la administración de un territorio, en particular en el caso de las misiones de las Naciones Unidas, siempre que entrañara el ejercicio de funciones y atribuciones en un territorio comparables a las de un Estado ocupante con arreglo al derecho de los conflictos armados. Señaló que, aun considerando que el derecho en materia de ocupación podía complementar el mandato establecido en las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, la práctica real de recurrir al derecho en materia de ocupación con ese fin era muy escasa. Seguía siendo una posibilidad teórica, y la cuestión no estaba lo suficientemente madura como para abordarse en el proyecto de principios. La Relatora Especial propuso reemplazar la expresión "Estado ocupante" que figuraba en los proyectos de principio por "Potencia ocupante", lo que podía dejar la puerta abierta a nuevos cambios a ese respecto.

209. La Relatora Especial subrayó que la distinción entre ocupación beligerante y ocupación pacífica había perdido mucha importancia, y que la presencia de fuerzas armadas sobre la base de un acuerdo ya estaba ampliamente contemplada en los proyectos de principio 7 y 8. Reiteró que el informe y los proyectos de principio se centraban en la ocupación beligerante o militar. Además, dijo que no era necesario distinguir entre las diferentes formas de ocupación, ya que el derecho de los conflictos armados no establecía una distinción entre los diferentes tipos de ocupación. Asimismo, la Relatora Especial

señaló que las obligaciones que incumbían al Estado ocupante en virtud del derecho en materia de ocupación dependían en cierta medida de la situación imperante y que, por tanto, se reconocía cierta flexibilidad en su aplicación.

210. Con respecto a la interacción de las distintas esferas del derecho internacional, la Relatora Especial indicó que las exigencias del derecho en materia de ocupación en tanto que *lex specialis* y las características concretas de la situación influían en la medida en que otras esferas del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente, podían complementar el derecho de los conflictos armados. Ello no significaba que los principios humanitarios, los derechos humanos y las consideraciones ambientales pudieran ignorarse, como había dejado claro la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Así pues, no se trataba de determinar si ciertas normas vigentes en tiempo de paz se aplicaban en situaciones de conflicto armado o de ocupación, sino de establecer cómo se aplicaban.

211. En cuanto a la cuestión general de la legalidad o ilegalidad de la ocupación, la Relatora Especial observó que el derecho de los conflictos armados se aplicaba siempre que se cumplían los criterios de conflicto armado, independientemente de las razones del conflicto. Destacó que el derecho en materia de ocupación, desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, se aplicaba por igual a todas las ocupaciones, fueran o no resultado del uso legítimo de la fuerza en el marco del *ius ad bellum*.

212. La Relatora Especial señaló que, aunque el primer informe se centraba en el derecho a la salud, había otros derechos humanos que eran pertinentes desde el punto de vista de la protección del medio ambiente. Indicó que sería útil abordar esos derechos en el comentario. Propuso que en él se aclarara la relación entre los proyectos de principio propuestos en el primer informe y los proyectos de principio ya aprobados por la Comisión.

213. La Relatora Especial observó que la reformulación que había propuesto en la presentación contaba con un apoyo general. Añadió que la expresión “obligación general” se utilizaba en referencia al artículo 43 del Reglamento de La Haya, que establecía la obligación del Estado ocupante de restablecer y conservar el orden público y la vida civil. Esa obligación debía interpretarse a la luz de las circunstancias actuales, incluidas la importancia de las preocupaciones ambientales como interés esencial de todos los Estados y la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. La Relatora Especial también señaló que la expresión “consideraciones ambientales” dependía del contexto y evolucionaba, como se indicaba en el comentario al proyecto de principio 11. Dijo además que la última parte del párrafo 1, relativa al alcance territorial del proyecto de principio 19, podía abordarse en el comentario. En cuanto al segundo párrafo del proyecto de principio 19, reconoció la utilidad de hacer referencia a las obligaciones internacionales del Estado ocupado, además de a su legislación. Por último, la Relatora Especial se mostró de acuerdo con la propuesta formulada por varios miembros de incluir una disposición referente a las obligaciones del Estado ocupante en materia de derechos humanos.

214. Con respecto al proyecto de principio 20, la Relatora Especial observó que la primera cuestión se refería a los límites del derecho de la Potencia ocupante a administrar y utilizar los recursos del territorio ocupado. En ese sentido, indicó que la propuesta de añadir texto, ya fuera en el proyecto de principio o en el comentario, en consonancia con la Declaración de Brujas del Instituto de Derecho Internacional sobre el uso de la fuerza[1090], podía ser útil. Señaló también que debía tenerse en cuenta el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales. En cuanto a la expresión “reducir al mínimo los daños ambientales”, la Relatora Especial subrayó que el propósito del proyecto de principios, como se indicaba en el proyecto de principio 2, era “mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas, mediante medidas preventivas para reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado”. Asimismo, recordó que el proyecto de principio 20 se basaba en el artículo 55 del Reglamento de La Haya, que era vinculante como derecho internacional consuetudinario y debía interpretarse que abarcaba aspectos ambientales. Además, el concepto de sostenibilidad, en particular en el contexto de la utilización sostenible de los

[1090] Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 70, Part II, reunión de Brujas (2003), págs. 285 y ss. Puede consultarse en www.idi-iil.org/en/, Declarations.

recursos naturales, estaba firmemente arraigado, como había quedado reflejado en la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible[1091].

215. La Relatora Especial indicó que el proyecto de principio 21 había logrado un amplio consenso. Además de la formulación actual, se apoyaron dos alternativas derivadas bien de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*[1092], bien del proyecto de artículos de la Comisión sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[1093].

216. En cuanto a la labor futura sobre el tema, la Relatora Especial aclaró que su intención era abordar los conflictos armados no internacionales, así como las cuestiones relacionadas con la responsabilidad (*responsibility* y *liability*), en el contexto del tema y no hacer una presentación exhaustiva de esas dos esferas. Dijo que no era aconsejable limitar de manera expresa el proyecto de principios a un determinado tipo de conflicto armado, ya que el desarrollo del derecho internacional consuetudinario tendía a reducir progresivamente la importancia de la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales. Ello también estaba en consonancia con el enfoque del tema adoptado hasta el momento por la Comisión.

C. Texto de los proyectos de principio sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión

1. Texto de los proyectos de principio

217. El texto de los proyectos de principio aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

Principio 1
Alcance

El presente proyecto de principios se aplica a la protección del medio ambiente∗ antes o después de un conflicto armado y durante el mismo.

Principio 2
Propósito

El presente proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas, mediante medidas preventivas para reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado y medidas de reparación.

[…]

Primera parte
Principios generales

Principio 4
Medidas para mejorar la protección del medio ambiente

1. Los Estados, de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional, adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

[1091] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015.
[1092] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226.
[1093] *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 156 y ss.
∗ El empleo de la expresión “medio ambiente” o “medio ambiente natural” en todos los presentes proyectos de principio o en algunos de ellos volverá a examinarse en una fase ulterior.

2. Además, los Estados deben adoptar medidas adicionales, en su caso, para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Principio 5 [I-(x)]
Designación de zonas protegidas

Los Estados deben designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de gran importancia medioambiental y cultural como zonas protegidas.

Principio 6
Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas

1. Los Estados deben adoptar medidas apropiadas, en caso de conflicto armado, para proteger el medio ambiente de los territorios en que habiten pueblos indígenas.

2. Después de un conflicto armado que haya afectado de manera adversa al medio ambiente de territorios en que habiten pueblos indígenas, los Estados deben mantener consultas y una cooperación efectivas con los pueblos indígenas afectados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que representen a esos pueblos, con el fin de adoptar medidas de reparación.

Principio 7
Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados

Los Estados y las organizaciones internacionales deben, en su caso, incluir disposiciones acerca de la protección ambiental en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados. Tales disposiciones pueden incluir medidas preventivas, evaluaciones del impacto y medidas de reparación y de limpieza.

Principio 8
Operaciones de paz

Los Estados y las organizaciones internacionales que participen en operaciones de paz en relación con un conflicto armado considerarán los efectos de esas operaciones sobre el medio ambiente y adoptarán medidas apropiadas para prevenir, mitigar y remediar las consecuencias ambientales negativas que se deriven.

Segunda parte
Principios aplicables durante el conflicto armado

Principio 9 [II-1]
Protección general del medio ambiente natural durante un conflicto armado

1. El medio ambiente natural se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.

2. Se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves.

3. Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

Principio 10 [II-2]
Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural

El derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, se aplicará al medio ambiente natural, con miras a su protección.

Principio 11 [II-3]
Consideraciones ambientales

Las consideraciones ambientales se tendrán en cuenta al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar.

Principio 12 [II-4]
Prohibición de las represalias

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalia.

Principio 13 [II-5]
Zonas protegidas

Una zona de gran importancia medioambiental y cultural designada zona protegida mediante acuerdo será protegida de cualquier ataque, siempre que no contenga un objetivo militar.

Tercera parte
Principios aplicables después de un conflicto armado

Principio 14
Procesos de paz

1. Las partes en un conflicto armado deben, en el contexto del proceso de paz, incluido en los acuerdos de paz cuando proceda, ocuparse de las cuestiones relativas a la restauración y la protección del medio ambiente dañado por el conflicto.

2. Las organizaciones internacionales pertinentes deben, cuando proceda, desempeñar un papel facilitador al respecto.

Principio 15
Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado

Se alienta la cooperación entre los actores pertinentes, incluidas las organizaciones internacionales, en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

Principio 16
Restos de guerra

1. Después de un conflicto armado, las partes en el conflicto se ocuparán de eliminar o inutilizar los restos de guerra tóxicos y peligrosos bajo su jurisdicción o control que estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente. Tales medidas se adoptarán con sujeción a las normas de derecho internacional aplicables.

2. Las partes también se esforzarán por alcanzar un acuerdo, entre ellas y, cuando proceda, con otros Estados y con organizaciones internacionales, sobre asistencia técnica y material, incluida, en su caso, la realización de operaciones conjuntas para eliminar o inutilizar tales restos de guerra tóxicos y peligrosos.

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de cualquier derecho u obligación de derecho internacional de limpiar, eliminar, destruir o mantener campos de minas, zonas minadas, minas, minas trampa, artefactos explosivos y otros artefactos.

Principio 17
Restos de guerra en el mar

Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deben cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente.

Principio 18
Intercambio de información y acceso a ella

1. Para facilitar las medidas de reparación después de un conflicto armado, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes intercambiarán la información relevante y permitirán el acceso a esta de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional.

2. Nada de lo previsto en el presente proyecto de principio obliga a un Estado o una organización internacional a intercambiar información esencial para la defensa o la seguridad nacionales o permitir el acceso a esta. No obstante, ese Estado o esa organización internacional cooperarán de buena fe para proporcionar tanta información como sea posible teniendo en cuenta las circunstancias.

2. Texto de los proyectos de principio con sus comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 70º período de sesiones

218. El texto de los proyectos de principio con sus comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 70º período de sesiones figura a continuación.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

Principio 4
Medidas para mejorar la protección del medio ambiente

1. Los Estados, de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional, adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

2. Además, los Estados deben adoptar medidas adicionales, en su caso, para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Comentario

1) El proyecto de principio 4 reconoce que los Estados están obligados a adoptar medidas efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. En el párrafo 1 se recuerdan las obligaciones dimanantes del derecho internacional y en el párrafo 2 se alienta a los Estados a que adopten voluntariamente nuevas medidas. La expresión “para mejorar la protección del medio ambiente”, que figura en ambos párrafos, corresponde a la finalidad del proyecto de principios. Asimismo, la expresión “en relación con los conflictos armados”, que también aparece en ambos párrafos, tiene por objeto subrayar el vínculo entre la protección del medio ambiente y los conflictos armados.

2) El párrafo 1 refleja que los Estados tienen la obligación en virtud del derecho internacional de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y se refiere a las medidas que los Estados están obligados a tomar con ese fin. El uso del tiempo verbal en futuro indica esa obligación. El requisito queda matizado por la expresión “de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho

internacional", que indica que la disposición no requiere que los Estados adopten medidas que vayan más allá de sus obligaciones existentes. Las obligaciones específicas que esta disposición impone a cada Estado variarán en función de las obligaciones que incumban a ese Estado en virtud del derecho internacional.

3) Por consiguiente, el párrafo 1 se formula en términos generales para abarcar un amplio abanico de medidas. La disposición incluye ejemplos de los tipos de medidas que pueden adoptar los Estados, a saber, "medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas". No se pretende ofrecer una lista de ejemplos exhaustiva, como indica la categoría abierta "otras medidas", sino destacar los tipos de medidas más pertinentes que deben adoptar los Estados.

4) El derecho de los conflictos armados impone varias obligaciones a los Estados que, directa o indirectamente, contribuyen a la consecución del objetivo de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. No obstante, la expresión "en virtud del derecho internacional" es más amplia y abarca también otras obligaciones convencionales o consuetudinarias relativas a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado y durante el mismo, ya sean derivadas del derecho internacional del medio ambiente, del derecho de los derechos humanos o de otros ámbitos del derecho.

5) En lo que respecta al derecho de los conflictos armados, la obligación de divulgar el derecho de los conflictos armados entre las fuerzas armadas y, en la medida de lo posible, entre la población civil contribuye a la protección del medio ambiente[1094]. A ese respecto, en el artículo 83 del Protocolo adicional I figura una disposición pertinente, que establece que las Altas Partes Contratantes tienen la obligación de difundir entre sus fuerzas información acerca de los artículos 35 y 55, así como sobre otras disposiciones[1095]. Esta

[1094] Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31, art. 47; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 971, pág. 85, art. 48; Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 972, pág. 135, art. 127; Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Cuarto Convenio) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 973, pág. 287, art. 144; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo adicional I), (Ginebra, 8 de junio de 1977), *ibid*., vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, art. 83; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo adicional II), (Ginebra, 8 de junio de 1977), *ibid*., núm. 17513, pág. 609, art. 19; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo adicional III) (Ginebra, 8 de diciembre de 2005), *ibid*., vol. 2404, núm. 43425, pág. 261, art. 7; y la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 10 de octubre de 1980), *ibid*., vol. 1342, núm. 22495, pág. 137, art. 6. Véase también J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Rules*, vol. I (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), norma 143, págs. 505 a 508.

[1095] El artículo 35 del Protocolo adicional I dice lo siguiente:

> "1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.
>
> 2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.
>
> 3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural."

El artículo 55 dice así:

> "1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los

obligación también puede estar relacionada con el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra, en el que los Estados partes se comprometen a respetar y hacer respetar los Convenios en cualquier circunstancia[1096]. Esas actividades de difusión pueden llevarse a cabo, por ejemplo, incluyendo información pertinente en los manuales militares[1097], como se propugna en las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares, del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)[1098].

6) También se interpreta que el artículo 1 común requiere que los Estados, cuando estén en condiciones de hacerlo, ejerzan su influencia para impedir y detener las infracciones de los Convenios de Ginebra por cualquiera de las partes en un conflicto armado[1099]. En lo que respecta a la protección del medio ambiente, esto podría entrañar, por ejemplo, el intercambio de conocimientos científicos sobre la naturaleza de los daños causados al medio ambiente natural por ciertos tipos de armas, o un asesoramiento técnico sobre cómo proteger áreas de especial fragilidad o importancia ecológica.

7) La obligación adicional de realizar "un examen de las armas" figura en el artículo 36 del Protocolo adicional I. Con arreglo a esa disposición, toda Alta Parte Contratante tendrá la obligación de determinar si el empleo de una nueva arma, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el Protocolo adicional I o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable[1100]. Cabe destacar que la obligación abarca el estudio, desarrollo, adquisición o adopción de todos los medios o métodos de guerra: las armas y la forma en que pueden utilizarse[1101]. Según el comentario del CICR sobre los Protocolos adicionales, el artículo 36 implica la obligación de establecer procedimientos internos que permitan dilucidar el problema de la legalidad. Se sabe que varios Estados, incluidos algunos que no son parte en el Protocolo adicional I, han establecido ese tipo de procedimientos[1102].

---

que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.

2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias."

[1096] Primer Convenio de Ginebra, art. 1; Segundo Convenio de Ginebra, art. 1; Tercer Convenio de Ginebra, art. 1; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 1.

[1097] Entre los Estados que han introducido ese tipo de disposiciones en sus manuales militares figuran Alemania, la Argentina, Australia, Bélgica, Benin, Burundi, el Canadá, el Chad, Colombia, Côte d'Ivoire, España, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Francia, Italia, Kenya, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Perú, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Centroafricana, Sudáfrica, Suecia, Suiza, el Togo y Ucrania. La información puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45 (consultado el 7 de mayo de 2018).

[1098] En las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (A/49/323, anexo) se establece (directriz 17) que "[l]os Estados darán a estas normas la máxima difusión posible en sus respectivos países, y las incluirán en sus programas de instrucción militar y civil".

[1099] Véase el comentario de 2016 del CICR sobre el artículo 1 del Primer Convenio de Ginebra. El estudio del CICR sobre el derecho internacional consuetudinario contiene una interpretación más amplia, según la cual la obligación de respetar y hacer respetar no se limita a los Convenios de Ginebra, sino que se aplica a todo el corpus de derecho internacional humanitario que obliga a un Estado en particular (J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules* (Cambridge, Comité Internacional de la Cruz Roja y Cambridge University Press, 2005), pág. 495, norma 139).

[1100] Protocolo adicional I, art. 36.

[1101] C. Pilloud y J. Pictet, "Article 35: Basic rules", *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmerman (eds.) (Ginebra, Martinus Nijhoff, 1987), pág. 398, párr. 1402. El comentario relativo al artículo 36, titulado "Armas nuevas", remite a esta sección para una explicación de los medios y métodos en la pág. 425, párr. 1472.

[1102] Entre los Estados que se sabe que cuentan con mecanismos nacionales para examinar la legalidad de las armas y que han puesto a disposición del CICR los instrumentos que han configurado esos mecanismos se encuentran Alemania, Australia, Bélgica, el Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Noruega, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia. Otros Estados han indicado al CICR que llevan a

8) La obligación de instituir “un examen de las armas” es vinculante para todas las Altas Partes Contratantes en el Protocolo adicional I. La referencia a “cualquier otra norma de derecho internacional” deja claro que la obligación no se limita simplemente a estudiar si el empleo de un arma determinada sería contrario al derecho de los conflictos armados. Implica, en primer lugar, un examen para determinar si el empleo de una nueva arma, o de nuevos medios o métodos de guerra, estaría prohibido en algunas o en todas las circunstancias por el Protocolo adicional I, incluidos los artículos 35 y 55, que son directamente pertinentes para la protección del medio ambiente. En segundo lugar, es necesario ir más allá del Protocolo adicional I y analizar si otras normas del derecho de los conflictos armados, ya sean convencionales o consuetudinarias, o de cualquier otra esfera del derecho internacional, podrían prohibir el empleo de una nueva arma o de nuevos medios o métodos de guerra. En ese examen también se tendrá en cuenta cualquier obligación aplicable en materia de derecho ambiental internacional y de derechos humanos[1103].

9) Si bien el Protocolo adicional I se aplica únicamente a los conflictos armados internacionales, el examen de las armas a que se refiere el artículo 36 también promueve el respeto de la ley en los conflictos armados no internacionales. Además, el uso de armas que sean inherentemente indiscriminadas y el de medios o métodos de guerra que sean de tal índole que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios están prohibidos por el derecho internacional consuetudinario[1104]. Estas normas no se limitan a los conflictos armados internacionales[1105]. De lo anterior se desprende que las nuevas armas y métodos de guerra deben examinarse teniendo en cuenta todas las disposiciones del derecho internacional aplicables, incluidas aquellas por las que se rigen los conflictos armados no internacionales, en particular en lo que respecta a la protección de los civiles y al principio de distinción. La obligación de no utilizar armas, medios o métodos de guerra de naturaleza indiscriminada tiene como efecto indirecto la protección del medio ambiente en los conflictos armados no internacionales. Además, han de respetarse las prohibiciones convencionales especiales de ciertas armas (como las biológicas y químicas) que pueden causar graves daños al medio ambiente.

10) Los Estados también tienen la obligación de ejercer efectivamente su jurisdicción y enjuiciar a las personas sospechosas de ciertos crímenes de guerra que estén de algún modo asociados a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, en la medida en que esos crímenes entren en la categoría de infracciones graves de los Convenios de Ginebra[1106]. Entre los ejemplos de infracciones graves, cuya represión protege de manera indirecta ciertos componentes del medio ambiente natural, se incluyen el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, así como la destrucción y la apropiación generalizadas de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas de manera ilícita y arbitraria.

---

cabo exámenes con arreglo a las instrucciones del Ministerio de Defensa, pero no se han facilitado. Información recibida del CICR el 31 de diciembre de 2017.

[1103] Algunos Estados, como el Reino Unido, Suecia y Suiza, estiman útil que se tenga en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos en el examen de las armas militares, porque, en algunos casos (por ejemplo, en misiones de mantenimiento de la paz), el personal militar puede utilizar armas para llevar a cabo misiones de mantenimiento del orden. Para otros comentarios al respecto, véase S. Casey-Maslen, N. Corney y A. Dymond-Bass, “The review of weapons under international humanitarian law and human rights law”, *Weapons under International Human Rights Law*, Casey-Maslen (ed.) (Cambridge University Press, Cambridge, 2014).

[1104] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, normas 70 y 71, págs. 237 a 250.

[1105] En virtud de la norma consuetudinaria de que los civiles no han de ser objeto de ataques, las armas que son por naturaleza indiscriminadas también están prohibidas en los conflictos armados no internacionales. La prohibición de armas que son por naturaleza indiscriminadas también figura en varios manuales militares aplicables a los conflictos armados no internacionales, por ejemplo, en manuales de Alemania, Australia, Colombia, el Ecuador, Nigeria y la República de Corea. La información puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule71#Fn_1_19 (consulta realizada el 8 de mayo de 2018).

[1106] Primer Convenio de Ginebra, art. 49; Segundo Convenio de Ginebra, art. 50; Tercer Convenio de Ginebra, art. 129; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 146.

11) Otra obligación convencional es que los Estados dejen constancia de la colocación de minas a fin de facilitar en el futuro la remoción de minas terrestres[1107].

12) El párrafo 2 del proyecto de principio se refiere a medidas voluntarias que contribuirían a mejorar aún más la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Por tanto, este párrafo es menos prescriptivo que el párrafo 1 y el empleo de "deben" sirve para reflejar esa diferencia. Las expresiones "[a]demás" y "medidas adicionales" sirven para indicar que esta disposición va más allá de las medidas que los Estados deberán adoptar de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, que se abordan en el párrafo 1. Al igual que las medidas a que se hace referencia en el párrafo 1, las medidas adoptadas por los Estados pueden ser legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole. Asimismo, podrían incluir acuerdos especiales que proporcionen protección adicional al medio ambiente natural en situaciones de conflicto armado[1108].

13) Además de alentar a los Estados a que adopten medidas voluntarias para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados más allá de las obligaciones que les incumben actualmente en virtud del derecho internacional, el párrafo refleja la evolución reciente de la práctica de los Estados en ese sentido[1109]. Para proseguir esa evolución, los Estados pueden, entre otras cosas, incluir directrices más explícitas sobre la protección del medio ambiente en sus manuales militares[1110]. Esas directrices pueden, por ejemplo, orientarse a la formación en aspectos ambientales del personal militar que participa en operaciones de mantenimiento de la paz, así como a la realización de evaluaciones ambientales[1111]. Los Estados también pueden adoptar medidas orientadas a mejorar la cooperación, según proceda, con otros Estados y con las organizaciones internacionales pertinentes.

14) La evolución general que el párrafo 2 pretende reflejar y alentar se basa también en la práctica de las organizaciones internacionales. Un ejemplo de esa práctica es la iniciativa de las Naciones Unidas "Greening the Blue Helmets", cuyo objetivo es servir de programa interno de gestión ambiental sostenible[1112]. Otro ejemplo de esta evolución es la política ambiental conjunta elaborada por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno. Esta política prevé la obligación de preparar estudios ambientales de referencia y adherirse a una serie de

[1107] Véase, por ejemplo, el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II enmendado el 3 de mayo de 1996), que figura en un anexo de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 3 de mayo de 1996) (en adelante, "Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales"), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2048, núm. 22495, pág. 93.

[1108] En relación con los acuerdos especiales, véase Primer Convenio de Ginebra, art. 6; Segundo Convenio de Ginebra, art. 6; Tercer Convenio de Ginebra, art. 6; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 7. Véase también el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

[1109] Véase, por ejemplo, Eslovenia, Normas de servicio en las fuerzas armadas de Eslovenia, tema 210; Paraguay, Consejo de la Defensa Nacional, *Política de Defensa Nacional de la República de Paraguay*, 7 de octubre de 1999, párr. I A); y Países Bajos, nota verbal de fecha 20 de abril de 2016 dirigida a la Secretaría por la Misión Permanente de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, párr. 5. Véanse también las contribuciones en la Sexta Comisión de Croacia (A/C.6/70/SR.24, párr. 89), Cuba (*ibid*., párr. 10), la República Checa (*ibid*., párr. 45), Nueva Zelandia (A/C.6/70/SR.25, párr. 102) y Palau (*ibid*., párr. 27).

[1110] Entre los Estados que lo han hecho figuran Australia, Burundi, el Camerún, Côte d'Ivoire, los Estados Unidos, los Países Bajos, el Reino Unido, la República de Corea, Suiza y Ucrania. La información puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule44 (consulta realizada el 8 de mayo de 2018). Pueden encontrarse más ejemplos en A/CN.4/685, párrs. 69 a 76 y A/CN.4/700, párr. 52.

[1111] Véase la información que aparece en el sitio web del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) sobre la recuperación ambiental tras las crisis, que puede consultarse en www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery.

[1112] PNUMA, *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations* (Nairobi, 2012).

acuerdos ambientales multilaterales. Alude a tratados e instrumentos como la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[1113], la Carta Mundial de la Naturaleza[1114], la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres[1115], el Convenio sobre la Diversidad Biológica[1116] y la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar)[1117] como normas que deben tenerse en cuenta cuando una misión fija sus objetivos y procedimientos en relación con el medio ambiente[1118].

Principio 6
Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas

1. Los Estados deben adoptar medidas apropiadas, en caso de conflicto armado, para proteger el medio ambiente de los territorios en que habiten pueblos indígenas.

2. Después de un conflicto armado que haya afectado de manera adversa al medio ambiente de territorios en que habiten pueblos indígenas, los Estados deben mantener consultas y una cooperación efectivas con los pueblos indígenas afectados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que representen a esos pueblos, con el fin de adoptar medidas de reparación.

Comentario

1) El proyecto de principio 6 reconoce que los Estados, debido a la relación especial existente entre los pueblos indígenas y su medio ambiente, deben adoptar medidas adecuadas para proteger ese medio ambiente en relación con los conflictos armados. Se reconoce además que, allí donde el conflicto armado ha afectado negativamente al medio ambiente de territorios de pueblos indígenas, los Estados deben tratar de adoptar medidas de reparación. En vista de la relación especial que existe entre los pueblos indígenas y su medio ambiente, estas medidas deben adoptarse en consulta y cooperación con esos pueblos, respetando su relación y a través de sus propias estructuras de liderazgo y representación.

2) La relación especial entre los pueblos indígenas y su medio ambiente ha sido reconocida, protegida y defendida por instrumentos internacionales como el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), de la Organización Internacional del Trabajo, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[1119], así como por la práctica de los Estados y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. En ese sentido, se ha reconocido que la tierra de los pueblos

[1113] Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (A/CONF.48/14/Rev.1; publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.73.II.A.14), cap. I.

[1114] Resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo.

[1115] Abierta a la firma, Washington, 3 de marzo de 1975, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14537, pág. 243.

[1116] Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.

[1117] Ramsar, 2 de febrero de 1971, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 994, núm. 14583, pág. 245.

[1118] Naciones Unidas, Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, *Environmental Guidelines for UN Field Missions*, 24 de julio de 2009. Véase también el sitio web del Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, que puede consultarse en https://fieldsupport.un.org/en/environment.

[1119] Véase Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Ginebra, 27 de junio de 1989) (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)), que actualiza el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007, anexo, artículo 26. Los informes de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente (anteriormente, el Experto Independiente sobre los derechos humanos y el medio ambiente) proporcionan un panorama de los derechos de los pueblos indígenas en relación con el medio ambiente y los recursos naturales (véase, por ejemplo, A/HRC/15/37 y A/HRC/4/32, respectivamente).

indígenas tiene una "importancia fundamental para su supervivencia colectiva física y cultural en su calidad de pueblos"[1120].

3) El párrafo 1 se basa, en particular, en el artículo 29, párrafo 1, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que se expresa el derecho de los pueblos indígenas a "la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos"[1121], y en el artículo 7, párrafo 4, del Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), en el que se reconoce que "los Gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan".

4) Los derechos específicos de los pueblos indígenas sobre determinadas tierras o territorios pueden estar sometidos a regímenes jurídicos diferentes, según los Estados. Además, en los instrumentos internacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas se emplean diversas fórmulas para referirse a las tierras o los territorios relacionados con los pueblos indígenas, así como sobre los que estos tienen diversos derechos y donde gozan de regímenes de protección[1122].

5) Los conflictos armados pueden tener el efecto de aumentar las vulnerabilidades a los daños ambientales o de ocasionar nuevos tipos de daños ambientales en los territorios en los que tienen lugar y, por consiguiente, afectar la supervivencia y el bienestar de los pueblos implicados. De conformidad con el párrafo 1, en caso de conflicto armado, los Estados deben adoptar medidas adecuadas para promover la continuación de la relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras ancestrales. Las medidas de protección adecuadas que se mencionan en el párrafo 1 pueden adoptarse, en particular, antes de un conflicto armado o durante este. La redacción del párrafo es suficientemente general como para que las medidas se puedan ajustar en función de las circunstancias.

6) Por ejemplo, el Estado en cuestión debe adoptar medidas para que no se lleven a cabo actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado[1123]. Esto podría lograrse no emplazando instalaciones militares en tierras o territorios de pueblos indígenas y

---

[1120] Véase, por ejemplo, el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que "la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural". *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 250, 4 de septiembre de 2012, párr. 177, nota 266. Véase caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 125, 17 de junio de 2005, párr. 135, y caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 147, nota 160.

[1121] Véase también la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 15 de junio de 2016, Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, *Informe del cuadragésimo sexto período de sesiones, Santo Domingo (República Dominicana), 13 a 15 de junio de 2016*, XLVI-O.2, *Actas y documentos*, vol. I, resolución AG/RES.2888 (XLVI-O/16), art. XIX, párr. 4.

[1122] Véase, por ejemplo, "tierras o territorios, o [...] ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera", utilizada en el artículo 13, 1, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), o "tierras, territorios y recursos", utilizada en el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[1123] Véase la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 30:

> "1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado.
>
> 2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares."

designando esos territorios como zonas protegidas, tal como se establece en el proyecto de principio 5. En general, el Estado interesado debe celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas en cuestión antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares[1124]. Durante un conflicto armado, los derechos, tierras y territorios de los pueblos indígenas también gozan de la protección prevista por el derecho de los conflictos armados y las normas de derechos humanos aplicables[1125].

7) El párrafo 2 se centra en la fase posterior a la finalización de un conflicto armado. El propósito de esta disposición es facilitar la adopción de medidas de reparación en caso de que un conflicto armado haya repercutido negativamente en el medio ambiente de territorios habitados por pueblos indígenas[1126]. Así, se procura asegurar los derechos de participación de los pueblos indígenas en las cuestiones relacionadas con sus territorios en un contexto de posconflicto, a la vez que se hace hincapié en los Estados como sujetos del párrafo.

8) En ese caso, los Estados en cuestión deben mantener consultas y una cooperación efectivas con los pueblos indígenas afectados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que representen a esos pueblos. Al hacerlo, los Estados deben tener en cuenta la naturaleza especial de la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios —en los aspectos social, político, espiritual y cultural, entre otros. Además, los Estados deben considerar que esta relación suele ser de naturaleza "colectiva"[1127].

9) Se ha mencionado la necesidad de recurrir a procedimientos apropiados e instituciones representativas de los pueblos indígenas para reconocer la diversidad de los procedimientos existentes en los diferentes Estados que permiten una consulta y cooperación efectivas con los pueblos indígenas, así como la diversidad de sus modalidades de representación, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar medidas que puedan afectarles[1128].

[1124] *Ibid*.

[1125] Véase la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XXX, párrs. 3 y 4, cuyo texto es el siguiente:

> "3. Los pueblos indígenas tienen derecho a protección y seguridad en situaciones o períodos de conflicto armado interno o internacional conforme al derecho internacional humanitario.
>
> 4. Los Estados, en cumplimiento de los acuerdos internacionales de los cuales son parte, en particular el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos incluyendo el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en caso de conflictos armados tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades [...]."

[1126] Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 28, "[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado". Del mismo modo, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XXXIII establece: "Los pueblos y personas indígenas tienen derecho a recursos efectivos e idóneos, incluyendo los recursos judiciales expeditos, para la reparación de toda violación de sus derechos colectivos e individuales. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, proveerán los mecanismos necesarios para el ejercicio de este derecho".

[1127] Por ejemplo, véase el artículo 13 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la OIT, que establece lo siguiente: "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". Aunque de forma específica para la aplicación de ese Convenio, se señalan explícitamente los aspectos colectivos de la relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras o territorios.

[1128] Véase, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido salvaguardias que

Principio 7
Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados

Los Estados y las organizaciones internacionales deben, en su caso, incluir disposiciones acerca de la protección ambiental en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados. Tales disposiciones pueden incluir medidas preventivas, evaluaciones del impacto y medidas de restauración y de limpieza.

Comentario

1) El proyecto de principio 7 se ocupa de los acuerdos celebrados entre Estados, y entre Estados y organizaciones internacionales, sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados. La expresión "en relación con los conflictos armados" subraya el propósito del proyecto de principios: mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Por consiguiente, la disposición no se refiere a situaciones en que se desplieguen fuerzas militares sin relación alguna con un conflicto armado, dado que esas situaciones están fuera del alcance del tema.

2) El proyecto de principio se ha redactado en términos generales para hacer referencia a "acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados". La designación y la finalidad específicas de tales acuerdos pueden variar y, según las circunstancias de cada caso, incluir acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones. El propósito del proyecto de principio es reflejar la reciente tendencia de los Estados y las organizaciones internacionales, que han comenzado a abordar cuestiones relacionadas con la protección ambiental en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares celebrados con los Estados anfitriones[1129]. El empleo de "deben" indica que esta disposición no es de carácter obligatorio, sino que tiene por objeto reconocer y alentar esa tendencia.

3) Entre los ejemplos de disposiciones ambientales en acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados figura el acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq sobre la retirada de los Estados Unidos del Iraq, que contiene una disposición expresa sobre la protección del medio ambiente[1130]. Otro ejemplo es el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y el Afganistán, en el que las partes convienen en aplicar un enfoque preventivo para la protección del medio ambiente[1131]. En el acuerdo sobre el estatuto de las misiones en

obligan a los Estados a obtener el "consentimiento libre, informado y previo [de los pueblos indígenas], según sus costumbres y tradiciones". Véase el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 172, 28 de noviembre de 2007, párr. 134.

1129 El Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto de las fuerzas dirigidas por la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia (*Diario Oficial* L 082, 29/03/2003, págs. 46 a 51, anexo; en adelante, "acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para la operación *Concordia*"), art. 9, preveía la obligación de respetar las normas internacionales relativas, entre otras cosas, al uso sostenible de los recursos naturales. Véase el Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto de las fuerzas dirigidas por la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia, que puede consultarse en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0329(01) (consulta realizada el 7 de mayo de 2018).

1130 Agreement between the United States of America and the Republic of Iraq on the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during their Temporary Presence in Iraq (Bagdad, 17 de noviembre de 2008), art. 8 (en adelante, "Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq"). Puede consultarse en www.state.gov/documents/organization/122074.pdf.

1131 Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO personnel conducting mutually agreed NATO-led activities in Afghanistan (Acuerdo entre la Organización del Tratado del Atlántico Norte y la República Islámica del Afganistán relativo al Estatuto de las Fuerzas y el Personal de la OTAN que Lleven a Cabo Actividades Mutuamente Convenidas Dirigidas por la OTAN en el Afganistán) (Kabul, 30 de septiembre de 2014), *International Legal Materials*, vol. 54, págs. 272 a 305, art. 5, párr. 6, art. 6, párr. 1, y art. 7, párr. 2.

el marco de la Política Europea de Seguridad y Defensa también se hacen varias referencias a obligaciones ambientales[1132]. La práctica convencional pertinente comprende asimismo el acuerdo entre Alemania y otros Estados de la OTAN, en que se afirma que se identificarán, analizarán y evaluarán los posibles efectos ambientales, a fin de evitar una carga ambiental[1133]. Además, el memorando de entendimiento especial entre los Estados Unidos de América y la República de Corea contiene varias disposiciones sobre la protección del medio ambiente[1134]. También cabe mencionar las disposiciones aplicables a la presencia de fuerzas armadas extranjeras en un país durante períodos breves para la realización de maniobras, el tránsito por tierra o la capacitación[1135].

4) Asimismo puede hacerse referencia a otros acuerdos, incluidos los relativos a la presencia de fuerzas militares cuya relación con los conflictos armados es menos clara, como el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre los Estados Unidos y Australia, que contiene una disposición relevante sobre reclamaciones por daños[1136], y el acuerdo de cooperación reforzada en materia de defensa entre los Estados Unidos y Filipinas, que contiene disposiciones con las que se trata de prevenir daños al medio ambiente y prevé un proceso de examen[1137].

5) El proyecto de principio también contiene una lista no exhaustiva de disposiciones sobre la protección del medio ambiente que pueden incluirse en acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados. Así, en la segunda oración del proyecto de principio se mencionan "medidas preventivas, evaluaciones del impacto y medidas de restauración y de limpieza" como ejemplos de lo que pueden abordar las disposiciones de protección del medio ambiente. Existe el riesgo de que la presencia de fuerzas militares tenga repercusiones negativas en el medio ambiente[1138]. Para evitar en lo posible esas repercusiones negativas, las medidas de carácter preventivo revisten gran importancia. Es necesario realizar evaluaciones del impacto para determinar el tipo de

---

1132 Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo al estatuto del personal militar y civil destacado en las Instituciones de la Unión Europea, de los cuarteles generales y de las fuerzas que pueden ponerse a disposición de la Unión Europea en el marco de la preparación y ejecución de las operaciones previstas en el apartado 2 del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea, incluidos los ejercicios, y del personal civil y militar de los Estados miembros puesto a disposición de la Unión Europea para que actúe en ese contexto (EU-SOFA) (Bruselas, 17 de noviembre de 2003). Puede consultarse en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A42003A1231%2801%29 (consulta realizada el 7 de mayo de 2018).

1133 Agreement to Supplement the Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces with respect to Foreign Forces stationed in the Federal Republic of Germany (Bonn, 3 de agosto de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 481, núm. 6986, pág. 329, modificado por los acuerdos de 21 de octubre de 1971 y 18 de marzo de 1993 (en adelante, "Acuerdo entre la OTAN y Alemania"), art. 54A. Véase también el Acuerdo entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo a la condición de las fuerzas, de 19 de junio de 1951, art. XV.

1134 Memorandum of Special Understandings on Environmental Protection, celebrado entre los Estados Unidos y la República de Corea (Seúl, 18 de enero de 2001) (en adelante, "Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea"). Puede consultarse en http://www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12_MOSU.Environmental.Protection.pdf.

1135 Véase, por ejemplo, Memorandum of Understanding between Finland and NATO regarding the provision of host nation support for the execution of NATO operations/exercises/similar military activity (4 de septiembre de 2014), que puede consultarse en www.defmin.fi/files/2898/HNS_MOU_FINLAND.pdf, referencia HE 82/2014. De conformidad con el artículo 5.3 g), los países de envío deben seguir la reglamentación ambiental de la nación anfitriona, así como cualquier normativa de esta sobre el almacenamiento, traslado o eliminación de materiales peligrosos.

1136 Agreement Concerning the Status of United States Forces in Australia (Canberra, 9 de mayo de 1963), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 469, núm. 6784, pág. 55 (en adelante, "Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia"), art. 12, párr. 7 e) i).

1137 Agreement between the Philippines and the United States on enhanced defense cooperation (Quezon City, 28 de abril de 2014) (en adelante, "Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas"). Puede consultarse en www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/.

1138 Véase, por ejemplo, D. L. Shelton e I. Cutting, "If you break it, do you own it?", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 6 (2015), págs. 201 a 246, en especial págs. 210 y 211, y J. Taylor, "Environment and security conflicts: The U.S. Military in Okinawa", *The Geographical Bulletin*, vol. 48 (2007), págs. 6 y 7.

medidas de restauración y limpieza que puedan resultar necesarias cuando la presencia de fuerzas militares llegue a su fin.

6) Las medidas a que se hace referencia en el proyecto de principio pueden abordar diversos aspectos relevantes. Algunos ejemplos concretos que merecen una mención particular y que se reflejan en la práctica convencional son el reconocimiento de la importancia que tiene la protección del medio ambiente, que incluye la prevención de la contaminación en las instalaciones y zonas cedidas al Estado que realiza el despliegue[1139]; el entendimiento de que el acuerdo se aplicará de manera compatible con la protección del medio ambiente[1140]; la cooperación y el intercambio de información entre el Estado anfitrión y el Estado de envío con respecto a cuestiones que puedan afectar al medio ambiente y la salud de los ciudadanos[1141]; las medidas para prevenir daños al medio ambiente[1142]; las evaluaciones periódicas del desempeño ambiental[1143]; los procesos de examen[1144]; la aplicación de la legislación ambiental del Estado anfitrión[1145] o, de manera similar, el compromiso del Estado que realiza el despliegue de respetar la legislación, la normativa y las disposiciones ambientales del Estado anfitrión[1146]; la obligación de respetar las normas internacionales sobre el uso sostenible de los recursos naturales[1147]; la adopción de medidas de restauración cuando no se puedan evitar repercusiones negativas[1148], y la regulación de las reclamaciones por daños ambientales[1149].

7) La expresión “en su caso” apunta a dos consideraciones diferentes. En primer lugar, los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados se celebran en ocasiones en circunstancias de urgencia en que tal vez no sea posible abordar cuestiones asociadas a la protección del medio ambiente. En segundo lugar, a veces puede ser especialmente importante que el acuerdo contenga disposiciones sobre la protección del medio ambiente. Un ejemplo puede darse cuando una zona protegida corre el riesgo de verse afectada por la presencia de fuerzas militares. Así pues, la expresión “en su caso” permite matizar esta disposición y abarcar distintas situaciones.

Principio 8
Operaciones de paz

Los Estados y las organizaciones internacionales que participen en operaciones de paz en relación con un conflicto armado considerarán los efectos de esas operaciones sobre el medio ambiente y adoptarán medidas apropiadas para prevenir, mitigar y remediar las consecuencias ambientales negativas que se deriven.

Comentario

1) Las operaciones de paz pueden estar relacionadas con los conflictos armados de múltiples maneras. Antes, muchas operaciones de paz se desplegaban cuando cesaban las hostilidades y se firmaba un acuerdo de paz[1150]. Como señaló el Grupo Independiente de

[1139] Véase el Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.
[1140] Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq, art. 8.
[1141] Véase el Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.
[1142] Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas, art. IX, párr. 3, y el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A.
[1143] Estas evaluaciones permitirían determinar y evaluar los aspectos ambientales de la operación y pueden ir acompañadas de un compromiso para planificar, programar y presupuestar la atención de esas necesidades en consecuencia, como en el caso del Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.
[1144] Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas, art. IX, párr. 2.
[1145] Véanse el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A, y el Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia, art. 12, párr. 7 e) i).
[1146] Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq, art. 8.
[1147] Como en el art. 9 del Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para la operación *Concordia*.
[1148] Véase el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A.
[1149] Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 41, y Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia, art. 12, párr. 7 e) i).
[1150] Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz: aunar nuestras ventajas en pro de la paz – política, alianzas y personas (en A/70/95-S/2015/446), párr. 23.

Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz, actualmente muchas misiones operan en entornos donde no existe ese tipo de acuerdos políticos o en que han fracasado los intentos de establecerlos[1151]. Además, las misiones modernas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas son multidimensionales y prevén todo un abanico de actividades de consolidación de la paz que van desde establecer entornos seguros hasta vigilar la situación de los derechos humanos o reconstruir la capacidad de un Estado[1152]. Los mandatos también incluyen la protección de los civiles[1153]. El proyecto de principio 8 tiene por objeto abarcar todas las operaciones de paz que pueden guardar relación con las diversas partes o aspectos de un conflicto armado, y cuyo carácter temporal puede variar.

2) La expresión "en relación con los conflictos armados" delimita el ámbito de aplicación del proyecto de principio. Deja clara la relación con los conflictos armados para que las obligaciones no se interpreten de manera demasiado amplia (es decir, para que no sean potencialmente aplicables a todas las actuaciones de una organización internacional relacionadas con la promoción de la paz). Si bien el término debe entenderse desde una perspectiva amplia en el contexto del proyecto de principio, se reconoce que no todas esas operaciones tienen un vínculo directo con los conflictos armados.

3) El presente proyecto de principio se refiere a las operaciones de paz en relación con conflictos armados en que participan Estados y organizaciones internacionales y en que pueden tomar parte grupos de múltiples actores. Todos esos actores tendrán algún efecto en el medio ambiente. Por ejemplo, el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno reconocen los daños que las operaciones de mantenimiento de la paz pueden ocasionar en el medio ambiente local[1154].

4) El impacto ambiental de una operación de paz puede producirse desde la fase de planificación hasta la fase posterior a la operación, pasando por la fase operacional. El objetivo deseado que se busca es que, en las operaciones de paz, las actividades se realicen de manera que su impacto en el medio ambiente se reduzca al mínimo. Por tanto, el proyecto de principio se centra en las actividades que deben llevarse a cabo en los casos en que el medio ambiente se vea afectado negativamente por una operación de paz. Al mismo tiempo, se entiende que las medidas "apropiadas" que deben adoptarse pueden variar en relación con el contexto de la operación. Entre las consideraciones pertinentes cabe incluir, en particular, si esas medidas se refieren a la fase previa al conflicto armado, al desarrollo de este o a la fase posterior, y qué medidas son viables en las circunstancias del caso.

1151 *Ibid*.

1152 V. Holt y G. Taylor, *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges*, estudio independiente encargado conjuntamente por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.10.III.M.1), págs. 2 y 3.

1153 Véanse, por ejemplo, los siguientes mandatos de misiones dirigidas por las Naciones Unidas que figuran en resoluciones del Consejo de Seguridad: Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona (UNAMSIL) (1289 (2000)); Misión de Observación de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) (1291 (2000)); Misión de las Naciones Unidas en Liberia (UNMIL) (1509 (2003) y 2215 (2015)); Operación de las Naciones Unidas en Burundi (ONUB) (1545 (2004)); Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) (1542 (2004)); Operación de las Naciones Unidas en Côte d'Ivoire (ONUCI) (1528 (2004) y 2226 (2015)); Misión de las Naciones Unidas en el Sudán (UNMIS) (1590 (2005)); Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (UNAMID) (1769 (2007)); y Misión de las Naciones Unidas en la República Centroafricana y el Chad (MINURCAT) (1861 (2009)).

1154 Véase Naciones Unidas, Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, "DFS Environment Strategy" (2017). Se puede consultar en https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/171116_dfs_exec_summary_environment_0.pdf (consulta realizada el 8 de mayo de 2018). La estrategia se complementa con una política ambiental y directrices sobre el medio ambiente para las misiones de las Naciones Unidas sobre el terreno (véase la nota 1118 *supra*).

5) El proyecto de principio refleja el reconocimiento creciente, por parte de Estados y de organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, la Unión Europea[1155] y la OTAN[1156], de la necesidad de considerar el impacto ambiental de las operaciones de paz y de adoptar las medidas necesarias para prevenir, mitigar y remediar los efectos negativos. Por ejemplo, algunas misiones sobre el terreno de las Naciones Unidas cuentan con unidades ambientales encargadas de elaborar y aplicar políticas específicas para la misión y supervisar el respeto del medio ambiente[1157].

6) No existe una definición clara ni definitiva de "operación de paz" ni de "mantenimiento de la paz" en el derecho internacional vigente, y el actual proyecto de principio tiene por objeto abarcar ampliamente todas las operaciones de paz que estén relacionadas con los conflictos armados. En el Programa de Paz se destacaba que por "establecimiento de la paz" se entendían las medidas destinadas a lograr que las partes hostiles llegaran a un acuerdo, fundamentalmente por medios pacíficos[1158]; por "mantenimiento de la paz" se entendía el despliegue de una presencia de las Naciones Unidas sobre el terreno, con la participación de personal militar o policial y, frecuentemente, también de personal civil[1159]; mientras que la "consolidación de la paz" podía asumir la forma de proyectos de cooperación en una empresa de beneficio mutuo con objeto de aumentar la confianza fundamental para la paz[1160]. Para los fines de su informe, el Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz incluye una definición que abarca "una amplia selección de instrumentos […] de enviados especiales y mediadores; misiones políticas, incluidas misiones de consolidación de la paz; oficinas regionales de diplomacia preventiva; misiones observadoras, incluidas misiones de alto el fuego y electorales; a pequeñas misiones de especialización técnica, como las misiones de apoyo electoral; operaciones multidisciplinarias..."[1161]. Así pues, con el término "operaciones de paz" se pretende abarcar todos estos tipos de operaciones, así como operaciones más amplias que las de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, incluidas las de imposición de la paz y las de organizaciones regionales. No hay ninguna referencia en el texto a las operaciones de paz "multilaterales", ya que se consideró innecesario tratarlas expresamente en el proyecto de principio. No obstante, la interpretación general del término "operaciones de paz" es que se refiere a operaciones multilaterales.

7) Se ha utilizado "prevenir" en reconocimiento del hecho de que las operaciones de paz no son aisladas por naturaleza, y que, en la planificación de sus acciones, los actores deben planificar o fijarse como objetivo la reducción al mínimo de los efectos ambientales negativos. Mientras que la obligación de prevención exige que se adopten medidas en una etapa temprana, la noción de "mitigación" hace referencia a la reducción de los daños que ya se han producido. La noción de "remedio", a su vez, se ha utilizado en el mismo sentido que la de "medidas de reparación" en el proyecto de principio 2, y abarca cualquier medida que pueda adoptarse para restaurar el medio ambiente.

8) El proyecto de principio 8 es de índole claramente distinta de la del proyecto de principio 7 e impone obligaciones diferentes de las que figuran en este. Las operaciones de paz, a diferencia de los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados, no conllevan necesariamente la participación de fuerzas armadas o

[1155] Véase, por ejemplo, Unión Europea, "Military Concept on Environmental Protection and Energy Efficiency for EU-led Military Operations", 14 de septiembre de 2012, documento del SEAE 01574/12.

[1156] Véase, por ejemplo, OTAN, "Joint NATO doctrine for environmental protection during NATO-led military activities", 8 de marzo de 2018, documento NSO(Joint)0335(2018)EP/7141.

[1157] "El futuro de las operaciones de paz de las Naciones Unidas: aplicación de las recomendaciones del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz", informe del Secretario General (A/70/357-S/2015/682), párr. 129.

[1158] "Un programa de paz: diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz" (A/47/277-S/24111), párr. 20. Véase también el suplemento, un documento de posición del Secretario General con ocasión del cincuentenario de las Naciones Unidas (A/50/60-S/1995/1).

[1159] *Ibid*.

[1160] *Ibid*., párr. 56.

[1161] A/70/95-S/2015/446, párr. 18.

personal militar. Otros tipos de actores, como el personal civil y diversos tipos de especialistas, también pueden estar presentes y participar en esas operaciones. Asimismo, se pretende que el proyecto de principio 8 sea más amplio y tenga un alcance más general, y que se centre en las actividades de esas operaciones de paz.

9) Se entiende que el proyecto de principio también se refiere a los exámenes de las operaciones ya concluidas destinados a determinar, analizar y evaluar cualquier efecto perjudicial de esas operaciones sobre el medio ambiente. Se trataría de un ejercicio de "lecciones aprendidas" para evitar o reducir al mínimo los efectos negativos de futuras operaciones de paz sobre el medio ambiente y asegurar la no repetición de errores.

Principio 14
Procesos de paz

1. Las partes en un conflicto armado deben, en el contexto del proceso de paz, incluido en los acuerdos de paz cuando proceda, ocuparse de las cuestiones relativas a la restauración y la protección del medio ambiente dañado por el conflicto.

2. Las organizaciones internacionales pertinentes deben, cuando proceda, desempeñar un papel facilitador al respecto.

Comentario

1) El proyecto de principio 14 tiene por objeto reflejar la creciente tendencia a tener en cuenta las consideraciones ambientales en el contexto de los procesos de paz contemporáneos, entre otras formas mediante la regulación de las cuestiones ambientales en los acuerdos de paz.

2) La inclusión de la expresión "proceso de paz" en el proyecto de principio tiene como objetivo ampliar su ámbito de aplicación de modo que abarque el proceso de paz en su integridad, así como cualquier acuerdo de paz de carácter formal que se celebre[1162]. Los conflictos armados modernos llegan a su fin de muchas maneras que no necesariamente adoptan la forma de acuerdos de carácter formal. Por ejemplo, al final de un conflicto armado, se puede declarar un acuerdo de alto el fuego, un armisticio o una situación de paz *de facto* sin que haya acuerdo alguno. Los procesos de paz también pueden comenzar antes del fin efectivo de los conflictos armados. Por tanto, la celebración de un acuerdo de paz tan solo representa un aspecto que, de producirse, puede tener lugar varios años después del cese de las hostilidades. Por ello, y a fin de evitar cualquier laguna temporal, se ha empleado la expresión "en el contexto del proceso de paz". La conclusión de un proceso de paz a menudo implica varias etapas y la aprobación de una serie de instrumentos.

3) Se utiliza la expresión "[l]as partes en un conflicto armado" en el párrafo 1 para indicar que la disposición abarca los conflictos armados internacionales y no internacionales. Esto se ajusta al entendimiento general de que los proyectos de principio son de aplicación a los conflictos armados internacionales y no internacionales.

4) Se ha utilizado "deben" a fin de reflejar el valor normativo de la obligación, si bien reconociendo también que esta no se corresponde con ninguna obligación jurídica existente.

5) El proyecto de principio está redactado en términos generales para dar cabida a la amplia variedad de situaciones que pueden darse tras un conflicto armado. La situación del

[1162] La base de datos de acuerdos de paz de las Naciones Unidas, una "herramienta de referencia que pone al alcance de los profesionales del establecimiento de la paz cerca de 800 documentos que pueden entenderse en sentido amplio como acuerdos de paz y materiales conexos", contiene una amplia variedad de documentos, como "acuerdos y subacuerdos de paz formales, así como acuerdos y documentos más informales como declaraciones, comunicados, declaraciones públicas conjuntas fruto de conversaciones oficiosas, actas de reuniones pactadas entre las partes, intercambios de cartas y documentos finales fundamentales de algunas conferencias internacionales o regionales [...]. La base de datos también contiene una selección de normativa, leyes y decretos que constituyen un acuerdo entre las partes o que fueron el resultado de unas negociaciones de paz". También se incluye una selección de resoluciones del Consejo de Seguridad. Puede consultarse la base de datos en http://peacemaker.un.org/document-search.

medio ambiente después de un conflicto armado puede variar enormemente en función de varios factores[1163]. En algunos casos, el medio ambiente puede haber sufrido graves y serios daños inmediatamente visibles que pueden tener que ser reparados con carácter urgente, mientras que en otros el daño que el medio ambiente ha sufrido puede no ser tan importante como para justificar una restauración urgente[1164]. Algunos daños ambientales pueden no ser visibles hasta que hayan transcurrido meses o incluso años desde el fin del conflicto armado.

6) El proyecto de principio tiene por objeto abarcar todos los acuerdos de paz de carácter formal, así como otros instrumentos o acuerdos celebrados o aprobados en cualquier momento en el transcurso del proceso de paz, ya sea entre dos o más Estados, entre Estados y grupos armados no estatales o entre dos o más grupos armados no estatales. Estos acuerdos e instrumentos pueden adoptar distintas formas, como subacuerdos de acuerdos de paz de carácter formal, acuerdos informales, declaraciones, comunicados, declaraciones públicas conjuntas fruto de conversaciones oficiosas y actas de reuniones pactadas entre las partes, así como normativas, leyes y decretos relevantes que constituyan un acuerdo entre las partes o que sean el resultado de negociaciones de paz[1165].

7) Algunos acuerdos de paz modernos contienen disposiciones ambientales[1166]. Entre las disposiciones ambientales que se han incluido en los instrumentos celebrados durante

---

[1163] Por ejemplo, la intensidad y la duración del conflicto, así como las armas utilizadas, pueden influir en la magnitud de los daños ambientales causados en un conflicto armado particular.

[1164] Como ejemplos conocidos de daños ambientales causados en un conflicto armado pueden mencionarse los daños ocasionados a raíz del uso de agente naranja en Viet Nam por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos o la quema de pozos petrolíferos en Kuwait por parte de las tropas iraquíes en la Guerra del Golfo, que están bien documentados. También se han documentado casos de daños ambientales, de diferente gravedad, en otros conflictos armados, como los conflictos en Colombia y en la República Democrática del Congo, el Iraq y Siria. Véanse PNUMA Colombia, puede consultarse en www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post (consultado el 9 de mayo de 2018); PNUMA, "Post-conflict environmental assessment of the Democratic Republic of the Congo", puede consultarse en https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_DRC_PCEA_EN.pdf (consultado el 9 de mayo de 2018); PNUMA, "Post-conflict environmental assessment, clean-up and reconstruction in Iraq", puede consultarse en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado el 9 de mayo de 2018); y "Lebanon Environmental Assessment of the Syrian Conflict" (con el apoyo del PNUMA y la Unión Europea), puede consultarse en www.undp.org/content/dam/lebanon/docs/Energy%20and%20Environment/Publications/EASC-WEB.pdf (consultado el 9 de mayo de 2018). Véase también International Law and Policy Institute, "Protection of the natural environment in armed conflict: an empirical study" (Oslo, 2014), págs. 34 a 40.

[1165] Véase C. Bell, "Women and peace processes, negotiations, and agreements: operational opportunities and challenges", Norwegian Peacebuilding Resource Centre, reseña de políticas, marzo de 2013, puede consultarse en http://noref.no dentro del apartado "Publications", pág. 1.

[1166] Estos instrumentos son suscritos predominantemente en conflictos armados no internacionales por un Estado y un actor no estatal y se enmarcan en esta categoría los siguientes: el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (Acuerdo de Chapultepec) (Ciudad de México, 16 de enero de 1992), A/46/864, anexo, cap. II; el Acuerdo Provisional de Paz y Gobierno Autónomo en Kosovo (Acuerdos de Rambouillet), S/1999/648, anexo; el Acuerdo de Arusha para la Paz y la Reconciliación en Burundi (Arusha, 28 de agosto de 2000), puede consultarse en http://peacemaker.un.org/node/1207, Protocolo III, pág. 62, art. 12, párr. 3 e), y Protocolo IV, pág. 81, art. 8 h); el Acta Final de las negociaciones políticas intercongoleñas (Sun City, 2 de abril de 2003), puede consultarse en http://peacemaker.un.org/drc-suncity-agreement2003, resolución núm. DIC/CEF/03, págs. 40 y 41, y resolución núm. DIC/CHSC/03, págs. 62 a 65; el Acuerdo General de Paz entre el Gobierno de la República del Sudán y el Movimiento/Ejército de Liberación del Pueblo del Sudán, puede consultarse en http://peacemaker.un.org/node/1369, cap. V, pág. 71, y cap. III, pág. 45, que establecen como principios rectores que "se han de seguir las mejores prácticas conocidas en la utilización sostenible y el control de los recursos naturales" (párr. 1.10) – se pueden encontrar más disposiciones sobre los recursos petrolíferos en los párrafos 3.1.1 y 4; el Acuerdo de Paz de Darfur (Abuya, 5 de mayo de 2006), puede consultarse en http://peacemaker.un.org/node/535, cap. 2, pág. 21, art. 17, párr. 107 g) y h), y pág. 30, art. 20; el Acuerdo sobre Soluciones Generales entre Uganda y el Ejército/Movimiento de Resistencia del Señor (Yuba, 2 de mayo de 2007), puede consultarse en https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/

procesos de paz o en acuerdos de paz figuran, por ejemplo, las que obligan a las partes a cooperar en cuestiones ambientales o las alientan a hacerlo y las disposiciones que establecen en detalle la autoridad responsable de los asuntos relacionados con el medio ambiente, como la prevención de los delitos ambientales y la aplicación de las leyes y la normativa nacionales en materia de recursos naturales, así como el uso compartido de los recursos comunales[1167]. El presente proyecto de principio tiene por objeto alentar a las partes a contemplar la posibilidad de incluir ese tipo de disposiciones en los acuerdos.

8) El párrafo 2 tiene por finalidad alentar a las organizaciones internacionales pertinentes a tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando actúen como facilitadoras en los procesos de paz. La formulación del párrafo pretende ser lo suficientemente amplia como para abarcar las situaciones en las que se hayan aprobado resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al amparo del Capítulo VII, así como las situaciones en las que las organizaciones internacionales pertinentes desempeñen un papel facilitador con el consentimiento del Estado en cuestión o las partes de que se trate en un conflicto armado determinado.

9) El párrafo 2 hace referencia a las "organizaciones internacionales pertinentes" para indicar que no todas las organizaciones están preparadas para abordar esta cuestión concreta. Las organizaciones consideradas pertinentes en el contexto de este proyecto de principio incluyen aquellas a las cuales se ha reconocido un papel importante en los procesos de paz de varios conflictos armados en el pasado, como, entre otras, las Naciones Unidas y sus órganos en particular, así como la Unión Africana, la Unión Europea, la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental y la Organización de los Estados Americanos[1168]. El proyecto de principio también incluye la expresión "cuando proceda" para reflejar que la participación de las organizaciones internacionales a estos efectos no siempre es necesaria o deseada por las partes.

files/UG_070502_AgreementComprehensiveSolutions.pdf, párr. 14.6, y el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona (Lomé, 7 de julio de 1999), S/1999/777, anexo, art. 7.

[1167] Acuerdo de Chapultepec, cap. II. Se pueden encontrar más disposiciones en el artículo 13 del anexo II del Acuerdo de Paz; en ellas se estipula que la División del Medio Ambiente de la Policía Nacional Civil "se encargará de prevenir y combatir los delitos y faltas contra el medio ambiente". El Acuerdo de Arusha para la Paz y la Reconciliación en Burundi, Protocolo III, pág. 62, art. 12, párr. 3 e), y pág. 81, art. 8 h), contiene varias referencias a la protección del medio ambiente, una de las cuales estipula que una de las misiones de los servicios de inteligencia es detectar lo antes posible toda amenaza para el entorno ecológico del país. Asimismo, afirma que la política de distribución o asignación de nuevas tierras ha de tener en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente y gestionar el sistema hídrico del país mediante la protección de los bosques.

[1168] Las Naciones Unidas han actuado como facilitador en numerosos conflictos armados, como los conflictos armados en Angola, Libia, Mozambique y la República Democrática del Congo. Las organizaciones regionales también han desempeñado un papel facilitador en los procesos de paz de todo el mundo. Por ejemplo, la Unión Africana ha participado en aspectos de los procesos de paz en lugares como las Comoras, Côte d'Ivoire, Guinea-Bissau, Liberia y Somalia. Véase Chatham House, Africa Programme, "The African Union's role in promoting peace, security and stability: from reaction to prevention?", resumen de la reunión, puede consultarse en www.chathamhouse.org/, pág. 3. La Organización de los Estados Americanos participó, entre otros, en los procesos de paz en el Estado Plurinacional de Bolivia y Colombia. Véase P. J. Meyer, "Organization of American States: background and issues for Congres" (Congressional Research Service, 2014), puede consultarse en www.fas.org, pág. 8. Véase también Unión Africana y Centre for Humanitarian Dialogue, *Managing Peace Processes: Towards more inclusive processes*, vol. 3 (2013), pág. 106. La Unión Europea ha participado, entre otros, en procesos de paz en conflictos armados en el Oriente Medio e Irlanda del Norte. Véase también Suiza, Departamento Federal de Asuntos Internacionales, "Mediation and facilitation in today's peace processes: centrality of commitment, coordination and context", exposición de Thomas Greminger en un retiro de la Organización Internacional de la Francofonía, 15 a 17 de febrero de 2007, puede consultarse en www.swisspeace.ch/, dentro del apartado "Publications".

Principio 15
Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado

Se alienta la cooperación entre los actores pertinentes, incluidas las organizaciones internacionales, en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

Comentario

1) El propósito del proyecto de principio 15 es alentar a los actores pertinentes a que cooperen a fin de que se puedan llevar a cabo evaluaciones ambientales y aplicar medidas de reparación en situaciones posteriores a un conflicto. El proyecto de principio está estrechamente vinculado al proyecto de principio 8.

2) La referencia a los "actores pertinentes" comprende actores tanto estatales como no estatales. No solo los Estados, sino también una amplia gama de actores, incluidas las organizaciones internacionales y los actores no estatales, tienen un papel que desempeñar en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación. La expresión s"e alienta" tiene carácter exhortativo y ha de considerarse un reconocimiento de la escasez de práctica en este ámbito.

3) El término "evaluación ambiental" difiere del de "evaluación del impacto ambiental", que se suele llevar a cabo *ex ante* como medida de prevención[1169]. Estas otras evaluaciones desempeñan una importante función en la preparación y aprobación de planes, programas, políticas y legislación, según proceda. Son procesos en los que se pueden evaluar los efectos ambientales probables, también para la salud, de un plan o programa[1170].

4) Este es el contexto en el que la evaluación ambiental posterior a un conflicto ha surgido como instrumento para incorporar las consideraciones ambientales en los planes de desarrollo de la fase posterior al conflicto. Estas evaluaciones suelen tener como objetivo identificar los principales riesgos ambientales para la salud, los medios de vida y la seguridad, y presentar a las autoridades nacionales recomendaciones sobre el modo de abordarlos[1171]. La evaluación ambiental posterior a un conflicto pretende atender varias necesidades y procesos de políticas que, en función de los requisitos, difieren en alcance, objetivo y enfoque[1172]. Estas evaluaciones ambientales posteriores a un conflicto, llevadas a cabo a petición de un Estado, pueden adoptar la forma de: a) una evaluación de las necesidades[1173], b) una evaluación cuantitativa de los riesgos[1174], c) una evaluación

[1169] Véase, por ejemplo, el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309.

[1170] Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente del Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, puede consultarse en www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf.

[1171] "Post-crisis environmental assessment", puede consultarse en http://drustage.unep.org/disastersandconflicts/what-we-do/preparedness-response/post-crisis-environmental-assessment.

[1172] D. Jensen, "Evaluating the impact of UNEP's post conflict environmental assessments", *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Jensen y S. Lonergan (eds.), puede consultarse en https://environmentalpeacebuilding.org/assets/Documents/LibraryItem_000_Doc_061.pdf, pág. 18.

[1173] La evaluación de las necesidades y el estudio de la documentación pueden llevarse a cabo en el transcurso de un conflicto o con posterioridad a este, a partir de una recopilación de información secundaria preexistente sobre las tendencias ambientales y la gestión de los recursos naturales, así como los problemas de las fuentes internacionales y nacionales. Esta información, con limitadas visitas de verificación sobre el terreno, es recopilada posteriormente en un informe en el que se intenta identificar y priorizar las necesidades ambientales. *Ibid*., págs. 18 y 19.

[1174] Las evaluaciones cuantitativas de los riesgos, que conllevan visitas sobre el terreno, análisis de laboratorio e imágenes satelitales, se centran en el impacto ambiental directo de los conflictos ocasionado por los bombardeos y la destrucción de edificios, zonas industriales e infraestructuras públicas. *Ibid.*, págs. 19 y 20.

estratégica[1175] o d) una evaluación integral[1176]. La evaluación integral de Rwanda, por ejemplo, conllevó una evaluación y una valoración periciales de carácter científico que abarcaron una serie de actividades, como la definición del alcance, el estudio de la documentación, el trabajo de campo, la recogida de muestras ambientales, la modelización a partir de sistemas de información geográfica, la elaboración de análisis e informes y la celebración de consultas nacionales. Se reconoce que los conflictos a menudo tienen repercusiones ambientales, directas o indirectas, que afectan a la salud humana y a los medios de vida, así como a los servicios ecosistémicos[1177].

5) Se alienta a llevar a cabo estas evaluaciones porque, si no se afrontan las repercusiones ambientales de los conflictos armados, es muy probable que puedan provocar más desplazamientos de población e inestabilidad socioeconómica, lo que socavaría la recuperación y la reconstrucción en las zonas que han atravesado un conflicto y desencadenaría un círculo vicioso[1178].

6) A fin de armonizar el texto con otros proyectos de principio, en particular el proyecto de principio 2, se utilizan las palabras "de reparación" en el presente principio, aun cuando el término "recuperación" se emplea más en la práctica. Una vez completada la evaluación, hay que asegurarse de que se pongan en marcha programas de recuperación ambiental con objeto de reforzar la labor de las autoridades ambientales nacionales y locales, rehabilitar los ecosistemas, mitigar los riesgos y asegurar la utilización sostenible de los recursos en el contexto de los planes de desarrollo del Estado en cuestión[1179]. La expresión "medidas de reparación" tiene un alcance más limitado que "recuperación".

Principio 16
Restos de guerra

1. Después de un conflicto armado, las partes en el conflicto se ocuparán de eliminar o inutilizar los restos de guerra tóxicos y peligrosos bajo su jurisdicción o control que estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente. Tales medidas se adoptarán con sujeción a las normas de derecho internacional aplicables.

2. Las partes también se esforzarán por alcanzar un acuerdo, entre ellas y, cuando proceda, con otros Estados y con organizaciones internacionales, sobre asistencia técnica y material, incluida, en su caso, la realización de operaciones conjuntas para eliminar o inutilizar tales restos de guerra tóxicos y peligrosos.

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de cualquier derecho u obligación de derecho internacional de limpiar, eliminar, destruir o mantener campos de minas, zonas minadas, minas, minas trampa, artefactos explosivos y otros artefactos.

[1175] Las evaluaciones estratégicas valoran el impacto indirecto de las estrategias de supervivencia y respuesta de la población local y los problemas institucionales causados por el colapso de las estructuras de gobierno y las capacidades. Estos últimos suelen ser de larga duración. *Ibid.*, pág. 20.

[1176] Las evaluaciones integrales persiguen ofrecer una imagen detallada de cada uno de los sectores de los recursos naturales y las tendencias ambientales, los retos para la gobernanza y las necesidades de capacidad. A partir de consultas nacionales con los interesados, las evaluaciones integrales tratan de identificar prioridades y calcular los costos de las intervenciones necesarias a corto, medio y largo plazo. *Ibid.*, pág. 20.

[1177] DAC Network on Environment and Development Cooperation (ENVIRONET) del Comité de Asistencia para el Desarrollo, "Strategic environment assessment and post-conflict development SEA toolkit "(2010), pág. 4, puede consultarse en http://content-ext.undp.org/aplaws_publications/2078176/Strategic%20Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf.

[1178] *Ibid.*

[1179] PNUMA, "Disasters and Conflicts Programme", puede consultarse en www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/UNEP_conflict_and_disaster_brochure.pdf, pág. 3.

Comentario

1) El proyecto de principio 16 tiene por objeto reforzar la protección del medio ambiente en una situación posterior a un conflicto. Pretende asegurar que los restos de guerra tóxicos y peligrosos que causen o puedan causar daños al medio ambiente sean eliminados o inutilizados después de un conflicto armado. Este proyecto de principio abarca los restos de guerra tóxicos o peligrosos en tierra, así como los que han sido emplazados o vertidos en el mar, siempre que se encuentren bajo la jurisdicción o el control de una parte que intervino en el conflicto armado. Las medidas adoptadas han de atenerse a las normas de derecho internacional aplicables.

2) El párrafo 1 está redactado en términos generales. Los restos de guerra adoptan varias formas. No se trata únicamente de restos explosivos de guerra, sino también de otros materiales y objetos peligrosos. Algunos restos de guerra no son en absoluto peligrosos para el medio ambiente o pueden ser menos peligrosos si se mantienen en su ubicación una vez finalizado el conflicto[1180]. En otras palabras, eliminar los restos de guerra puede acarrear en algunas situaciones un mayor riesgo ambiental que dejarlos donde están. Por este motivo, el proyecto de principio contiene las palabras "o inutilizar", a fin de ilustrar que en algunas circunstancias puede ser apropiado no hacer nada o adoptar medidas distintas de la eliminación.

3) La obligación de "ocuparse de" es de comportamiento y guarda relación con "los restos de guerra tóxicos y peligrosos" que "estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente". Los términos "tóxicos" y "peligrosos" son utilizados a menudo cuando se hace referencia a restos de guerra que representan un peligro para los seres humanos o el medio ambiente, y se consideró apropiado usarlos aquí[1181]. El término "peligrosos" es algo más amplio que "tóxicos", en el sentido de que todos los restos de guerra que representan una amenaza para los seres humanos o el medio ambiente pueden ser considerados peligrosos, pero no todos son tóxicos. La expresión "restos de guerra tóxicos" no cuenta con una definición en derecho internacional, pero ha sido utilizada para describir toda sustancia tóxica o radiológica derivada de actividades militares que suponga un riesgo para los seres humanos y los ecosistemas[1182].

4) La referencia a "jurisdicción o control" pretende abarcar zonas dentro del control de hecho y de derecho incluso más allá del establecido por un vínculo territorial. El término "jurisdicción" pretende abarcar, además del territorio de un Estado, las actividades sobre las cuales, con arreglo al derecho internacional, un Estado está autorizado a ejercer su

[1180] Por ejemplo, así sucede a menudo con las armas químicas que se han vertido al mar. Véase T. A. Mensah, "Environmental damages under the Law of the Sea Convention", *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, J. E. Austin y C. E. Bruch (eds.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), págs. 226 a 249. La Chemical Munitions Search and Assessment (CHEMSEA) es un ejemplo de proyecto de cooperación entre los Estados bálticos, que está financiado en parte por la Unión Europea. Puede encontrarse información sobre el proyecto CHEMSEA en http://ec.europa.eu/regional_policy/en/projects/finland/chemsea-tacklesproblem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea. Véase también el sitio web de la Comisión para la Protección del Medio Marino del Báltico (Comisión de Helsinki) en www.helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-substances/sea-dumped-chemical-munitions.

[1181] Véase, para más información, CICR, "Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados", informe elaborado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2011, núm. CI/11/5.1.1 3, pág. 23.

[1182] Véase M. Ghalaieny, "Toxic harm: humanitarian and environmental concerns from military-origin contamination", documento de debate (proyecto Toxic Remnants of War, 2013), pág. 2. Véase también www.toxicremnantsofwar.info/new-trw-publication-toxic-harm-humanitarian-and-environmental-concerns-from-military-origin-contamination/. Para más información sobre los restos de guerra tóxicos, véase también Geneva Academy, *Weapons Law Encyclopedia*, puede consultarse en www.weaponslaw.org dentro del apartado "Glossary", que cita el CICR, "Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados", pág. 23. Véanse las intervenciones de Austria, Costa Rica, Irlanda y Sudáfrica ante la Primera Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones, que pueden consultarse en el portal PaperSmart en http://papersmart.unmeetings.org.

competencia y autoridad extraterritorialmente[1183]. El término “control” pretende abarcar situaciones en las que un Estado (o una parte en un conflicto armado) está ejerciendo control de hecho, aunque pueda carecer de jurisdicción de derecho[1184]. Por tanto, “se refiere a la capacidad real de controlar eficazmente actividades que no estén sujetas a la jurisdicción de un Estado”[1185].

5) El presente proyecto de principio persigue ser de aplicación a los conflictos armados internacionales y no internacionales. Por esta razón, el párrafo 1 habla de “las partes en el conflicto”. La expresión “parte en un conflicto” ha sido utilizada en varias disposiciones de tratados sobre el derecho de los conflictos armados en el contexto de los restos de guerra[1186]. Se consideró apropiado usar la expresión en el presente proyecto de principio, puesto que es previsible que puedan darse situaciones en las que haya restos de guerra tóxicos o peligrosos en una zona en la que el Estado no tenga pleno control. Por ejemplo, un actor no estatal puede tener control sobre un territorio en el que estén presentes restos de guerra tóxicos y peligrosos.

6) El párrafo 2 debe ser leído conjuntamente con el párrafo 1. Pretende fomentar la cooperación y la asistencia técnica entre las partes para inutilizar los restos de guerra a los que se hace referencia en el párrafo 1. Cabe señalar que el párrafo 2 no tiene por objeto imponer a las partes ninguna nueva obligación de derecho internacional para que cooperen. Sin embargo, es previsible que puedan darse situaciones en las que haya habido un conflicto armado y una parte no esté en condiciones de asegurar que se inutilicen los restos de guerra tóxicos y peligrosos. Por ello, se consideró valioso alentar a las partes a cooperar en tal sentido.

7) El párrafo 3 contiene una cláusula sin perjuicio cuya finalidad es que no haya incertidumbre con respecto a la primacía de las obligaciones convencionales o de derecho internacional consuetudinario existentes. Diversos tratados sobre el derecho de los conflictos armados regulan los restos de guerra, por lo que los diferentes Estados tienen distintas obligaciones en relación con esos restos[1187].

8) La expresión “limpiar, eliminar, destruir o mantener”, así como los restos de guerra específicos enumerados, a saber, “campos de minas, zonas minadas, minas, minas trampa, artefactos explosivos y otros artefactos”, fue elegida específicamente y proviene de los

[1183] Véase el párrafo 9) del comentario al proyecto de artículo 1 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98. Véase también la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo.

[1184] Párrafo 12) del comentario al proyecto de artículo 1, *ibid*.

[1185] A/CN.4/692, párr. 33. En cuanto al concepto de “control”, véase *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 54, párr. 118, donde se afirma que: “El hecho de que Sudáfrica ya no tenga título para administrar el Territorio no la exime de sus obligaciones y responsabilidades con arreglo al derecho internacional para con otros Estados respecto al ejercicio de sus facultades en relación con este Territorio. El control físico de un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, es la base de la responsabilidad del Estado por los actos que afectan a otros Estados”.

[1186] Véase, por ejemplo, el Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, así como el Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra, anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Protocolo V) (en adelante, “Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales”) (Ginebra, 3 de mayo de 1996), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2399, núm. 22495, pág. 100.

[1187] Véanse, por ejemplo, el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; el Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211; la Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008), *ibid.*, vol. 2688, núm. 47713, pág. 39, y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (Ginebra, 3 de septiembre de 1992), *ibid.*, vol. 1974, núm. 33757, pág. 45.

tratados sobre el derecho de los conflictos armados existentes a fin de que el párrafo se base en el derecho de los conflictos armados en su estado actual[1188].

9) Cabe señalar que, de manera deliberada, el proyecto de principio no se ocupa directamente de la cuestión de la responsabilidad o la reparación respecto de las víctimas. Esto es así porque la responsabilidad de limpiar, eliminar, destruir o mantener restos de guerra ya está regulada en cierta medida en el marco del derecho de los conflictos armados existente, al menos en el sentido de que determinados tratados identifican quién debe tomar medidas[1189]. El proyecto de principio se entiende sin perjuicio de la asignación de responsabilidad y las cuestiones relacionadas con la indemnización.

Principio 17
Restos de guerra en el mar

Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deben cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente.

Comentario

1) A diferencia del proyecto de principio 16, que es más amplio y aborda los restos de guerra de un modo más general, el proyecto de principio 17 se ocupa de la situación específica de los restos de guerra en el mar, incluidos los efectos duraderos en el entorno marino. El proyecto de principio 17 tiene valor añadido en la medida en que el proyecto de principio 16 únicamente se ocupa de los restos de guerra bajo la jurisdicción o el control de una de las partes que intervino en un conflicto armado, lo cual quiere decir que no es lo suficientemente amplio como para abarcar todos los restos de guerra en el mar. Este proyecto de principio fomenta expresamente la cooperación internacional para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente[1190].

[1188] Véase la redacción del Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, y la Convención sobre Municiones en Racimo.

[1189] Véase, por ejemplo, el artículo 3, párrafo 2, del Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales: “De conformidad con las disposiciones del presente Protocolo, cada Alta Parte Contratante o parte en un conflicto es responsable de todas las minas, armas trampa y otros artefactos que haya empleado, y se compromete a proceder a su limpieza, retirarlos, destruirlos o mantenerlos según lo previsto en el artículo 10 del presente Protocolo”. A su vez, el artículo 10, párrafo 2, dispone que: “Incumbe a las Altas Partes Contratantes y a las partes en un conflicto esa responsabilidad respecto de los campos de minas, las zonas minadas, las minas, las armas trampa y otros artefactos que se encuentren en zonas que estén bajo su control”. Asimismo, el artículo 3, párrafo 2, del Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales dispone que: “Tras el cese de las hostilidades activas y a la mayor brevedad posible, cada Alta Parte Contratante y parte en un conflicto armado procederá a la señalización y la limpieza, remoción o destrucción de los restos explosivos de guerra en los territorios afectados bajo su control”; Convención sobre Municiones en Racimo, artículo 4, párrafo 1: “Cada Estado parte se compromete a limpiar y destruir o asegurar la limpieza y destrucción de los restos de municiones en racimo ubicados en las áreas que se encuentren bajo su jurisdicción o control”; Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, artículo 5, párrafo 1: “Cada Estado parte se compromete a destruir, o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control”.

[1190] La necesidad de adoptar medidas de cooperación para valorar los efectos ambientales de los desechos de municiones químicas vertidas al mar y concienciar acerca de ellos está reconocida explícitamente por la Asamblea General desde 2010, en particular en su resolución 71/220. La resolución reafirma la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y recuerda varios instrumentos internacionales y regionales pertinentes. Observa asimismo la importancia de concienciar acerca de los efectos ambientales de los desechos de municiones químicas vertidas al mar e invita al Secretario General a recabar las opiniones de los Estados Miembros y las organizaciones internacionales y regionales pertinentes sobre las medidas de cooperación previstas en la resolución a fin de identificar los órganos intergubernamentales apropiados dentro de las Naciones Unidas para el ulterior examen y aplicación, según proceda, de dichas medidas.

2) Dada la naturaleza polifacética del derecho del mar, un Estado concreto podría tener soberanía, jurisdicción, soberanía y jurisdicción o ni soberanía ni jurisdicción, dependiendo del lugar en el que se ubicaran los restos[1191]. Por tanto, no resulta sorprendente que los restos de guerra en el mar planteen problemas jurídicos importantes[1192]. Por ejemplo, las partes en el conflicto armado pueden haber dejado de existir, el Estado ribereño puede no tener los recursos necesarios para que los restos de guerra en el mar no representen un peligro para el medio ambiente, el Estado ribereño puede no haber sido parte en el conflicto, pero pese a ello la cooperación de dicho Estado puede ser necesaria en la labor de eliminación de los restos. Otro problema previsible es que la parte que dejó los restos pudo no haber vulnerado las obligaciones que le incumbían en virtud del derecho internacional en el momento en que sucedió, si bien dichos restos constituyen ahora un riesgo ambiental.

3) Por consiguiente, el proyecto de principio 17 se refiere a los Estados en general, no solo a los que han participado en un conflicto armado. Tiene por objeto alentar a todos los Estados, así como a las organizaciones internacionales pertinentes[1193], a cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente. La referencia a las "organizaciones internacionales" viene acompañada del calificativo "pertinentes", dado que las cuestiones en juego suelen ser especializadas.

4) Se consideró apropiado utilizar "deben cooperar" en lugar de "deberán cooperar", más prescriptivo, dado que se trata de un ámbito en el que aún se está desarrollando la práctica. La cooperación es un elemento importante en materia de restos de guerra en el mar, puesto que los Estados ribereños afectados negativamente por dichos restos pueden no disponer de los recursos necesarios y, por ende, carecer de capacidad para que no representen un riesgo ambiental.

5) Hay varios modos en que los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes pueden cooperar para que los restos de guerra en el mar no supongan un riesgo ambiental. Por ejemplo, podrían estudiar las zonas marítimas y poner la información a disposición de los Estados afectados sin costo alguno, podrían ofrecer mapas con balizas y podrían facilitar información tecnológica y científica e información que permita determinar si los restos suponen un riesgo o pueden suponer un riesgo en el futuro.

6) Es cada vez mayor la concienciación sobre los efectos ambientales de los restos de guerra en el mar[1194]. Los peligros que representan para el medio ambiente los restos de guerra podrían conllevar daños colaterales significativos para la salud y la seguridad de las personas, especialmente de marineros y pescadores[1195]. La clara relación entre el peligro para el medio ambiente y la salud y seguridad públicas ha sido reconocida en varios instrumentos de derecho internacional y, por ello, se consideró particularmente importante

---

1191 Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3. Los restos de guerra podrían hallarse en las aguas territoriales, la plataforma continental, la zona económica exclusiva o en alta mar, y esto incidirá en los derechos y las obligaciones de los Estados.

1192 Véanse A. Lott, "Pollution of the Marine Environment by Dumping: Legal Framework Applicable to Dumped Chemical Weapons and Nuclear Waste in the Arctic Ocean", 1 Nordic Environmental Law Journal (2015), pág. 57, y W. Searle y D. Moody, "Explosive Remnants of War at Sea: Technical Aspects of Disposal", en *Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*, A. Westing (ed.) (Taylor & Francis, 1985).

1193 Por ejemplo, el proyecto CHEMSEA, puesto en marcha en 2011 como proyecto de cooperación entre los Estados bálticos y financiado en parte por la Unión Europea (véase nota 1180 *supra*).

1194 Véanse las resoluciones de la Asamblea General 65/149, de 20 de diciembre de 2010, y 68/208, de 20 de diciembre de 2013, y el documento A/68/258. Véase también Mensah, "Environmental damages under the Law of the Sea Convention", pág. 233.

1195 La Comisión para la Protección del Medio Marino del Báltico (Comisión de Helsinki), órgano rector del Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico, elaboró unas directrices para pescadores que encuentren municiones químicas vertidas al mar en una fase inicial. Para tener una visión general fácilmente accesible, véase el trabajo realizado por el James Martin Center for Nonproliferation Studies en www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at-sea/.

alentar a la cooperación entre los Estados y las organizaciones internacionales al objeto de que los restos de guerra en el mar no representen ningún peligro[1196].

7) El proyecto de principio 17 no trata de manera deliberada ninguna de las cuestiones relativas a la atribución de responsabilidad o la indemnización por daños relacionados con los restos de guerra en el mar. La determinación de la parte que tiene la obligación principal de velar por que los restos de guerra en el mar no supongan ningún riesgo para el medio ambiente es una cuestión muy compleja y delicada de definir, especialmente teniendo en cuenta la variada naturaleza jurídica del derecho del mar, que va de las aguas interiores a la alta mar.

Principio 18
Intercambio de información y acceso a esta

1. Para facilitar las medidas de reparación después de un conflicto armado, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes intercambiarán información relevante y permitirán el acceso a esta de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional.

2. Nada de lo previsto en el presente proyecto de principio obliga a un Estado o una organización internacional a intercambiar información esencial para la defensa o la seguridad nacionales o permitir el acceso a esta. No obstante, ese Estado o esa organización internacional cooperarán de buena fe para proporcionar tanta información como sea posible teniendo en cuenta las circunstancias.

Comentario

1) El proyecto de principio 18 se refiere en general a los “Estados”, pues este término es más amplio que “partes en un conflicto armado”. Los Estados que no sean parte en un conflicto armado pueden verse afectados como terceros Estados y pueden disponer de información pertinente y útil para la adopción de medidas de reparación que podría facilitarse convenientemente a otros Estados u organizaciones internacionales. Esta obligación es de aplicación a los Estados, aunque en otros proyectos de principio se hace referencia a los actores no estatales, y el proyecto de principios en su conjunto abarca los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

2) Si bien los Estados suelen ser los sujetos más pertinentes, el proyecto de principio también alude a las organizaciones internacionales, con el calificativo añadido de “pertinentes”. El término específico “defensa nacional” es de aplicación únicamente a los Estados. Para algunas organizaciones internacionales, los requisitos de confidencialidad también pueden afectar al alcance de la información que pueden intercambiar o a la cual pueden conceder acceso de buena fe[1197].

3) El proyecto de principio 18 consta de dos párrafos. El párrafo 1 se refiere a las obligaciones que pueden incumbir a los Estados y las organizaciones internacionales, en virtud del derecho internacional, de intercambiar información y permitir el acceso a esta

[1196] Existe un claro vínculo entre el peligro para el medio ambiente y la salud y la seguridad públicas. Véanse, por ejemplo, el artículo 55, párrafo 1, del Protocolo adicional I, que habla de la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados internacionales y prohíbe emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población; el artículo 1, párrafo 2, del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269, dispone que los efectos adversos para el medio ambiente incluyen: “los que afectan a la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras físicas, o a la interacción entre dichos factores; incluyen asimismo los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas resultantes de la alteración de estos factores.

[1197] Véase, por ejemplo, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Política sobre la Protección de Datos Personales de las Personas de Interés del ACNUR* (2015), puede consultarse en http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58aadc2b4.

para facilitar las medidas de reparación después de un conflicto armado. El párrafo 2 habla de las consideraciones de seguridad a las que puede supeditarse dicho acceso.

4) La expresión "de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional" refleja que los tratados contienen obligaciones que son relevantes en el contexto de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y pueden ser fundamentales para adoptar medidas de reparación después de un conflicto armado[1198] como, por ejemplo, llevar un registro de la ubicación de las minas terrestres. Se han enumerado anteriormente las obligaciones de intercambiar información que permita proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados y/o de dar acceso a ella. También resultan pertinentes el artículo 9, párrafo 2, titulado "Registro y utilización de información sobre campos de minas, zonas minadas, minas, armas trampa y otros artefactos" del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, y el artículo 4, párrafo 2, titulado "Registro, conservación y transmisión de la información", del Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

5) Asimismo, esta expresión refleja que las obligaciones de intercambiar información y/o permitir el acceso a ella que figuran en los tratados en cuestión suelen venir acompañadas de excepciones o límites respecto de los motivos por los cuales puede denegarse la divulgación de información. Estos motivos guardan relación, entre otras cosas, con la "defensa nacional y la seguridad pública" o con situaciones en las que la divulgación haría que fuera más probable que el entorno al cual se refiere dicha información fuera dañado[1199].

6) Mientras que la palabra "intercambiar" se refiere a la información facilitada por los Estados y las organizaciones internacionales en sus relaciones mutuas y como medio de cooperación, la expresión "permitir el acceso" hace referencia fundamentalmente al hecho de dar acceso a dicha información a, por ejemplo, personas, lo cual supone una relación más unilateral.

7) La obligación de intercambiar información relativa al medio ambiente y permitir el acceso a ella puede encontrarse en numerosas fuentes de derecho internacional, tanto a nivel mundial como regional.

8) Los orígenes del derecho al acceso a la información en el derecho internacional de los derechos humanos moderno pueden hallarse en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[1200], así como en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1201]. La observación general núm. 34 sobre el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el artículo 19, párrafo 2, debe ser interpretado en el sentido de que incluye un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos[1202].

9) Asimismo, se ha desarrollado un derecho a la información ambiental en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como se pone de manifiesto en el asunto *Guerra y otros c. Italia*[1203], en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que los demandantes tenían derecho a información ambiental en razón del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida familiar y la privacidad). También cabe hacer referencia a la directiva de la Unión Europea relativa al acceso del público a información medioambiental

[1198] Protocolo adicional I, art. 33; Primer Convenio de Ginebra, art. 16; Segundo Convenio de Ginebra, arts. 19 y 42; Tercer Convenio de Ginebra, art. 23, y Cuarto Convenio de Ginebra, art. 137.

[1199] Véanse la Convención de Aarhus, art. 4, párr. 3 b), y el Convenio para la Protección del Medio Marino del Nordeste Atlántico (París, 22 de septiembre de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2354, núm. 42279, pág. 67, art. 9, párr. 3 g). Véase también el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, artículo 5, párrafo 6 b).

[1200] Resolución 217 (III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

[1201] Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14531, pág. 3.

[1202] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011) sobre el artículo 19 (libertad de opinión y libertad de expresión), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/66/40 (Vol. I)), anexo V, párr. 18.

[1203] *Guerra and Others v. Italy*, 19 de febrero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.

y a una sentencia al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2011[1204]. Además del derecho a la privacidad, también ha servido de base para un derecho a la información ambiental el derecho a la libertad de expresión (como, por ejemplo, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* dirimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)[1205].

10) El principio 10 de la Declaración de Río de 1992 también dispone que las personas deberán tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente, incluida la información sobre los materiales que encierran peligro. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 sobre sociedades pacíficas e inclusivas, recientemente adoptado, exhorta a los Estados a que garanticen el acceso público a la información y protejan las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales[1206].

11) El artículo 2 de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) define "información(es) sobre el medio ambiente" como toda información que se refiera al estado de los elementos del medio ambiente, factores que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente y al estado de la salud y la seguridad de los seres humanos en la medida en que puedan ser alterados por dichos elementos[1207]. El artículo 4 de la Convención de Aarhus dispone que los Estados partes han de "pon[er] a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente". Este derecho conlleva necesariamente la obligación de los Estados de recabar dicha información ambiental a los efectos de ponerla a disposición del público en caso de que así se solicite.

12) La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se ocupa del acceso a la información en su artículo 6, en el que se señala que las partes "[p]romoverán y facilitarán, en el plano nacional y, según proceda, en los planos subregional y regional, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales y según su capacidad respectiva: [...] El acceso del público a la información sobre el cambio climático y sus efectos"[1208]. Asimismo, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica dispone que las partes han de promover y facilitar el acceso a la información sobre organismos vivos modificados[1209]. Tanto el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional[1210] como el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes[1211] contienen disposiciones sobre el acceso a la información. Igualmente, el artículo 18 del Convenio de Minamata sobre el Mercurio de 2013[1212] dispone que las partes "promoverá[n] y facilitará[n]" el acceso a esa información. El Acuerdo de París, recientemente celebrado, trata de un modo similar el acceso a la información en numerosos párrafos y artículos, por ejemplo como parte de la responsabilidad de los

[1204] Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso del público a la información medioambiental; *Office of Communications v. Information Commissioner*, asunto C-71/10, sentencia de 28 de julio de 2011.

[1205] *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 151 (2006).

[1206] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015.

[1207] Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) (Aarhus, Dinamarca, 25 de junio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2161, núm. 37770, pág. 447, art. 2.

[1208] Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30882, pág. 107.

[1209] Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 23.

[1210] Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional (Rotterdam, 10 de septiembre de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2244, núm. 39973, pág. 337, art. 15.

[1211] Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2256, núm. 40214, pág. 119, art. 10.

[1212] Puede consultarse el texto en https://treaties.un.org (*Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General*, cap. XXVII.17).

Estados de comunicar sus contribuciones determinadas a nivel nacional a la que se hace referencia en el artículo 4, párrafo 8, del Acuerdo, y en un sentido más general en relación con la educación y el acceso público a la información sobre el cambio climático en el artículo 12[1213].

13) De conformidad con la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África, las partes en ella han de hacer que la información sobre la desertificación sea "plena, abierta y prontamente asequible"[1214]. Del mismo modo, las Directrices de Bali disponen que se debe asegurar a toda persona un "acceso asequible, efectivo y oportuno a la información ambiental que poseen las autoridades públicas cuando así lo solicite"[1215].

14) En el régimen particular de la remoción de minas y restos de guerra con fines humanitarios, varios instrumentos contienen la obligación de facilitar información sobre el medio ambiente. Por ejemplo, las solicitudes de prórroga del plazo para completar la limpieza y la destrucción de restos de municiones en racimo presentadas con arreglo a la Convención sobre Municiones en Racimo deben exponer las posibles repercusiones ambientales y humanitarias de dicha prórroga[1216]. Del mismo modo, en relación con la destrucción de las municiones en racimo, ha de darse a conocer "la ubicación de todos los lugares donde tendrá lugar la destrucción y las normas aplicables [...] en materia de seguridad y medio ambiente"[1217]. Figuran obligaciones similares en la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción[1218]. También se puede hacer referencia a la Norma Internacional para la Acción contra las Minas 10.70, en la que se afirma, entre otras cosas, que las autoridades nacionales competentes en la lucha contra las minas deben transmitir información sobre los incidentes medioambientales significativos a las otras organizaciones de remoción de minas que formen parte del programa[1219].

15) En cuanto a la práctica de las organizaciones internacionales, la política ambiental para las misiones de las Naciones Unidas sobre el terreno de 2009 dispone que las misiones de mantenimiento de la paz han de designar un oficial ambiental responsable de facilitar información ambiental pertinente para las operaciones de la misión y tomar medidas para fomentar la concienciación sobre las cuestiones ambientales[1220]. La política también contiene la obligación de difundir y estudiar la información sobre el medio ambiente, lo que presupondría acceso a información que ciertamente pueda ser difundida y no sea, por ende, reservada.

16) Asimismo, las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares del Comité Internacional de la Cruz Roja contienen una disposición relativa a la protección de las

[1213] Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático sobre su 21er período de sesiones, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015, adición: decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes (FCCC/CP/2015/10/Add.1), decisión 1/CP.21, anexo.

[1214] Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (abierta a la firma, París, 14 de octubre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1954, núm. 33480, pág. 3, art. 16, también art. 19.

[1215] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Directrices para la Elaboración de Legislación Nacional sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, aprobadas por el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en su decisión SS/XI.5, parte A, de 26 de febrero de 2010. Pueden consultarse en www.unep.org, dentro del apartado "Resources".

[1216] Art. 4, párr. 6 h).

[1217] Art. 7 (medidas de transparencia), párr. 1 e).

[1218] Art. 5.

[1219] IMAS 10.70, 1 de octubre de 2007, "Safety and occupational health, protection of the environment", párr. 12.1 a), puede consultarse en www.mineactionstandards.org.

[1220] Naciones Unidas, Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, "Environmental Policy for UN Field Missions", 2009, párr. 23.5.

organizaciones[1221], que podrían incluir a las organizaciones ambientales que recaban datos al respecto como medio de contribuir a prevenir o reparar los daños al medio ambiente[1222].

17) En relación con las evaluaciones ambientales posteriores a los conflictos armados, cabe recordar que las directrices del PNUMA sobre la integración del medio ambiente en las evaluaciones de las necesidades con posterioridad a los conflictos incluyen una referencia a la importancia de la participación pública y el acceso a la información, dado que "la asignación y ordenación de los recursos naturales se llevan a cabo de manera *ad hoc*, descentralizada o informal" en los contextos posteriores a un conflicto[1223].

18) La obligación de *intercambiar información* y cooperar en este contexto está reflejada en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación[1224]. Asimismo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica contiene una disposición sobre el intercambio de información en su artículo 14, en el que se requiere que cada una de las partes contratantes, en la medida de lo posible y según proceda, promueva "la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes para la diversidad biológica de otros Estados o de zonas no sujetas a jurisdicción nacional, alentando la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales, según proceda"[1225]. Asimismo, el artículo 17 del Convenio exhorta a las partes a facilitar el intercambio de información pertinente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

19) Entre los anteriores trabajos de la Comisión pertinentes para este aspecto del proyecto de principio se encuentran los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (1999)[1226], los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)[1227], los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006)[1228] y los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008)[1229].

20) El párrafo 2 cumple un propósito similar en el contexto del proyecto de principio 18. La excepción a la obligación enunciada en el párrafo 1 tiene que ver con la información vital para la defensa nacional de un Estado o la seguridad de un Estado o una organización internacional. La excepción no es absoluta. En la segunda frase del párrafo se dispone que los Estados y las organizaciones internacionales han de proporcionar tanta información como sea posible habida cuenta de las circunstancias, mediante la cooperación de buena fe. El párrafo 2 se basa en las disposiciones de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. El artículo 31 de

---

[1221] CICR, Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, A/49/323, anexo, directriz 19, en la que se hace referencia al Cuarto Convenio de Ginebra, art. 63, párr. 2, y al Protocolo adicional I, arts. 61 a 67.

[1222] Cabe señalar que la directriz 19 remite a lo que dispongan los acuerdos especiales celebrados entre las partes o a la autorización concedida por una de ellas.

[1223] PNUMA, nota de orientación, *Integrating Environment in Post-Conflict Needs Assessments* (Ginebra, 2009), puede consultarse en http://postconflict.unep.ch/publications/environment_toolkit.pdf (como se hace referencia en el párrafo 144 y la nota 238 del documento A/CN.4/700).

[1224] Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 49* (A/51/49), vol. III, resolución 51/229, anexo, arts. 9, 11, 12, 14, 15, 16, 19, 30, 31 y 33, párr. 7.

[1225] Art. 14, párr. 1 c).

[1226] Resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, anexo, art. 18. Los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes se reproducen en el *Anuario …1999*, vol. II (segunda parte), párrs. 47 y 48.

[1227] Arts. 8, 12, 13, 14 y 17.

[1228] Resolución 61/36 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, anexo, principio 5. Los proyectos de principio y los comentarios correspondientes se reproducen en el *Anuario …2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67.

[1229] Resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo, arts. 8, 13, 15, 17 y 19. Los proyectos de artículo aprobados por la Comisión y los comentarios correspondientes se reproducen en el *Anuario..., 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 53 y 54.

la Convención dispone que los Estados del curso de agua no tienen la obligación de proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales, al tiempo que señala que la obligación de cooperar de buena fe sigue siendo de aplicación. Los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[1230] y los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos[1231] contienen una excepción similar.

21) El proyecto de principio 18 está estrechamente ligado a la obligación de cooperar, así como al proyecto de principio 15 relativo a las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

[1230] Art. 14.
[1231] Art. 19.

Capítulo X
La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

A. Introducción

219. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión decidió incluir el tema "La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Pavel Šturma[1232]. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 72/116, de 7 de diciembre de 2017, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

220. En ese mismo período de sesiones, la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/708), cuyo objetivo era exponer el enfoque que iba a adoptar con respecto al alcance y el resultado del tema y ofrecer un panorama de las disposiciones generales relacionadas con el mismo. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 a 4 que figuraban en el primer informe del Relator Especial. A continuación, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 y 2 aprobados provisionalmente por el Comité, que fue presentado a la Comisión únicamente a título informativo[1233].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

221. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/719), que examinó en sus sesiones 3431ª a 3435ª, celebradas del 17 al 24 de julio de 2018.

222. En su segundo informe, compuesto por cuatro partes, el Relator Especial abordaba en primer lugar algunas cuestiones de carácter introductorio, incluida la legalidad de la sucesión (primera parte). A continuación, examinaba las normas generales sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado, en particular con respecto a la atribución y a la diferencia entre violaciones de carácter continuo y violaciones que han concluido (segunda parte). Posteriormente, el Relator Especial analizaba ciertas categorías especiales de la sucesión de Estados en las obligaciones derivadas de la responsabilidad (tercera parte) y, por último, se refería al programa de trabajo futuro sobre el tema (cuarta parte). El Relator Especial proponía siete proyectos de artículo correspondientes a las cuestiones examinadas en la primera parte (proyecto de artículo 5), la segunda parte (proyecto de artículo 6) y la tercera parte (proyectos de artículo 7 a 11) de su segundo informe[1234].

[1232] En su 3354ª sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 68º período de sesiones (2016), sobre la base de la propuesta que figuraba en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/71/10)).

[1233] El informe provisional del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en la *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission*: http://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml.

[1234] El texto de los proyectos de artículo 5 a 11 propuestos por el Relator Especial en su segundo informe dice así:

> **Proyecto de artículo 5**
> **Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos**
>
> El presente proyecto de artículos se aplica únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Proyecto de artículo 6
Norma general

1. La sucesión de Estados no afecta a la atribución del hecho internacionalmente ilícito cometido antes de la fecha de la sucesión de Estados.

2. Si el Estado predecesor sigue existiendo, el Estado o el sujeto lesionados podrán, incluso después de la fecha de la sucesión, invocar la responsabilidad del Estado predecesor y reclamarle una reparación por el daño ocasionado por el hecho internacionalmente ilícito.

3. Esta norma se entenderá sin perjuicio de la posible atribución del hecho internacionalmente ilícito al Estado sucesor a raíz de la violación de una obligación internacional mediante un hecho de carácter continuo, si está vinculado por la obligación.

4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, el Estado o el sujeto lesionados podrán reclamar también, o exclusivamente, la reparación del daño ocasionado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor al Estado o los Estados sucesores, de conformidad con lo previsto en los proyectos de artículo siguientes.

Proyecto de artículo 7
Separación de partes de un Estado (secesión)

1. Con sujeción a las excepciones mencionadas en los párrafos 2 y 3, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor no pasarán al Estado sucesor en caso de secesión de una parte o partes del territorio de un Estado para formar uno o varios Estados, si el Estado predecesor sigue existiendo.

2. Si las circunstancias concretas así lo requieren, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor se transmitirán al Estado sucesor cuando el hecho haya sido llevado a cabo por un órgano de una división territorial del Estado predecesor que posteriormente se haya convertido en un órgano del Estado sucesor.

3. Si las circunstancias concretas así lo requieren, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor, cuando exista un vínculo directo entre el hecho o sus consecuencias y el territorio del Estado o los Estados sucesores, serán asumidas por el Estado predecesor y el Estado o los Estados sucesores.

4. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio del Estado predecesor o en un territorio sujeto a su administración se considerará un hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.

Proyecto de artículo 8
Estados de reciente independencia

1. Con sujeción a las excepciones mencionadas en el párrafo 2, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor no pasarán al Estado sucesor en caso de establecimiento de un Estado de reciente independencia.

2. Si el Estado de reciente independencia conviene en ello, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor podrán transmitirse al Estado sucesor. Podrán tomarse en consideración las circunstancias concretas cuando exista un vínculo directo entre el hecho o sus consecuencias y el territorio del Estado sucesor y cuando el anterior territorio dependiente tuviera autonomía sustantiva.

3. Se considerará un hecho del nuevo Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento de liberación nacional o de otra índole que logre establecer un Estado de reciente independencia.

Proyecto de artículo 9
Transferencia de una parte del territorio de un Estado

1. Con sujeción a las excepciones mencionadas en los párrafos 2 y 3, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor no pasarán al Estado sucesor cuando una parte del territorio del Estado predecesor pase a formar parte del territorio del Estado sucesor.

2. Si las circunstancias concretas así lo requieren, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor se transmitirán al Estado sucesor cuando el hecho haya sido llevado a cabo por un órgano de una división territorial del Estado predecesor que posteriormente se haya convertido en un órgano del Estado sucesor.

3. Si las circunstancias concretas así lo requieren, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor, cuando exista un vínculo directo

223. En su 3435ª sesión, celebrada el 24 de julio de 2018, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 5 a 11 que figuraban en el segundo informe del Relator Especial, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el debate en sesión plenaria.

224. En su 3443ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2018, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe oral provisional sobre el proyecto de artículo 1, párrafo 2, y los proyectos de artículo 5 y 6 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. El informe, que se presentó únicamente a título informativo, puede consultarse en el sitio web de la Comisión[1235].

225. En su 3451ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2018, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría un memorando con información sobre los tratados que pudieran ser pertinentes para su futura labor sobre el tema.

1. Presentación del segundo informe por el Relator Especial

226. El Relator Especial dijo que su segundo informe tenía en cuenta las observaciones de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los delegados de la Sexta Comisión. En relación con la norma general en que se basaba el tema de la sucesión en la responsabilidad, el Relator Especial señaló que una teoría general sobre la no sucesión no debía ser sustituida por otra similar que favoreciera la sucesión: era preciso adoptar un enfoque más flexible y realista. Si bien la coherencia con la labor anterior de la Comisión era importante, en especial en relación con la terminología, no era necesario seguir la misma estructura que la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978, y la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado de 1983. La labor anterior de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos era igualmente esencial.

227. A ese respecto, el Relator Especial señaló que la Comisión ya había codificado el complejo régimen jurídico de la responsabilidad del Estado en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1236], que reflejaban en gran medida el derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, los principios y normas

---

entre el hecho o sus consecuencias y el territorio del Estado sucesor o los Estados sucesores, serán asumidas por el Estado predecesor y el Estado sucesor.

Proyecto de artículo 10
Unificación de Estados

1. Cuando dos o más Estados se unan y formen un nuevo Estado sucesor, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito de cualquier Estado predecesor pasarán al Estado sucesor.

2. Cuando un Estado se incorpore a otro Estado ya existente y deje de existir, las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor pasarán al Estado sucesor.

3. Los párrafos 1 y 2 serán de aplicación a menos que los Estados interesados, incluido el Estado lesionado, convengan en otra cosa.

Proyecto de artículo 11
Disolución de un Estado

1. Cuando un Estado se disuelva y deje de existir y las partes de su territorio formen dos o más Estados sucesores, las obligaciones derivadas de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor pasarán, previo acuerdo, a uno o varios Estados sucesores o a todos ellos.

2. Los Estados sucesores deben negociar de buena fe con el Estado lesionado y entre sí con objeto de dar solución a las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor. Deben tomar en consideración la existencia de un vínculo territorial, la equidad en el reparto y otros factores pertinentes.

[1235] El informe puede consultarse en la *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission*: http://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml.

[1236] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión, con sus comentarios, figura en el *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

generales derivados de ellos debían aplicarse o desarrollarse, de ser necesario, para que sirvieran de orientación a los Estados que se enfrentaban a problemas de responsabilidad en casos de sucesión. La cuestión de la sucesión no debía examinarse con respecto a la "responsabilidad" en abstracto, sino con respecto a los principios y normas de carácter secundario que regían, en particular, el establecimiento de un hecho internacionalmente ilícito y su atribución a un Estado determinado, el contenido de la responsabilidad y sus formas, y la invocación de esa responsabilidad. Toda norma general identificada estaría sujeta a excepciones y modificaciones, teniendo en cuenta diversos factores, como si la violación había terminado o continuaba, si el daño estaba localizado y si el Estado predecesor seguía existiendo o había desaparecido. A juicio del Relator Especial, esa última cuestión revestía particular importancia.

228. El Relator Especial había propuesto siete nuevos proyectos de artículo en su segundo informe. Además de abordar ciertas normas generales (proyectos de artículo 5 y 6), los proyectos de artículo se centraban en la transmisión de las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor (proyectos de artículo 7 a 11). El proyecto de artículo 5 trataba la cuestión de la legalidad de la sucesión y establecía que el proyecto de artículos se aplicaría únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produjera de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional recogidos en la Carta de las Naciones Unidas. En un principio, el Relator Especial se mostró reticente a abordar una cuestión que podía ser controvertida, dado que, además de los casos claros de sucesión contraria a derecho, también había casos que se enmarcaban en una "zona gris" o "espacio neutral" que posiblemente no se regían por el derecho internacional. Así pues, el proyecto de artículo 5 era una modesta disposición que se inspiraba en el artículo 6 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978, y estaba en consonancia con otras disposiciones aprobadas anteriormente por la Comisión, así como con la labor realizada por el Instituto de Derecho Internacional.

229. La segunda disposición general era el proyecto de artículo 6, que establecía la norma general aplicable a la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado, a saber, el principio de no sucesión con respecto al establecimiento de un hecho internacionalmente ilícito. En el proyecto de artículo se señalaba que la sucesión de Estados no afectaba a la atribución del hecho internacionalmente ilícito ocurrido antes de la fecha de la sucesión. A continuación, se abordaban los posibles efectos para la sucesión en la responsabilidad de la distinción entre las violaciones instantáneas y de carácter continuo, así como la cuestión de los hechos compuestos.

230. Los cinco proyectos de artículo siguientes al proyecto de artículo 6 desarrollaban y modificaban la norma general expresada en él. Examinaban las distintas categorías de sucesión y especificaban las circunstancias en que las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito eran asumidas por el Estado predecesor y las que pasaban al Estado sucesor. Los cinco proyectos de artículo se dividían en dos grupos. Los proyectos de artículo 7, 8 y 9 se referían a los casos de sucesión en que el Estado predecesor seguía existiendo, mientras que los proyectos de artículo 10 y 11 se ocupaban de las situaciones en que el Estado predecesor había dejado de existir.

231. Los proyectos de artículo 7, 8 y 9 abordaban la separación de partes de un Estado, los Estados de reciente independencia y la transferencia de una parte del territorio de un Estado, respectivamente. Estaban estructurados de manera similar. En primer lugar, establecían la norma general de que las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor no pasaban al Estado sucesor; a continuación, señalaban las excepciones aplicables a circunstancias concretas, como la existencia de un vínculo directo entre el hecho o sus consecuencias y el territorio del Estado sucesor o los Estados sucesores. Los proyectos de artículo 7 y 9 también contemplaban la posibilidad de un hecho llevado a cabo por un órgano de una división territorial del Estado predecesor que posteriormente se hubiera convertido en un órgano del Estado sucesor.

232. El proyecto de artículo 10 se refería a las situaciones de unificación de Estados y de incorporación de un Estado a otro ya existente, mientras que el proyecto de artículo 11 se centraba en la disolución del Estado. En ese último proyecto de artículo se destacaba el papel de los acuerdos, que debían ser negociados de buena fe por los Estados sucesores.

233. El Relator Especial dijo que la redacción y ubicación definitivas de los proyectos de artículo 3 y 4 propuestos en el primer informe y remitidos al Comité de Redacción podían examinarse en una etapa ulterior. En relación con el programa de trabajo futuro, el Relator Especial reiteró su intención de seguir lo previsto en su primer informe (A/CN.4/708, párr. 133), con el grado necesario de flexibilidad. La cuestión de las formas y la invocación de la reparación podían requerir un análisis más a fondo en el futuro, y tal vez se incluyesen otras definiciones en el proyecto de artículo 2, relativo a los términos empleados. En principio, el tercer informe (2019) se centraría en la transmisión al Estado sucesor de los derechos o reclamaciones del Estado predecesor lesionado. En el cuarto informe (2020) se tratarían cuestiones de procedimiento y cuestiones diversas, como la pluralidad de Estados sucesores y la cuestión de la responsabilidad compartida, así como cuestiones relacionadas con los particulares o las organizaciones internacionales lesionados. El Relator Especial preveía que el proyecto de artículos completo pudiera aprobarse en primera lectura en 2020 o 2021, dependiendo de los progresos del debate.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

234. En general, los miembros acogieron con satisfacción el segundo informe del Relator Especial y elogiaron su estructura. Varios miembros observaron que la escasez de práctica estatal sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado planteaba problemas importantes para la labor de la Comisión sobre el tema. Algunos estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en que la práctica de los Estados disponible era heterogénea, dependía del contexto y a menudo era delicada desde el punto de vista político, y señalaron que no había muchas decisiones pertinentes de cortes y tribunales nacionales e internacionales. En opinión de una serie de miembros, esas dificultades confirmaban las dudas iniciales expresadas por algunos de ellos en cuanto a la idoneidad del tema a efectos de la codificación o el desarrollo progresivo. Varios miembros advirtieron contra la gran dependencia del informe del Relator Especial de la doctrina y la labor del Instituto de Derecho Internacional. Además, se observó que la práctica examinada en el informe, aunque en general era más diversa que en su primer informe, seguía centrándose predominantemente en fuentes y ejemplos europeos.

235. Varios miembros convinieron con el Relator Especial en que se podía establecer una norma general subyacente aplicable a la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado, con arreglo a la cual la responsabilidad del Estado no se transfería automáticamente al Estado sucesor, salvo en determinadas circunstancias. Se subrayó que era preciso adoptar un enfoque realista y flexible a ese respecto, como había señalado el Relator Especial. Otros miembros de la Comisión opinaron que sería más práctico establecer varias normas que tratar de confirmar la existencia de una única norma general subyacente, que podía resultar imposible de determinar.

236. El alcance de las posibles excepciones a la norma general subyacente de la no sucesión fue objeto de un intenso debate. Varios miembros previnieron contra la sustitución de una teoría general de no sucesión en la responsabilidad del Estado por una presunción de sucesión igualmente general. Se observó que algunos de los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial propugnaban, de hecho, esa presunción de sucesión, en especial en relación con los casos en que el Estado predecesor ya no existía. En opinión de varios miembros, esas propuestas se fundamentaban en consideraciones relacionadas con políticas más que en la práctica de los Estados, y eran más de desarrollo progresivo, si no de *lege ferenda*, que de codificación del derecho internacional existente. A ese respecto, se destacó que era importante aclarar en qué medida cada uno de los proyectos de artículo constituiría un caso de desarrollo progresivo o de codificación del derecho internacional.

237. En relación con la metodología empleada por el Relator Especial, algunos miembros expresaron dudas en cuanto a la separación de las cuestiones de sucesión en las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor (examinadas en el segundo informe) de las cuestiones relativas a los derechos y reclamaciones del Estado predecesor lesionado por un hecho internacionalmente ilícito (que se abordarían en el tercer informe). En su opinión, ello podía dar lugar a una duplicación

innecesaria del trabajo. En relación con las categorías de sucesión que iban a analizarse, varios miembros estuvieron de acuerdo con la distinción básica propuesta por el Relator Especial entre los casos en que el Estado predecesor seguía existiendo y los casos en que había desaparecido. No obstante, otros miembros señalaron que la práctica de los Estados no confirmaba necesariamente esa distinción, que se debía más bien a consideraciones relacionadas con políticas. Los miembros también estuvieron de acuerdo en general en que era importante mantener la coherencia con la labor previa de la Comisión, tanto en cuestiones de terminología como de fondo, en especial en relación con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

238. En cuanto al carácter subsidiario de las normas propuestas, varios miembros sugirieron que se añadiera un proyecto de artículo en el que se indicara que el proyecto de artículos solo se aplicaría a falta de acuerdo entre las partes, incluido el Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito. A ese respecto, algunos miembros subrayaron el papel fundamental de los tratados, otros acuerdos y los compromisos unilaterales de los Estados sucesores. Asimismo, se señaló que había que proceder con cautela al inferir normas generales de los acuerdos existentes, que a menudo tenían un alcance limitado y solo vinculaban a las partes en ellos. Se dijo que la Comisión debía centrar su labor exclusivamente en la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos cuyas partes lesionadas también fueran Estados.

239. Algunos miembros propusieron cambiar el título del tema a “Problemas de responsabilidad del Estado en caso de sucesión de Estados”. También se formularon sugerencias sobre la posible estructuración del proyecto de artículos en varias partes.

b) Observaciones específicas

i) Proyecto de artículo 5 – Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos

240. En términos generales, los miembros expresaron su apoyo al proyecto de artículo 5, cuya redacción era coherente con la labor anterior de la Comisión. Se señaló que esa disposición también era compatible con el principio fundamental *ex injuria ius non oritur* y con la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 1970 (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas). En relación con la legalidad de la sucesión, algunos miembros señalaron que no existía una tercera categoría más allá de los casos de sucesión ajustados o no a derecho. Otros miembros consideraron que la cuestión de la legalidad de la sucesión debía examinarse por separado de las posibles consecuencias, en términos de responsabilidad, de la sucesión contraria a derecho, entre otras cosas en relación con cualquier cambio territorial no ajustado a derecho que se produjera antes de ella. También se dijo que el proyecto de artículo 5 tal vez no cumpliera su finalidad, ya que la exclusión de la sucesión contraria a derecho del alcance del proyecto de artículos podía suponer, paradójicamente, una ventaja para los Estados sucesores que no se hubiesen ajustado a derecho, en la medida en que se podría entender que las excepciones previstas a la norma general de no sucesión en la responsabilidad del Estado no les eran aplicables.

ii) Proyecto de artículo 6 – Norma general

241. Si bien los miembros apoyaron en general la norma de no sucesión en la responsabilidad del Estado establecida en el proyecto de artículo 6, algunos observaron que su formulación no era clara. Se hicieron varias propuestas de redacción a ese respecto, entre otras cosas, con objeto de aclarar que la responsabilidad por hechos ilícitos en caso de sucesión de Estados solo incumbía al Estado que había cometido el hecho ilícito, salvo cuando el proyecto de artículos dispusiera otra cosa.

242. En relación con el fundamento jurídico de la norma general de no sucesión, algunos miembros se hicieron eco de la opinión del Relator Especial de que esa norma dimanaba de las normas sobre la atribución del comportamiento establecidas en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y, en particular, de que la norma de no sucesión era un corolario de la definición de responsabilidad del Estado que

figuraba en su artículo 1. Sin embargo, otros miembros consideraron que la cuestión de la atribución del comportamiento era distinta de la cuestión de la sucesión en la responsabilidad y que utilizar la redacción empleada para la atribución del comportamiento podía generar confusión, porque las cuestiones de sucesión en relación con la responsabilidad del Estado solo se planteaban en relación con hechos internacionalmente ilícitos que ya habían sido atribuidos al Estado predecesor en virtud del artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; a falta de tal atribución, no habría responsabilidad que transferir. También se dijo que las normas generales sobre la atribución del comportamiento y otras normas sobre la responsabilidad del Estado podían verse afectadas, de hecho, por las normas sobre la sucesión de Estados.

243. En relación con el párrafo 4 del proyecto de artículo 6, algunos miembros consideraron que la referencia al término "reparación" limitaría el alcance del proyecto de artículos únicamente a ciertos aspectos de la responsabilidad del Estado; por tanto, era necesario aclarar el alcance de las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito que se transferirían en caso de sucesión en la responsabilidad. Otros miembros señalaron que el párrafo 4 socavaba la norma general de no sucesión establecida en la primera parte del proyecto de artículo 6 y entraba en conflicto con el principio general del derecho de que solo el infractor debía ser considerado responsable del hecho ilícito.

iii) Proyecto de artículo 7 – Separación de partes de un Estado

244. Varios miembros de la Comisión sugirieron que se omitiera en el proyecto de artículo 7 y en su título cualquier referencia a la "secesión", ya que se podía interpretar que el término incluía la sucesión contraria a derecho. Algunos miembros consideraron que la escasa práctica de los Estados no respaldaba las excepciones a la norma de la no sucesión previstas en el proyecto de artículo 7. Además, algunos miembros señalaron que las expresiones "[s]i las circunstancias concretas así lo requieren" (párrafos 2 y 3), "un órgano de una división territorial" (párrafo 2), "vínculo directo" y "serán asumidas" (párrafo 3) eran poco claras. En relación con el párrafo 2, se dijo que, cuando un hecho de carácter continuo era llevado a cabo por un órgano del Estado predecesor que se convertía en un órgano del Estado sucesor, no había transmisión de la responsabilidad, si bien se podían establecer dos hechos internacionalmente ilícitos distintos, cada uno de ellos atribuible tanto al Estado predecesor como al Estado sucesor. También se indicó que debían añadirse a este y a otros proyectos de artículo algunos criterios para el reparto de los derechos y las obligaciones después de la sucesión, y que el concepto de enriquecimiento injusto podía aportar más claridad en ese sentido. Otros miembros consideraron que las normas aplicables al enriquecimiento injusto tal vez no fueran pertinentes en ese contexto.

245. Varios miembros expresaron su apoyo en relación con el párrafo 4 del proyecto de artículo 7, y se formularon una serie de propuestas con respecto a la redacción para dejar más claro el vínculo entre la atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole y la consiguiente transmisión de la responsabilidad en la fecha de la sucesión. También se hicieron sugerencias de redacción con miras a fusionar ese proyecto de artículo con los proyectos de artículo 8 y/o 9.

iv) Proyecto de artículo 8 – Estados de reciente independencia

246. Se formularon varias propuestas con respecto a la redacción del proyecto de artículo 8. El artículo recibió el apoyo de diversos miembros de la Comisión. Otros miembros se preguntaron si seguía siendo necesario que la Comisión aprobara un proyecto de artículo dedicado a los "Estados de reciente independencia", pues ahora el concepto parecía anacrónico. No obstante, otros miembros observaron que la Asamblea General había establecido una lista de territorios no autónomos y que los casos de sucesión basados en el principio de la libre determinación presentaban ciertas particularidades jurídicas que no debían pasarse por alto. Varios miembros propusieron que se incluyera la definición de "Estados de reciente independencia" entre las enunciadas en el proyecto de artículo 2.

247. Se dijo que, entre los criterios que habían de tomarse en consideración con arreglo al párrafo 2 del proyecto de artículo 8, debía hacerse referencia al posible vínculo directo entre un hecho internacionalmente ilícito y la población —no solo el territorio— del Estado sucesor. En relación con el párrafo 3, algunos miembros señalaron que el concepto de

"movimiento insurreccional o de otra índole" abarcaba los movimientos de "liberación nacional", por lo que se podía emplear la misma formulación que en el párrafo 4 del proyecto de artículo 7.

v) Proyecto de artículo 9 – Transferencia de una parte del territorio de un Estado

248. En relación con el proyecto de artículo 9, varios miembros señalaron que sus opiniones sobre el proyecto de artículo 7 se aplicaban *mutatis mutandis* a ese proyecto, incluidas las relativas a la escasa práctica de los Estados en apoyo de las excepciones a la norma general de no sucesión y la necesidad de aclarar el significado de algunos términos empleados. Se formularon varias propuestas con respecto a la redacción.

vi) Proyecto de artículo 10 – Unificación de Estados

249. Varios miembros de la Comisión observaron que los proyectos de artículo 10 y 11, que se referían a la situación en que el Estado predecesor ya no existía, propugnaban una presunción general de sucesión en la responsabilidad que era incompatible con la norma general de no sucesión en relación con la responsabilidad del Estado establecida en el proyecto de artículo 6. En su opinión, no había suficiente práctica estatal que corroborara esa presunción de sucesión, que solo encontraba apoyo en parte de la doctrina y en la labor del Instituto de Derecho Internacional. Los ejemplos ofrecidos por el Relator Especial a menudo aludían a la expropiación, que no era un hecho internacionalmente ilícito *per se*. Algunos miembros hicieron hincapié en que, de no haber consentimiento, era sencillamente imposible deducir cualquier asunción de obligaciones por el Estado sucesor. Varios miembros señalaron que las consideraciones relacionadas con las políticas en que se basaba esa inversión de la norma general de no sucesión podían, de hecho, dar lugar a resultados no equitativos o injustos. Además, se observó que la imposición de consecuencias jurídicas al Estado predecesor que seguía existiendo, o que ya no existía, podía provocar resultados discriminatorios. Otros miembros expresaron su apoyo a los proyectos de artículo 10 y 11, ya que establecían la certeza de las consecuencias jurídicas de todos los hechos internacionalmente ilícitos y, por consiguiente, preservaban los derechos de las partes lesionadas.

250. Se hicieron varias sugerencias con respecto a la redacción del proyecto de artículo 10, algunas con objeto de eliminar cualquier referencia a la distinción entre los tipos de unificación de los Estados, puesto que las consecuencias jurídicas en términos de sucesión en la responsabilidad se consideraban idénticas.

vii) Proyecto de artículo 11 – Disolución del Estado

251. Además de las observaciones antes mencionadas que se aplicaban tanto al proyecto de artículo 10 como al proyecto de artículo 11, varios miembros de la Comisión señalaron que el proyecto de artículo 11 planteaba problemas específicos y requeriría un examen detenido, ya que la disolución de Estados dependía mucho del contexto.

252. Algunos miembros de la Comisión opinaron que el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 no estaba claro, en especial en relación con la expresión "previo acuerdo"; era importante determinar qué partes participarían en ese acuerdo y si este se referiría al reparto de la responsabilidad entre los sucesores o la transferencia de la responsabilidad propiamente dicha. En relación con el párrafo 2, varios miembros consideraron que no sería apropiado establecer una obligación de negociar, si bien era importante que la formulación tuviera carácter exhortativo. Se formularon varias propuestas con respecto a la redacción.

c) Forma final

253. En cuanto a la forma final que debía adoptar el proyecto, varios miembros observaron que algunos Estados habían expresado su preferencia por una forma distinta de un proyecto de artículos, como un proyecto de directrices o de conclusiones, aunque otros habían apoyado la forma de un proyecto de artículos. Se indicó que la forma final podría decidirse en una etapa ulterior. Algunos miembros señalaron que podía ser útil considerar la posibilidad de redactar unas cláusulas modelo que sirvieran de base para la negociación de acuerdos de sucesión.

d) Programa de trabajo futuro

254. En general, los miembros de la Comisión estuvieron de acuerdo con las propuestas hechas por el Relator Especial en relación con el programa de trabajo futuro. También se dijo que el Relator Especial debía examinar otros temas, como el papel de las organizaciones internacionales y el efecto de las políticas de no reconocimiento en las cuestiones relativas a la sucesión en la responsabilidad.

3. Observaciones finales del Relator Especial

255. En respuesta al debate, el Relator Especial agradeció las numerosas observaciones recibidas y celebró la orientación de las deliberaciones, que se habían centrado en la mejor manera de abordar el tema de forma equilibrada. En relación con las dudas expresadas sobre la viabilidad e idoneidad del tema para la codificación, el Relator Especial reiteró su opinión de que era adecuado para la codificación y el desarrollo progresivo, ya que tenía por objeto aclarar en mayor medida aspectos no totalmente abordados en la labor de codificación previa de la Comisión en las esferas de la responsabilidad del Estado y la sucesión de Estados. El propósito del tema era explicar las posibles repercusiones de la sucesión de Estados en las normas generales sobre la responsabilidad del Estado, no establecer nuevas normas sobre la sucesión de Estados. En opinión del Relator Especial, el hecho de que esas cuestiones no se abordasen deliberadamente en el marco de la labor de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado era una invitación, y no un obstáculo, a que la Comisión siguiera examinándolas. Bajo su punto de vista, nada de lo dispuesto en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos daba a entender que las consecuencias jurídicas de tales hechos simplemente desaparecieran con la sucesión de Estados. El Relator Especial también dijo que estaba de acuerdo en que la Comisión debía considerar la posibilidad de cambiar el título del tema a “Problemas de responsabilidad del Estado en caso de sucesión de Estados”.

256. En cuanto a las cuestiones de metodología y, en particular, las observaciones formuladas por los miembros sobre la práctica disponible, el Relator Especial subrayó su intención de combinar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, un enfoque coherente con el mandato de la Comisión. Señaló que apenas cabía distinguir entre la *lex ferenda* y las consideraciones relacionadas con las políticas, y que la práctica de los Estados, incluidos los tratados bilaterales y multilaterales, también se veía influida por esas consideraciones.

257. El Relator Especial observó también que estaba surgiendo una tendencia lenta pero creciente en la jurisprudencia relativa a la sucesión en la responsabilidad del Estado, en especial entre las cortes y tribunales regionales de derechos humanos. Estuvo de acuerdo en que, en el informe, se había basado en gran medida en la doctrina, pero dijo que ello era coherente con la función de esta como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho. Además, el Relator Especial destacó que el hecho de que órganos de codificación privados, y en particular el Instituto de Derecho Internacional, hubieran elaborado anteriormente proyectos sobre el tema confirmaba su pertinencia. Añadió que, no obstante, la Comisión no estaba vinculada por la labor realizada previamente por esos órganos.

258. Con respecto a la cuestión de la determinación de una norma general subyacente al tema de la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado, el Relator Especial convino en que esa norma general, o esas normas generales, eran necesarias, junto con las excepciones aplicables a las distintas categorías de sucesión. A los efectos de la determinación de la responsabilidad de un Estado (en relación con un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado), la no sucesión era una norma absoluta: tanto el hecho como la obligación internacional vulnerada debían concernir únicamente al Estado predecesor. Las consecuencias jurídicas del hecho ilícito, incluidas las circunstancias que excluían la ilicitud, la obligación de cesación y las posibles contramedidas, seguirían siendo aplicables en principio al Estado predecesor. El Estado sucesor no se convertiría en responsable de un hecho ilícito que no hubiera cometido. Podía ser responsable de sus propios hechos ilícitos en casos, por ejemplo, de violaciones continuadas o de atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole. Además, existían algunas excepciones a la norma de la no sucesión en relación con ciertas consecuencias de

un hecho internacionalmente ilícito que no desaparecían si el Estado predecesor dejaba de existir. Esas consecuencias seguían existiendo de manera similar, ya que el territorio, la población, los bienes o las deudas continuaban existiendo en los casos de sucesión. Los motivos excepcionales en los que así sucedía estaban, evidentemente, abiertos a debate. No obstante, esas circunstancias no determinaban una situación en la que el Estado sucesor sería responsable, o sería culpado, por hechos que no cometió; más bien tendría que ser elogiado por no dejar a los Estados o las personas lesionados sin ningún tipo de reparación.

259. El Relator Especial señaló que la distinción básica entre los casos en que el Estado predecesor seguía existiendo y los casos en que ya no existía se basaba en el planteamiento de las diferencias reales y era coherente con las categorías de sucesión reconocidas, independientemente de las posibles consideraciones relacionadas con las políticas. Las normas y excepciones concretas que debían preverse a ese respecto habían de formularse de manera que se evitasen resultados no equitativos e injustos. En cuanto a la separación de las cuestiones de sucesión en las obligaciones derivadas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor (examinadas en el segundo informe) de las cuestiones relativas a los derechos y reclamaciones del Estado predecesor lesionado por un hecho internacionalmente ilícito (que se examinarían en el tercer informe), el Relator Especial señaló que la duplicación podría evitarse fusionando los proyectos de artículo, según fuera necesario.

260. Asimismo, el Relator Especial expresó su acuerdo con otras observaciones y propuestas, como la necesidad de tener en cuenta el vínculo entre el hecho internacionalmente ilícito y la población del Estado sucesor, la pertinencia del consentimiento del Estado o la persona lesionados para cualquier asunción de la responsabilidad por el Estado sucesor, la importancia de los acuerdos y las declaraciones unilaterales en asuntos de sucesión, y la necesidad de incluir una disposición que indicase de manera expresa el carácter subsidiario del proyecto de artículos. También convino en que había que añadir varias definiciones al proyecto de artículo 2 y consideró que debían aceptarse varias de las propuestas formuladas con respecto a la estructura y el contenido del proyecto de artículos.

261. En opinión del Relator Especial, el proyecto de artículos también debería ocuparse de otros posibles sujetos lesionados distintos de los Estados. Ese enfoque era coherente con la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que también se aplicaba a las violaciones de las obligaciones internacionales del Estado que existían en relación con otros actores.

262. En cuanto al proyecto de artículo 5, el Relator Especial reiteró que esa propuesta estaba en consonancia con la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978, y la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado de 1983. Observó que seguía sin estar claro si el derecho internacional moderno regulaba plenamente determinados aspectos relacionados con la creación de Estados. El proyecto de artículo 5 tenía por objeto delimitar de manera positiva el alcance material del proyecto de artículos en consonancia con la labor anterior de la Comisión en materia de sucesión. El proyecto de artículo no pretendía en modo alguno conceder privilegios a los Estados sucesores contrarios a la ley eximiéndolos de responsabilidad, sino abordar tanto la posible transferencia de obligaciones como la transferencia de derechos derivada de la responsabilidad.

263. Con respecto al proyecto de artículo 6, el Relator Especial estaba abierto a varias de las sugerencias formuladas para mejorar su claridad. En cuanto al párrafo 4, indicó que la referencia a la reparación no excluía la pertinencia de otras normas sobre responsabilidad del Estado que seguían siendo aplicables al Estado predecesor.

264. En relación con el proyecto de artículo 7, el Relator Especial estuvo de acuerdo con varias propuestas relativas a la redacción, incluida la omisión de cualquier referencia a la "secesión"; además, la expresión "[s]i las circunstancias concretas así lo requieren" debía aclararse o eliminarse. En cuanto al proyecto de artículo 8, señaló que, en su opinión, debían mantenerse todas las categorías de sucesión examinadas anteriormente por la Comisión, incluida la categoría de los Estados de reciente independencia. Respecto de los proyectos de artículo 7 y 9, el Relator Especial indicó que la expresión "órgano de una división territorial" se refería a situaciones en que esos órganos tenían un grado sustantivo

de autonomía, como en el caso de los Estados federales. Además, estaba de acuerdo con varias propuestas relativas a la redacción, incluidas las de fusionar los proyectos de artículo 7, 8 y 9 en una sola disposición. El Relator Especial aclaró también que el propósito de los proyectos de artículo 7, 8 y 9 no era crear obligaciones que entrañaran la transferencia automática de obligaciones al Estado sucesor.

265. Con respecto a los proyectos de artículo 10 y 11, el Relator Especial dijo que estaba de acuerdo con muchas de las observaciones formuladas durante el debate en sesión plenaria. No obstante, hizo hincapié en que el proyecto de artículo 10 creaba una presunción rebatible y no una norma de sucesión automática en sustitución de la norma de no sucesión en todas las circunstancias. Además, en su opinión, los casos de expropiación ilegal no podían descartarse como irrelevantes. En cuanto al proyecto de artículo 11, el Relator Especial subrayó que se trataba de una disposición general de carácter introductorio que posteriormente se complementaría con otro proyecto de artículo sobre los criterios y normas para el reparto de las obligaciones derivadas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado predecesor que hubiera dejado de existir.

266. En referencia al programa de trabajo futuro, el Relator Especial tomó nota del apoyo de algunos miembros a su propuesta y convino en que la cuestión central del tercer informe, la transferencia de derechos o reclamaciones del predecesor lesionado, requeriría un examen detenido a fin de evitar la duplicación del trabajo y en que la función de las organizaciones internacionales también podía analizarse en una etapa ulterior, junto con otras cuestiones.

Capítulo XI
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

267. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado" y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin[1237]. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)[1238].

268. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63er período de sesiones (2011)[1239]. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º (2009) y 62º (2010)[1240].

269. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión[1241]. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014), el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015) y el quinto informe en los períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017)[1242]. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero, cuarto y quinto, la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta el momento siete proyectos de artículo con los comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción[1243].

1237 En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/61/10), párr. 257).

1238 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1.

1239 A/CN.4/601, A/CN.4/631 y A/CN.4/646, respectivamente.

1240 Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/64/10), párr. 207; e *ibid*., *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/65/10), párr. 343.

1241 *Ibid*., *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 266.

1242 A/CN.4/654, A/CN.4/661, A/CN.4/673, A/CN.4/686 y A/CN.4/701, respectivamente.

1243 Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 48 y 49.

En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (*ibid*., *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 48 y 49).

En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 e) y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios.

En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2, apartado f), y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones, y en sus sesiones 3345ª y 3346ª, que tuvieron lugar el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó sus

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

270. La Comisión tuvo ante sí el sexto informe de la Relatora Especial (A/CN.4/722), en el que esta hacía un resumen de las deliberaciones que tuvieron lugar en la Comisión y la Sexta Comisión sobre el proyecto de artículo 7, relativo a los crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no es de aplicación, que fue aprobado provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones. A continuación, se abordaban, en los capítulos II y III, los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En particular, en el informe se iniciaba el examen, que se esperaba concluir al año siguiente, de los aspectos procesales de la inmunidad, analizando en primer lugar la forma en que estas cuestiones se habían tratado anteriormente en los trabajos de la Comisión, el significado que los aspectos procesales tenían en el marco general del presente tema y el enfoque que la Relatora Especial pretendía seguir al analizar los aspectos procesales; y, en segundo lugar, tres de los componentes de los aspectos procesales relacionados con el concepto de jurisdicción, a saber: a) el momento; b) el tipo de actos afectados; y c) la determinación de la inmunidad. El informe no contenía nuevos proyectos de artículo.

271. Estaba previsto que el séptimo informe, que se presentaría en 2019, constituyera el último componente del examen de los aspectos procesales. En el séptimo informe se examinarían cuestiones como la invocación de la inmunidad y la renuncia a la inmunidad, y se abordarían aspectos relativos a las garantías procesales referidas tanto al Estado del funcionario como al propio funcionario extranjero, incluidas las garantías y los derechos que deben reconocerse a dicho funcionario, la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, la transmisión de información por parte del Estado del funcionario, y la cooperación y la asistencia jurídica internacional entre el Estado del funcionario y el Estado del foro. Además, en el informe se analizarían cuestiones relacionadas con la cooperación de los Estados con las cortes y tribunales penales internacionales y su eventual incidencia en la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Asimismo, se propondrían proyectos de artículo sobre las cuestiones abordadas en el sexto informe y el análisis contenido en el séptimo informe. Se esperaba que la Comisión concluyera la primera lectura del proyecto de artículos sobre el tema el año siguiente.

272. La Comisión examinó el sexto informe en sus sesiones 3438ª a 3440ª, celebradas los días 30 y 31 de julio de 2018. El debate sobre el informe continuaría y finalizaría en el 71er período de sesiones, en 2019.

1. Presentación del sexto informe por la Relatora Especial

273. Antes de iniciar su exposición, la Relatora Especial señaló que, a diferencia de los informes anteriores, el sexto informe contenía en su introducción un resumen detallado, con fines informativos, del debate mantenido en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en relación con el proyecto de artículo 7, que había sido aprobado provisionalmente por la Comisión en el 69º período de sesiones. Ese planteamiento se justificaba por la intensidad del debate sobre los límites y excepciones a la inmunidad y sobre el proyecto de artículo 7 conexo, teniendo también en cuenta el carácter sensible del tema y las diferencias en las opiniones expresadas. Además, en el debate sobre el proyecto de artículo 7 se había señalado la importancia de abordar aspectos procesales que se centraran también en las salvaguardias procesales, a cuyo examen algunos condicionaban la aprobación del proyecto de artículo 7.

274. Se destacó la importancia de abordar los aspectos procesales en el presente tema y se recordó que dichos aspectos se habían tratado en el memorando de la Secretaría[1244], el tercer

comentarios (*ibid*., *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 194, 195 y 250.

En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 en votación registrada, y en sus sesiones 3387ª a 3389ª, que tuvieron lugar los días 3 y 4 de agosto de 2017, aprobó sus comentarios (*ibid*., *septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 74, 76, 140 y 141).

[1244] A/CN.4/596 y Corr.1.

informe del anterior Relator Especial[1245], los informes anteriores de la propia Relatora Especial[1246], incluido el documento conceptual oficioso sobre las disposiciones y garantías procesales examinado durante las consultas oficiosas del período de sesiones de la Comisión en 2017, así como durante el diálogo interactivo de la Sexta Comisión en 2017. La Relatora Especial señaló que, en sus trabajos anteriores, la Comisión se había centrado en el momento de consideración de la inmunidad, la invocación de la inmunidad, la renuncia a la inmunidad, los actos afectados por la inmunidad y la determinación de la inmunidad. Además, había abordado el análisis conexo del concepto de jurisdicción, así como la relación entre los límites y excepciones a la inmunidad y las salvaguardias procesales. Ciertamente, la Comisión había partido del supuesto de que, en algún momento, se ocuparía de las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos. La Relatora Especial también recordó que la Sexta Comisión había examinado los aspectos procesales, en particular en el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General.

275. No obstante, la Relatora Especial señaló que, en los años siguientes, el examen de los aspectos procesales de la inmunidad por la Comisión había dejado en cierto modo de centrarse en los aspectos procesales clásicos, como el momento, la invocación y la renuncia, para incorporar la necesidad de establecer garantías procesales a fin de evitar la politización y el abuso del ejercicio de la jurisdicción penal respecto de los funcionarios extranjeros. Ese cambio también se había visto reflejado en los debates de la Sexta Comisión, en los que el interés por los aspectos procesales estaba especialmente vinculado a la garantía y el fortalecimiento del régimen de la inmunidad y el principio de la igualdad soberana de los Estados, así como la seguridad de las debidas garantías procesales. La Relatora Especial insistió en que, si bien la necesidad de analizar y establecer salvaguardias procesales para evitar los procesamientos por motivos políticos y el abuso de la jurisdicción no era un tema nuevo, puesto que ya se había planteado en deliberaciones anteriores, el debate sobre la cuestión había sido más intenso en 2016 y 2017 en el contexto del examen del proyecto de artículo 7.

276. La Relatora Especial destacó la importancia del examen de los aspectos procesales de la inmunidad, teniendo en cuenta que esa inmunidad se invocaba en una jurisdicción penal extranjera. Afirmó que, en el examen de los aspectos procesales, la Comisión podía formular propuestas para respetar la igualdad soberana de los Estados, así como otros principios y valores jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto (incluida la lucha contra la impunidad). Señaló también que, al examinar los aspectos procesales, era posible asegurar que un funcionario del Estado que se pudiera ver afectado por el ejercicio de una jurisdicción penal extranjera se beneficiara de todas las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos. En opinión de la Relatora Especial, un examen adecuado de los aspectos procesales, mediante la introducción de un elemento de neutralidad en el tratamiento de la inmunidad, aportaría seguridad tanto al Estado del foro como al Estado del funcionario. Además, reduciría el impacto de factores políticos y evitaría denuncias innecesarias de procesamiento abusivo de un funcionario de un Estado extranjero por motivos políticos o de otra índole, al tiempo que contribuiría a generar confianza entre los Estados en cuestión.

277. Por lo que respecta al alcance de las cuestiones que podrían analizarse, la Relatora Especial destacó que, para estudiar los aspectos procesales, era necesario examinar una serie de cuestiones, entre ellas: a) qué se entendía por “jurisdicción” penal; b) a qué tipo de actos del Estado del foro afectaba la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; c) quién determinaba la aplicabilidad de la inmunidad y qué efecto tenía dicha determinación en la inmunidad; d) cuándo empezaba a operar la inmunidad frente a la jurisdicción extranjera; e) si era necesaria la invocación de la inmunidad y quién podía invocar esa inmunidad; f) cómo se podía efectuar la renuncia a la inmunidad y quién podía hacerlo; g) qué efectos tenía la renuncia a la inmunidad en el ejercicio de la jurisdicción; h) cómo se aseguraría la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y a través de qué

[1245] A/CN.4/646.

[1246] A/CN.4/654, A/CN.4/661 y A/CN.4/701.

mecanismos podía llevarse a cabo; i) de qué mecanismos disponía, en su caso, el Estado del funcionario para que sus posiciones jurídicas fueran conocidas y tomadas en consideración por las cortes y tribunales del Estado del foro en el momento de determinar la aplicabilidad de la inmunidad en un caso concreto; j) cómo se facilitarían la cooperación y la asistencia judiciales internacionales entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; k) en qué medida, y a través de qué procedimientos, se tomaría en consideración la obligación de cooperar con una corte o tribunal penal internacional; y l) cómo se transferiría, en su caso, el procedimiento iniciado en el Estado del foro al Estado del funcionario o a una corte o tribunal penal internacional.

278. Para responder a esas diversas cuestiones, la Relatora Especial señaló que era necesario tener en cuenta una serie de criterios: a) la presencia en la jurisdicción del Estado del foro de un elemento extranjero identificado como "funcionario del Estado" cuyos actos, al menos en lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, se hubieran "realizado a título oficial"; b) la necesidad de establecer un equilibrio entre el derecho del Estado del foro a ejercer su jurisdicción y el derecho del Estado del funcionario a garantizar el respeto de la inmunidad de sus funcionarios; c) la necesidad de establecer un equilibrio entre el respeto del carácter funcional y representativo de los funcionarios del Estado y la salvaguardia de la lucha contra la impunidad por la comisión de crímenes graves del derecho internacional; y d) la necesidad de asegurar que el funcionario del Estado se beneficie de los derechos y garantías procesales reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

279. A este respecto, la Relatora Especial consideraba importante adoptar un enfoque amplio e integral que tuviera en cuenta cuatro dimensiones distintas pero complementarias:

a) Las implicaciones procesales para la inmunidad que se derivan del concepto de jurisdicción, en particular con respecto al momento, la identificación de los actos del Estado del foro que pueden verse afectados por la inmunidad y las cuestiones relacionadas con la determinación de la inmunidad;

b) Los elementos procesales que tienen un significado procesal autónomo vinculados con la aplicación o no de la inmunidad en un caso determinado y que funcionan como primera vía de salvaguardia del Estado del funcionario, en particular las cuestiones relacionadas con la invocación de la inmunidad y su renuncia;

c) Las garantías procesales para el Estado del funcionario, en particular los mecanismos tendentes a facilitar la comunicación y las consultas entre ese Estado y el Estado del foro y a asegurar la transmisión de información entre las autoridades judiciales de que se trate, así como los instrumentos de cooperación y asistencia jurídica internacional entre los Estados interesados;

d) Las garantías procesales inherentes al concepto de juicio justo, incluido el respeto del derecho internacional de los derechos humanos.

280. La Relatora Especial también consideraba necesario que la Comisión analizara la incidencia que la obligación de cooperar con una corte o tribunal penal internacional podía tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

281. La Relatora Especial destacó que el examen de las diversas cuestiones procesales requería información de los Estados sobre su práctica, expresó su agradecimiento por las observaciones recibidas de los Estados y reiteró su solicitud de nuevas contribuciones.

282. Por lo que respecta al contenido del sexto informe, la Relatora Especial señaló que, aunque los distintos aspectos procesales de la inmunidad estaban relacionados entre sí y requerían un tratamiento integral, el informe se centraba en las implicaciones del concepto de jurisdicción para los aspectos procesales de la inmunidad. Recordó la propuesta de definición de "jurisdicción" contenida en su segundo informe, que estaba pendiente de examen en el Comité de Redacción de la Comisión. Aunque el sexto informe no pretendía reabrir un debate general sobre el concepto de jurisdicción, la Relatora Especial destacó la importancia de la jurisdicción para algunos aspectos procesales. Por ello, el sexto informe se centraba en el "cuándo", el "qué" y el "quién", con un examen de: a) el momento en que ha de considerarse la inmunidad; b) los actos de las autoridades del Estado del foro que pueden verse afectados por la inmunidad; y c) la determinación del órgano competente para decidir si la inmunidad es de aplicación.

283. En lo que respecta al momento en que debe considerarse la inmunidad, la Relatora Especial destacó que los órganos competentes del Estado debían considerar la existencia de inmunidad en un momento temprano del proceso, ya que, de lo contrario, esta perdería su utilidad y su razón de ser. No obstante, subrayó que no resultaba fácil definir lo que se entendía por "un momento temprano", en particular debido a la gran variedad de prácticas y procedimientos relacionados con el proceso penal en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Así pues, en opinión de la Relatora Especial, el momento de considerar la inmunidad debía determinarse por la combinación de dos elementos: a) la etapa de las actuaciones penales (investigación, acusación y juicio); y b) la naturaleza vinculante y coercitiva de las medidas que fueran a adoptarse y sus efectos en el funcionario del Estado extranjero.

284. Al aplicar esos criterios, la Relatora Especial concluyó lo siguiente:

a) La inmunidad debía ser considerada por las cortes y tribunales del Estado del foro al comienzo del ejercicio de su jurisdicción, tan pronto como fuera posible y antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto; y en todo caso antes de adoptar contra el funcionario medidas que le fueran dirigidas expresamente y que le impusieran obligaciones de cuyo incumplimiento se pudieran derivar medidas coercitivas y que le pudieran impedir el correcto desempeño de sus funciones estatales. Por consiguiente, las cortes y tribunales debían considerar la inmunidad del funcionario del Estado: i) antes de iniciar la fase de enjuiciamiento de un funcionario extranjero; ii) antes de emitir un auto de acusación o procesamiento del funcionario; o iii) antes del inicio del juicio;

b) La aplicación de la inmunidad en la fase de investigación o instrucción suscitaba mayores dudas, pero debía considerarse antes de adoptar medidas expresamente dirigidas contra el funcionario imponiéndole obligaciones que, en caso de incumplimiento, pudieran dar lugar a medidas coercitivas y que le pudieran impedir el correcto desempeño de sus funciones estatales, en particular una orden de detención, un auto de acusación o determinadas medidas cautelares;

c) No parecía posible concluir que la inmunidad de jurisdicción debía ser tomada en consideración automáticamente desde el momento en que se iniciaba una investigación, en particular porque, por lo general, los actos de naturaleza meramente investigadora no tenían fuerza vinculante ni afectaban directamente a los funcionarios del Estado o al desempeño de sus funciones.

285. Por último, la Relatora Especial subrayó la importancia de mantener la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* en lo que se refiere al momento para la consideración de la inmunidad, en particular teniendo en cuenta los diversos requisitos para la identificación de un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, por una parte, y cualquier otro funcionario del Estado, por la otra.

286. En cuanto a los tipos de actos afectados por la inmunidad, la Relatora Especial señaló que, entre los actos que se veían directamente afectados por la inmunidad, destacaban la acusación penal, la citación para comparecer ante un tribunal en condición de investigado o para asistir a una vista de confirmación de cargos, la decisión sobre confirmación de cargos o la orden de procesamiento, la citación para comparecer como acusado en un proceso penal, una orden judicial de detención o una solicitud de extradición o entrega de un funcionario extranjero. Todos estos actos eran de carácter jurisdiccional, afectaban directamente a un funcionario del Estado y podían influir o interferir en el desempeño de sus funciones estatales.

287. La Relatora Especial también señaló otros tipos de actos de una autoridad del Estado del foro que podían afectar al funcionario extranjero y a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Se trataba de: a) los actos que tenían un carácter esencialmente ejecutivo, entre los que cabía citar, por ejemplo, la detención de un funcionario extranjero en el marco de una operación policial en territorio del Estado del foro o en cumplimiento de una orden internacional de detención; o la inscripción de una orden de registro o detención en los sistemas internacionales de cooperación policial internacional; b) los actos que, a pesar de su calificación como jurisdiccionales, no iban dirigidos necesariamente a ejercer la jurisdicción penal sobre el funcionario extranjero sino, normalmente, sobre un tercero,

como, por ejemplo, la citación para comparecer como testigo o la orden para poner a disposición de la corte o tribunal del Estado del foro información que obrara en poder del funcionario; c) las medidas cautelares que pudieran ser dictadas por una corte o tribunal del Estado del foro en el ejercicio de su jurisdicción respecto de un funcionario extranjero, pero que en sí mismas no fueran dirigidas a determinar su responsabilidad penal, como por ejemplo, los actos de carácter cautelar destinados a embargar activos de ese funcionario extranjero.

288. En opinión de la Relatora Especial, que esos actos se vieran afectados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera dependería de diversos factores, entre ellos, teniendo presente la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*: a) la distinción entre inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad; b) la separación entre la persona del funcionario y los bienes que se pretenden aprehender; y c) el carácter obligatorio y coercitivo de la medida y su efecto en el ejercicio por el funcionario extranjero de sus funciones. Así pues, era preciso estudiar caso por caso si esos actos se veían afectados por la inmunidad.

289. En lo que respecta a la determinación de la inmunidad, en particular la identificación del órgano competente en el Estado del foro para examinar y decidir sobre la aplicabilidad de la inmunidad, la Relatora Especial observó que serían las cortes y tribunales del Estado del foro los competentes para pronunciarse de modo definitivo sobre esta cuestión, aunque sería posible que también pudieran pronunciarse otros órganos distintos de los jueces (como los fiscales) cuando estuvieran encargados de la investigación o instrucción y se suscitara la cuestión de la inmunidad en relación con alguno de los actos afectados por la inmunidad.

290. La Relatora Especial destacó que afirmar que una corte o tribunal extranjero era competente para pronunciarse de modo definitivo sobre la determinación de la inmunidad no implicaba necesariamente que otros órganos o poderes del Estado no pudieran emitir sus opiniones al respecto, coadyuvando con las cortes y tribunales en la determinación de la inmunidad. En cualquier caso, la posibilidad de que otros órganos o poderes del Estado emitieran sus opiniones dependía del derecho interno. La Relatora Especial expresó una opinión similar con respecto a la información proporcionada por el Estado del funcionario, que podía tener una gran importancia para que la corte o tribunal pudiera determinar la inmunidad. Señaló que esta cuestión se analizaría en el séptimo informe desde la perspectiva de la cooperación.

291. En opinión de la Relatora Especial, la determinación de la inmunidad por parte de las cortes y tribunales del Estado del foro debería tomar en consideración diferentes elementos, según se tratase de la determinación de la inmunidad *ratione personae* o de la determinación de la inmunidad *ratione materiae*. En relación con la inmunidad *ratione personae*, bastaría con que la corte o tribunal valorase si el funcionario del Estado respondía a la categoría de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores y si se encontraba en el ejercicio de sus funciones en el momento en que la inmunidad debía ser considerada. En cuanto a la inmunidad *ratione materiae*, la corte o tribunal debería evaluar: a) si la persona era un funcionario del Estado; b) si los actos en cuestión habían sido realizados a título oficial; c) si los actos habían sido realizados por el funcionario cuando se encontraba en ejercicio; y d) si los actos en cuestión entraban dentro de alguna de las categorías de crímenes de derecho internacional a los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplicaba.

292. La Relatora Especial también se refirió al futuro programa de trabajo indicado en el párrafo 271 *supra*.

2. Resumen del debate

293. Dado el escaso tiempo de que se disponía para examinar el informe en el período de sesiones en curso, el debate sobre el sexto informe continuaría en el 71er período de sesiones. Así pues, los miembros que hicieron uso de la palabra destacaron el carácter preliminar de sus intervenciones, reservándose el derecho a formular nuevos comentarios sobre el informe el año siguiente.

a) Comentarios generales

294. Los miembros felicitaron a la Relatora Especial por su excelente y sólido informe, aunque algunos lamentaron el retraso en su publicación, así como el hecho de que los proyectos de artículo pertinentes sobre las cuestiones analizadas en el informe no fueran a presentarse hasta el año siguiente. Se observó que en el informe no se abordaban todos los aspectos procesales ni se trataba la relación entre los aspectos procesales y sustantivos del tema. Otros miembros indicaron que, si bien en el sexto informe no se proponían proyectos de artículo, el análisis expuesto permitía avanzar de manera fundamental en la comprensión de las cuestiones procesales. Varios miembros expresaron la esperanza de que, el año siguiente, el séptimo informe se presentara a tiempo para su examen.

295. Los miembros insistieron en la importancia del tema para los Estados. A este respecto, algunos miembros mencionaron el interés de la Unión Africana en que se incluyera en el programa de la Asamblea General una solicitud de opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión de las inmunidades y la relación entre los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional respecto de los Estados parte con arreglo al derecho internacional. Se reiteró que el tema era políticamente delicado y jurídicamente complejo y que podía afectar no solo a las relaciones internacionales, sino también a la práctica de las cortes y tribunales a nivel nacional, lo que ofrecía la oportunidad de ayudar a los Estados a armonizar sus procedimientos con respecto a la inmunidad de los funcionarios del Estado. También se destacó que el examen del tema requería tanto un análisis como una consideración y un tratamiento detenidos de la práctica de los Estados. A este respecto, algunos miembros lamentaron la falta de práctica de ciertas regiones o de práctica con respecto a determinados aspectos de la inmunidad *ratione materiae*. Otros miembros reconocieron que la práctica y la doctrina sobre asuntos relacionados con los aspectos y las salvaguardias procesales era escasa en general.

296. Algunos miembros también destacaron la relación entre el tema y otros temas del actual programa de trabajo de la Comisión, como los crímenes de lesa humanidad y las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*, así como la jurisdicción penal universal, incluida en el programa a largo plazo de la Comisión en el período de sesiones en curso. Esto afectaba a la labor de la Comisión porque requería la adopción de un enfoque común a fin de asegurar la coherencia y evitar la fragmentación del derecho internacional. Algunos miembros recordaron la necesidad de tratar la labor sobre el presente tema de manera coherente con lo establecido en otros regímenes pertinentes, en particular el artículo 27, párrafo 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

297. Se consideró que el análisis de las cuestiones procesales era importante para asegurar que las inmunidades, cuando procedieran, fueran respetadas, a fin de salvaguardar la estabilidad de las relaciones internacionales y velar por el respeto de la igualdad soberana de los Estados. También era fundamental tener en cuenta la jurisdicción del Estado del foro, la importancia de la lucha contra la impunidad y los derechos del funcionario del Estado en cuestión. Por consiguiente, algunos miembros consideraron necesario reflexionar cuidadosamente sobre los tipos de procedimientos que debían establecerse. Se indicó que esos procedimientos debían tratar de lograr un delicado equilibrio entre los distintos intereses, incluido el respeto de la inmunidad y la garantía de la estabilidad de las relaciones internacionales, y tener en cuenta los límites a la inmunidad en la lucha contra la impunidad.

298. Varios miembros expresaron su apoyo al enfoque propuesto por la Relatora Especial para abordar los aspectos procesales de manera amplia e integral. Además, los miembros mencionaron la importancia de tratar el doble componente de los aspectos procesales: las consideraciones tradicionales relativas a cuestiones como el momento en que se consideraba la inmunidad, su invocación y su renuncia; y, más importante aún, una amplia variedad de consideraciones en relación con las salvaguardias, teniendo en cuenta en particular, aunque no exclusivamente, la aprobación del proyecto de artículo 7.

b) Comentarios acerca del resumen del debate sobre el proyecto de artículo 7

299. Los miembros que hicieron uso de la palabra expresaron su agradecimiento por el resumen del debate contenido en el sexto informe con respecto al proyecto de artículo 7 y

recordaron las circunstancias en que se aprobó dicho proyecto de artículo, y algunos miembros destacaron diversos elementos del debate que consideraban esenciales. Varios miembros reiteraron su descontento con la manera en que se había aprobado el proyecto de artículo 7 y el efecto que ello tendría en los métodos de trabajo de la Comisión. Otros recordaron la importancia de que los Estados miembros tuvieran una clara indicación por parte de la Comisión sobre si el proyecto de artículo 7 reflejaba el derecho internacional consuetudinario existente o constituía desarrollo progresivo. Dado que estaba previsto finalizar el tema en primera lectura el año siguiente, algunos miembros consideraron que la Comisión podía permitirse darse otra oportunidad para examinar el contenido del proyecto de artículo 7, no solo para abordar la cuestión de si reflejaba el derecho internacional consuetudinario o si era un ejercicio de desarrollo progresivo, sino también para mejorar la forma en que se había aprobado. No obstante, otros miembros recordaron que el examen de los límites y excepciones era la esencia del tema. A este respecto, se consideró que el examen de los aspectos procesales aseguraría un funcionamiento justo y efectivo del proyecto de artículo 7. Al mismo tiempo, se destacó que las disposiciones y garantías procesales eran pertinentes para el conjunto del proyecto de artículos, y no solo con respecto al proyecto de artículo 7. Varios miembros esperaban con interés el examen de esos aspectos en el séptimo informe del año siguiente. También se puso en duda la viabilidad de subsanar con salvaguardias procesales lo que se consideraban deficiencias sustantivas fundamentales del proyecto de artículo 7.

c) Comentarios sobre los aspectos procesales examinados en el sexto informe

300. En lo que respecta al concepto de jurisdicción, algunos miembros, si bien agradecieron las propuestas de la Relatora Especial sobre el proyecto de artículo 2, que se habían remitido al Comité de Redacción, señalaron que no era totalmente necesario definir la "jurisdicción" penal a los efectos del proyecto de artículos sobre el tema. Bastaría un enfoque funcional para esbozar los parámetros de la jurisdicción con respecto a los aspectos procesales. Se sugirió, como cuestión general de metodología, que se distinguiera entre el concepto general de jurisdicción, incluidos los fundamentos básicos de la jurisdicción del Estado, y la cuestión de los órganos competentes para ejercer la jurisdicción penal de un Estado determinado. En opinión de otros miembros, esa definición era necesaria porque aportaría seguridad en cuanto al alcance de la jurisdicción penal afectada por las normas relativas a la inmunidad.

301. Desde el punto de vista metodológico, se consideró útil mantener la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* al abordar las disposiciones procesales, así como posteriormente las garantías, aunque algunos miembros señalaron que la distinción no debía exagerarse.

302. En general, los miembros esperaban con interés los proyectos de artículo que la Relatora Especial propondría en el séptimo informe sobre los aspectos procesales examinados en el sexto informe.

i) Momento

303. En relación con el momento de examinar la inmunidad, en general se consideró que se trataba de una cuestión de la que podía ocuparse la Comisión y con respecto a la cual esta podía ofrecer una valiosa orientación tomando como base la jurisprudencia y la práctica existentes.

304. En cualquier caso, los miembros destacaron la importancia de abordar las cuestiones relativas a la inmunidad en un momento temprano de las actuaciones a fin de evitar toda confusión en una etapa ulterior. Tomando como base la jurisprudencia, quedaba confirmado que las cuestiones de la inmunidad eran de carácter preliminar, y que debían resolverse con rapidez y decidirse *in limine litis*. Se recordó que, en la opinión consultiva relativa a la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, la Corte Internacional de Justicia había afirmado que ese principio

era “un principio de derecho procesal comúnmente reconocido” cuya finalidad era impedir que “se vaciara de contenido la esencia de la norma sobre inmunidad”[1247].

305. No obstante, algunos miembros consideraron importante abordar, como sugería la Relatora Especial, varios aspectos prácticos, como qué se entendía por “momento temprano” o “tan pronto como sea posible”, ya que se trataba de expresiones vagas y llenas de ambigüedad. Se confirmó que, al menos en lo que respecta a la inmunidad *ratione personae*, la resolución aprobada en Vancouver en 2001 por el Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional indicaba que debía concederse la inmunidad y la inviolabilidad a la que tenía derecho un Jefe de Estado desde el momento en que se tenía conocimiento de tal condición. Así pues, se señaló que la inmunidad debía considerarse sin demora y, en todo caso, en el momento inicial del procedimiento y antes de que se adoptaran medidas vinculantes contra el funcionario del Estado que obstaculizaran el ejercicio de sus funciones. Asimismo, se sugirió que la causa relativa a *Avena*[1248] podía ofrecer alguna orientación sobre la forma de abordar aspectos prácticos en relación con la urgencia de actuar “sin demora”; en esa causa concreta, la Corte interpretó que la expresión no significaba necesariamente “inmediatamente después de la detención y antes del interrogatorio”.

306. Algunos miembros que hicieron uso de la palabra reconocieron la dificultad de determinar la aplicación de las normas relativas a la inmunidad durante las fases de investigación debido a la diversidad de la legislación y la práctica nacionales en materia de investigación y procesamiento. Seguía siendo necesario que la Comisión estudiara la cuestión y ofreciera orientación práctica a los Estados.

307. Se sugirió que las consideraciones de la inmunidad debían abarcar, en principio, todo el procedimiento penal: la investigación, la detención, la reclusión, la extradición, el traslado, el procesamiento, la revisión del procesamiento, la fase previa al juicio y las medidas cautelares, así como las actuaciones y decisiones judiciales oficiales y su ejecución.

308. Algunos miembros cuestionaron que debiera concluirse necesariamente que la inmunidad no tenía aplicación inmediata durante las fases de investigación, ya que ello dependía en gran medida de las circunstancias de cada caso y del derecho y la práctica de los Estados concretos en cuestión. Se trataba de un asunto que era preciso estudiar más a fondo.

ii) Actos afectados

309. En lo que respecta a los actos de los Estados del foro respecto de los que se aplicaba la inmunidad, los miembros aceptaron en general las tres categorías planteadas por la Relatora Especial en su sexto informe, a saber, la detención, la comparecencia como testigo y las medidas cautelares que requirieran un examen. Algunos miembros señalaron que era necesario aclarar qué se entendía por “actos afectados por la inmunidad”. Según varias opiniones, convenía distinguir entre la investigación penal de una situación y la investigación penal de un caso determinado a los efectos de la inmunidad. Habría que centrar la atención en este segundo contexto. Al respecto, se hizo hincapié en los actos vinculantes que impusieran medidas coercitivas al funcionario del Estado. Así pues, se señaló que la inmunidad debía considerarse antes de que se adoptaran medidas vinculantes contra el funcionario del Estado que constituyeran un obstáculo para el ejercicio de sus funciones.

310. A juicio de algunos miembros, entre estas medidas cabía citar la orden de detención, la acusación penal, la orden de comparecer ante una corte o tribunal como persona investigada o de asistir a la vista de confirmación de cargos, y la solicitud de extradición o de entrega. También se señaló que no todos los actos realizados durante las actuaciones

[1247] *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., en especial pág. 88, párr. 63.

[1248] *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12.

penales implicaban la imposición de medidas coercitivas restrictivas a un funcionario. Por ejemplo, se dijo que una denuncia por la vía penal en sí misma no influía directamente en el ejercicio por un funcionario de sus funciones.

311. Algunos miembros insistieron en la importancia de la naturaleza coercitiva de las medidas restrictivas y el consiguiente obstáculo que suponían para el ejercicio por un funcionario de sus funciones. Se recordó que, en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte se refirió a la protección de la persona en cuestión contra todo acto de autoridad de otro Estado que constituyera un obstáculo para el desempeño de sus funciones[1249], mientras que en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* destacó que "el factor determinante para apreciar si ha habido o no un atentado contra la inmunidad del Jefe de Estado radica en la sujeción [...] a un acto de autoridad restrictivo"[1250].

312. Algunos miembros propusieron que se examinaran más a fondo los efectos de la inviolabilidad sobre la inmunidad, en particular sobre la inmunidad *ratione materiae*, en lugar de recurrir en exceso a la aplicación de una metodología deductiva o sacar determinadas conclusiones de la práctica pertinente para la inmunidad *ratione personae*. También se sugirió que la función de la Organización Internacional de Policía Criminal y su práctica, en particular con respecto a su sistema de "notificaciones rojas", requería un análisis más exhaustivo.

313. Varios miembros consideraron necesario estudiar otras cuestiones relacionadas con la comparecencia como testigo, en particular con respecto a la inmunidad *ratione materiae*, entre otras cosas en lo tocante a la aportación de material y documentos probatorios.

314. Algunos miembros consideraron también que había que seguir estudiando la cuestión de las medidas cautelares.

iii) Determinación de la inmunidad

315. Varios miembros convinieron con la Relatora Especial en que correspondía a las cortes y tribunales del Estado del foro determinar si existía inmunidad y, de ser así, si había excepciones a dicha inmunidad. No obstante, se sugirió que la Comisión examinara el requisito procesal de que todo ejercicio de la jurisdicción respecto de un funcionario debía estar sujeto a la decisión de un tribunal superior, y no a la del tribunal de primera instancia de rango más bajo.

316. Algunos miembros se hicieron eco de la importancia de no desdeñar el papel que desempeñaba el ejecutivo. A este respecto, se puso de manifiesto el papel desempeñado a nivel nacional por los ministerios encargados de las relaciones exteriores.

317. Otros miembros insistieron en la importancia de abordar, dentro del alcance del presente tema y con miras a avanzar en el examen de los posibles límites, las cuestiones relativas a la discrecionalidad en relación con el procesamiento. Ello era necesario para evitar los procesamientos abusivos o motivados por razones políticas. Se señaló que el establecimiento de directrices para los encargados del procesamiento tendría la ventaja de mejorar el ejercicio arbitrario o agresivo de la discrecionalidad en relación con el procesamiento en el caso de la troika y de otros funcionarios del Estado. A la inversa, esas directrices proporcionarían un mecanismo de salvaguardia contra el ejercicio negativo de la discrecionalidad en relación con el procesamiento en los casos en que un funcionario del Estado que hubiera cometido un crimen grave del derecho internacional no fuera procesado.

318. Algunos miembros destacaron la importancia de velar por la seguridad en las normas relativas al procedimiento aplicable para el cumplimiento de la ley. Se indicó que, en caso de duda o ambigüedad, debería haber un órgano estatal encargado de dar las instrucciones adecuadas a los organismos encargados del cumplimiento de la ley, y se

[1249] *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. 22, párr. 54.

[1250] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 177 y ss., en especial pág. 237, párr. 170.

reconoció a este respecto el papel desempeñado por los ministerios encargados de las relaciones exteriores.

319. También se sugirió que se examinara la cuestión del arreglo de controversias relativas a cuestiones de inmunidad por parte de las cortes y tribunales internacionales. Asimismo, sería necesario estudiar el posible papel del Consejo de Seguridad en lo que respecta al cumplimiento de órdenes de detención o de órdenes de entrega de documentación.

320. Algunos miembros se mostraron partidarios de seguir estudiando la posibilidad de que el Estado del funcionario tuviera la opción de renunciar a la inmunidad.

d) Comentarios sobre las salvaguardias y garantías procesales

321. Los miembros consideraron que el examen de las salvaguardias y garantías procesales era esencial para la conclusión satisfactoria de los trabajos sobre el tema. Se señaló que había que distinguir entre, por un lado, las salvaguardias que aseguraban a la persona el respeto de las debidas garantías procesales y, por otro, otras garantías previstas en el derecho internacional de los derechos humanos, así como salvaguardias que tenían por objeto proteger la estabilidad de las relaciones internacionales y evitar procesamientos motivados por razones políticas y abusivos. Era preciso abordar ambos aspectos y se sugirió que, para que las salvaguardias fueran efectivas, no solo debían ocuparse de las consecuencias de la denegación de la inmunidad del funcionario del Estado en el Estado del foro en general, sino también en el contexto específico del proyecto de artículo 7.

322. En cuanto a las salvaguardias procesales que afectaban al funcionario extranjero en cuestión, se hizo referencia, por ejemplo, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y especialmente a las disposiciones que garantizaban normas internacionales mínimas en actuaciones penales como la detención y la privación de libertad (art. 9), el trato justo de los sospechosos y los procesados (art. 10) y el derecho a un juicio imparcial (art. 14).

323. Por lo que respecta a las salvaguardias que podían afectar a la estabilidad de las relaciones internacionales, y al proyecto de artículo 7 conexo, se señaló que era crucial que la Comisión hiciera lo posible por llegar a un entendimiento. A este respecto, se sugirió que se elaborasen salvaguardias específicas para abordar cuestiones dimanantes del proyecto de artículo 7. En virtud de esas salvaguardias, únicamente se podría ejercer la jurisdicción penal sobre la base del proyecto de artículo 7 si: a) el funcionario extranjero se hallaba presente en el Estado del foro; b) las pruebas de que el funcionario había cometido el presunto delito, habida cuenta de su excepcional gravedad, eran "plenamente concluyentes"[1251]; c) la decisión del Estado del foro de iniciar actuaciones penales contra el funcionario extranjero se adoptaba al más alto nivel del Gobierno o de las autoridades encargadas del procesamiento; y d) el Estado del foro estaba obligado a cooperar con el Estado del funcionario.

324. Además, se dijo que la obligación de cooperar en este sentido significaba que el Estado del foro había de notificar al Estado del funcionario si tenía la intención de iniciar actuaciones penales y preguntarle si deseaba renunciar a la inmunidad de su funcionario; y, en caso de que el Estado del funcionario pudiera y quisiera someter el asunto a sus propias cortes o tribunales para su enjuiciamiento, el Estado del foro había de dar traslado de las actuaciones y extraditar al presunto infractor al Estado del funcionario o, en caso de acordarlo así los Estados interesados, trasladar al funcionario a una corte o tribunal internacional competente. Alternativamente, en caso de que el Estado del funcionario no pudiera o no quisiera someter el asunto a sus propias cortes o tribunales o a una corte o tribunal internacional para su enjuiciamiento, el Estado del foro, antes de autorizar la continuación del enjuiciamiento por sus instancias nacionales, había de manifestar su disposición a trasladar al presunto infractor a una corte o tribunal internacional competente si dicha corte o tribunal tenía jurisdicción.

[1251] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 129, párr. 209.

325. Algunos miembros destacaron la importancia que podía tener el Estado del funcionario en el ejercicio de la jurisdicción respecto de sus propios funcionarios. También se dijo que difícilmente podrían resolverse las cuestiones dimanantes del proyecto de artículo 7 con salvaguardias y garantías procesales.

e) Labor futura

326. En general, los miembros que hicieron uso de la palabra apoyaron el plan de trabajo futuro propuesto por la Relatora Especial y pusieron de relieve la necesidad de disponer de un conjunto completo de proyectos de artículo sobre los aspectos procesales en el séptimo informe. Se expresó el deseo de que se concluyera la primera lectura del proyecto de artículos en el siguiente período de sesiones.

327. No obstante, si bien algunos miembros se mostraron partidarios de estudiar el efecto que la obligación de cooperar con la Corte Penal Internacional podría tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, otros se opusieron a ese examen, al considerar que dicho estudio era incompatible con el alcance acordado y con el proyecto de artículo 1, según el cual el proyecto de artículos se entendía sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional. También, se señaló que podría ser útil estudiar las implicaciones procesales para la inmunidad derivadas de disposiciones convencionales que contemplaban la posibilidad de que un funcionario público pudiera cometer crímenes tipificados en ellas.

328. Algunos miembros destacaron la importancia de elaborar un posible mecanismo de comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario sobre la base de un sistema de subsidiariedad o complementariedad. Dicho sistema promovería la investigación y el procesamiento por el Estado del funcionario.

329. Varios miembros consideraron útil que se aclarase la relación entre la invocación por motivos de carácter procesal, en particular de la inmunidad *ratione materiae*, y las consecuencias de esa invocación, entre otras cosas para la responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

330. El debate sobre el sexto informe continuaría y concluiría en el 71er período de sesiones de la Comisión.

Capítulo XII
Celebración del 70º aniversario de la Comisión

A. Introducción

331. La Comisión, en su 68º período de sesiones (2016), recomendó que los actos conmemorativos del aniversario se celebraran durante su 70º período de sesiones, en 2018, en sesiones en Nueva York y en Ginebra. A este respecto, la Comisión recomendó que, en Nueva York, se celebrara una sesión solemne de la Comisión, de medio día de duración, a la que se invitaría a dignatarios de alto nivel, y una sesión informal, de medio día de duración, con los delegados de la Sexta Comisión de la Asamblea General para intercambiar opiniones acerca de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, la relación entre esta y la Sexta Comisión, y el papel de ambos órganos en la promoción del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Asimismo, la Comisión recomendó que, en Ginebra, se organizase una conferencia de un día y medio de duración, dedicada a la labor de la Comisión, con asesores jurídicos de Estados y organizaciones internacionales, representantes del mundo académico y otros destacados juristas internacionales. La Comisión recomendó también que se debatiese un informe de las sesiones en la reunión anual de los Asesores Jurídicos en Nueva York y que se publicasen las conclusiones de las actividades relacionadas con el aniversario. La Comisión pidió a la Secretaría que, en consulta con el Presidente de la Comisión y con el Presidente del Grupo de Planificación, comenzase los arreglos para la celebración de los actos conmemorativos[1252]. La Asamblea General tomó nota con aprecio de estas recomendaciones[1253].

332. La Comisión, en su 69º período de sesiones (2017), confirmó los planes para celebrar el aniversario, observando además que la conferencia que se celebrase en Ginebra estaría precedida de una sesión inaugural de alto nivel, a la que se invitaría a dignatarios de alto nivel. Se estableció un grupo asesor[1254] para seguir trabajando entre períodos de sesiones, junto con la Secretaría, en la organización de los actos conmemorativos.

333. Además, la Comisión recomendó que los actos que tuvieran lugar en Nueva York se celebraran el 21 de mayo de 2018, y los que tuvieran lugar en Ginebra lo hicieran los días 5 y 6 de julio, bajo el tema general "Setenta años de la Comisión de Derecho Internacional: haciendo balance para el futuro"[1255]. La Asamblea General tomó nota con aprecio de la recomendación de la Comisión sobre los arreglos relativos a la celebración de su 70º aniversario, y alentó a los Estados a que hicieran contribuciones voluntarias a fin de facilitar dicha conmemoración[1256].

B. Celebración del 70º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional

334. En su 3392ª sesión, celebrada el 1 de mayo de 2018, la Comisión recibió información sobre los arreglos para la celebración del 70º período de sesiones de la Comisión.

335. Bajo el tema general "Setenta años de la Comisión de Derecho Internacional: haciendo balance para el futuro", la Comisión celebró su 70º aniversario con actos organizados en Nueva York, el 21 de mayo de 2018, y en Ginebra, los días 5 y 6 de julio

[1252] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 327 a 332.

[1253] Resolución 71/140 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 2016.

[1254] El Grupo Asesor estuvo integrado por: el Presidente de la Comisión, Sr. Georg Nolte, el Presidente del Grupo de Planificación, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, el Sr. Yacouba Cissé, el Sr. Shinya Murase y el Sr. Pavel Šturma.

[1255] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 279 a 281.

[1256] Resolución 72/116 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017.

de 2018. En Nueva York, en su 3407ª sesión, el 21 de mayo de 2018, la Comisión organizó una sesión solemne de medio día de duración, a la que siguió, en su 3408ª sesión, un diálogo de medio día de duración con representantes de la Sexta Comisión de la Asamblea General. En la 3407ª sesión, pronunciaron discursos conmemorativos: el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional, el Sr. Miroslav Lajčák, Presidente de la Asamblea General, el Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, en nombre del Secretario General, el Sr. Burhan Gafoor, Presidente de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Sr. Jürg Lauber, Representante Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas, y la Sra. Jennifer Newstead, Asesora Jurídica del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

336. El discurso inaugural fue pronunciado por el Sr. Nico Schrijver, Profesor de Derecho Internacional Público del Centro Grocio de Estudios Jurídicos Internacionales, de la Universidad de Leiden, y Presidente del Instituto de Derecho Internacional.

337. En el diálogo mantenido con la Sexta Comisión, en la 3408ª sesión, el Sr. Gafoor y el Sr. Valencia-Ospina formularon observaciones introductorias, que estuvieron seguidas de dos mesas redondas.

338. En la primera mesa redonda, sobre “La Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión: retos estructurales”, se abordaron las siguientes cuestiones: cuáles eran los desafíos futuros para el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; si la Comisión debería concentrarse más en el derecho internacional general o en esferas concretas del derecho internacional; si era necesario volver a examinar la distinción entre el desarrollo progresivo y la codificación; y si la Comisión se dirigía únicamente a los Estados o también a las cortes y tribunales y a otros actores.

339. La mesa redonda estuvo presidida por el Sr. Valencia-Ospina, y el Sr. François Alabrune, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia, el Sr. Mahmoud Hmoud, la Sra. Janine Coye Felson, de la Misión Permanente de Belice, y el Sr. Ernest Petrič fueron los ponentes.

340. En la segunda mesa redonda, sobre “La Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión: reflexiones sobre su interacción en el pasado y el futuro”, se abordaron las siguientes cuestiones: las formas en que habían interactuado la Sexta Comisión y la Comisión de Derecho Internacional, de manera formal e informal, para promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; la forma en que habían influido ambos órganos entre sí, y cuáles habían sido los logros conjuntos y las dificultades; qué medidas prácticas podrían adoptarse para mejorar la relación entre la Sexta Comisión y la Comisión de Derecho Internacional; cómo debería diseñar la Comisión de Derecho Internacional los resultados de su labor, y en qué forma debería abordarlos la Sexta Comisión; y qué aspecto debería tener la Comisión en diez años.

341. La mesa redonda estuvo presidida por el Sr. Gafoor, y el Sr. Evgeny Zagaynov, del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia, la Sra. Concepción Escobar Hernández, el Sr. Angel Horna, de la Misión Permanente del Perú, y el Sr. Hussein A. Hassouna fueron los ponentes.

342. El acto celebrado en Ginebra constó de una sesión solemne y una sesión con asesores jurídicos de los Estados y otros expertos en derecho internacional, que se centró en diversos aspectos de la labor de la Comisión en el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. En la 3422ª sesión, el 5 de julio de 2018, pronunciaron discursos conmemorativos: el Sr. Valencia-Ospina; el Sr. Miguel de Serpa Soares; la Sra. Corinne Cicéron Bühler, Directora de la Dirección de Derecho Internacional y Asesora Jurídica del Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza; y la Sra. Kate Gilmore, Alta Comisionada Adjunta de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

343. El discurso inaugural fue pronunciado por el Sr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

344. En las sesiones con asesores jurídicos y expertos en derecho internacional, las sesiones 3423ª y 3424ª, celebradas los días 5 y 6 de julio de 2018, hizo unas observaciones

introductorias el Sr. Georg Nolte, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional en el 69º período de sesiones, y se organizaron cinco mesas redondas.

345. En la primera mesa redonda, sobre "La Comisión y su impacto", se debatieron las siguientes cuestiones: qué ocurría con el resultado final de la labor de la Comisión de Derecho Internacional; cuál había sido el impacto de la labor de la Comisión en la práctica de los Estados, incluidas las decisiones judiciales y la doctrina; y en qué medida incidía la forma de la labor de la Comisión en su impacto.

346. La mesa redonda estuvo presidida por el Sr. Pedro Comissário Afonso, Representante Permanente de Mozambique en Ginebra, y el Sr. Alejandro Rodiles, del Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sra. Laurence Boisson de Chazournes, de la Universidad de Ginebra, y el Sr. Pavel Šturma fueron los ponentes.

347. En la segunda mesa redonda, sobre "Los métodos de trabajo de la Comisión", se abordaron los siguientes temas: si la Comisión tenía que seguir adaptando sus métodos de trabajo a los resultados de su labor; cómo había cambiado la comunicación con otros órganos y otras personas y cómo podría mejorarse; la función de los Relatores Especiales; la función del Comité de Redacción; la función de los comentarios; el papel de la División de Codificación y otro tipo de apoyo.

348. La mesa redonda estuvo presidida por el Sr. Aleksandar Gajić, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Serbia, y la Sra. Danae Azaria, del University College de Londres, el Sr. Maurice Kamto, de la Universidad de Yaundé II, y el Sr. Shinya Murase fueron los ponentes.

349. En la tercera mesa redonda, sobre "La función de la Comisión: hasta dónde identificar el derecho existente y hasta dónde proponer nueva legislación", se examinaron las siguientes cuestiones: la necesidad de una "Comisión de Derecho Internacional": entonces (¿y ahora?); si era cierto que la distinción entre el desarrollo progresivo y la codificación solía ser difícil de mantener, o había temas en que esta distinción debería subrayarse en la labor de la Comisión; y si la Comisión debería hacer hincapié en la consolidación de la legislación vigente, o debería hacerlo en el desarrollo de nueva legislación.

350. La mesa redonda estuvo presidida por la Sra. Davinia Aziz, de la Fiscalía General de Singapur, y el Sr. Yifeng Chen, de la Universidad de Pekín, la Sra. Ineta Ziemele, de la Facultad de Derecho de Riga, y el Sr. Sean Murphy fueron los ponentes.

351. En la cuarta mesa redonda, sobre "El panorama cambiante del derecho internacional" se abordaron los siguientes temas: la Comisión y el desarrollo del derecho internacional: una valoración después de 70 años; los temas de los que debe ocuparse la Comisión a continuación; si deben volver a considerarse los métodos de la Comisión para seleccionar sus temas; y el papel que pueden desempeñar los Estados en la identificación de temas.

352. La mesa redonda estuvo presidida por la Sra. Elinor Hammarskjöld, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Suecia, y la Sra. Hajer Gueldich, de la Universidad de Cartago, el Sr. Keun-Gwan Lee, de la Universidad Nacional de Seúl, y el Sr. Claudio Grossman Guiloff fueron los ponentes.

353. En la quinta mesa redonda, sobre "La autoridad y los miembros de la Comisión en el futuro" se examinaron las cuestiones siguientes: la manera en que eran percibidos la Comisión y los resultados de su labor por los Gobiernos, las cortes y tribunales y otros procesos y órganos normativos internacionales; si era necesario mejorar la relación con la Sexta Comisión; si influían en la labor de la Comisión las diferentes tradiciones jurídicas, la procedencia regional y las profesiones de sus miembros; cómo lograr la paridad de género y, tal vez, otras formas de diversidad, como la diversidad generacional; y cuáles eran las posibilidades y los escollos que afrontaba la Comisión de cara al próximo decenio.

354. La mesa redonda estuvo presidida por un antiguo miembro de la Comisión, el Sr. Djamchid Momtaz, de la Universidad de Teherán, y la Sra. Zuzana Trávníčková, de la Facultad de Económicas de la Universidad de Praga, la Sra. Mónica Pinto, de la Universidad de Buenos Aires, y el Sr. Dire Tladi fueron los ponentes.

355. El Presidente de la Comisión hizo unas observaciones finales.

356. En el marco de los actos conmemorativos celebrados en Nueva York y Ginebra se organizó un gran número de actos paralelos en los que participaron los miembros de la Comisión y representantes de Estados y organizaciones internacionales, así como de instituciones académicas. Los actos paralelos fueron los siguientes: un intercambio informal de opiniones sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado, los crímenes de lesa humanidad y la identificación del derecho internacional consuetudinario, patrocinado por la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana; una conferencia del Sr. Shinya Murase sobre la labor en curso de la Comisión acerca de la protección de la atmósfera, pronunciada en el marco de la serie de conferencias de la Biblioteca Dag Hammarskjöld; una mesa redonda sobre el papel de la Comisión en la lucha contra la impunidad, organizada por el Brasil, Eslovaquia, la República de Corea y Suiza; un acto titulado "La promesa (y los escollos) de la jurisdicción universal", organizado por Costa Rica; una conferencia de la Sra. Nilüfer Oral sobre "El cambio climático y la protección de los océanos: historia de dos regímenes", pronunciada en el marco de la serie de conferencias de la Biblioteca Dag Hammarskjöld; una mesa redonda sobre "La codificación del derecho internacional: ¿regreso al futuro?", organizada por el Comité sobre el Derecho de las Naciones Unidas de la División Norteamericana de la Asociación de Derecho Internacional; un debate informal sobre la interacción entre la inmunidad y la impunidad a nivel internacional, y sobre las implicaciones prácticas de los resultados de la identificación del derecho internacional consuetudinario, organizado por la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana; un diálogo titulado "El avance hacia la jurisdicción universal: un diálogo con miembros de la Comisión", organizado por Costa Rica; una mesa redonda sobre "El aumento de la contribución de los Estados pequeños y en desarrollo a la labor de la Comisión", organizada por Fiji, Ghana, Honduras y Santa Lucía; una conferencia del Sr. Ki Gab Park sobre la *lex lata* y la *lex ferenda* en los trabajos recientes de la Comisión, pronunciada en el marco de la serie de conferencias de la Biblioteca Dag Hammarskjöld; una mesa redonda acerca del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección de las personas en caso de desastre, celebrada con ocasión del 70º período de sesiones de la Comisión, organizada por Colombia; una mesa redonda titulada "Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: *¿quo vadis?*", organizada por el Brasil; un debate sobre los problemas actuales en el ámbito de la sucesión de Estados, organizada por Eslovenia y la República Checa; un debate en mesa redonda sobre el logro de la paridad de género en la Comisión, titulada "Siete mujeres en 70 años", organizada por China, España, Finlandia, Portugal, Suecia y Turquía; una conferencia de la Sra. Patrícia Galvão Teles sobre "La Comisión de Derecho Internacional vista desde fuera: Estados Miembros, instituciones académicas y la Corte Internacional de Justicia" pronunciada en el marco de la serie de conferencias de la Biblioteca Dag Hammarskjöld; y una mesa redonda sobre el "Pacto Mundial por el Medio Ambiente", patrocinada por el Comité Ambiental del Club des Juristes.

357. Entre los actos organizados, la Secretaría preparó una exposición fotográfica, en Nueva York, Ginebra y La Haya, sobre la historia de la codificación del derecho internacional y los logros de la Comisión.

358. De conformidad con la resolución 72/116 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, se alentó a los Estados a que hicieran contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para que la Oficina de Asuntos Jurídicos apoyase la promoción del derecho internacional a fin de facilitar la conmemoración del 70º aniversario de la Comisión. Se han recibido generosas contribuciones financieras de los Gobiernos: Chile (50.000 dólares de los Estados Unidos); China (10.000 dólares de los Estados Unidos); Finlandia (10.000 euros); Irlanda (10.000 dólares de los Estados Unidos); Portugal (5.043 dólares de los Estados Unidos, destinados a la recepción organizada con motivo de la exposición; véase el párrafo que figura más abajo); Qatar (10.000 dólares de los Estados Unidos); Singapur (5.000 dólares de los Estados Unidos); Sri Lanka (5.000 dólares de los Estados Unidos) y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2.000 libras esterlinas). También se recibieron contribuciones de la Universidad Bilgi de Estambul (5.000 dólares de los Estados Unidos) y otros interesados (4.000 dólares de los Estados Unidos).

359. Los siguientes Gobiernos ofrecieron contribuciones en especie: India, Japón y Viet Nam: una recepción a mediodía en Nueva York, el 21 de mayo de 2018; la República de Corea: una recepción con motivo de la exposición en Nueva York, el 21 de mayo de 2018, junto con Portugal (véase el párrafo anterior); Rumania: una recepción por la tarde en Nueva York, el 21 de mayo de 2018; Alemania: una recepción a mediodía en Ginebra, el 5 de julio de 2018; Suiza: música durante la sesión solemne y una recepción por la tarde, el 5 de julio de 2018; y Austria y la República Checa: una recepción a mediodía, el 6 de julio de 2018.

360. La Comisión agradece enormemente las generosas contribuciones, que se utilizaron para sufragar los costes y gastos conexos relacionados con la organización de los actos en Nueva York y Ginebra, entre los que cabe señalar: los gastos de viaje (billetes y dietas) del orador que pronunció el discurso inaugural en Nueva York y de los ponentes invitados a los actos conmemorativos en Ginebra; la preparación del material de promoción, la organización de la exposición fotográfica, incluida una recepción para su inauguración en Nueva York; los elementos decorativos, la música y el refrigerio en la sala de conferencias en Ginebra; y diversas recepciones.

361. Los detalles de los actos conmemorativos del 70º aniversario se recogerán en una publicación, que se preparará y difundirá cuanto antes, y a la que se dará la más amplia divulgación posible. Algunos de los recursos del Fondo Fiduciario se han reservado para que dicha publicación esté cuanto antes a disposición de los potenciales usuarios, incluidos los de los países en desarrollo.

362. La Comisión observa que la Revista de Derecho de la Universidad Internacional de Florida organizará, los días 26 y 27 de octubre de 2018, un simposio sobre el tema: “Las contribuciones de la Comisión de Derecho Internacional al desarrollo del derecho internacional en los últimos/próximos 70 años: ¿codificación, desarrollo progresivo, o ambos?”.

Capítulo XIII
Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A. Principios generales del derecho

363. En su 3433ª sesión, celebrada el 19 de julio de 2018, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Principios generales del derecho" y nombrar Relator Especial al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez.

B. Solicitudes de la Comisión a la Secretaría de que prepare estudios sobre temas del programa de la Comisión

364. 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 publicara nuevamente a fin de reflejar el texto de los proyectos de conclusión y los comentarios sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobados en segunda lectura.

365. En su 3451ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2018, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría un memorando en el que se proporcionara información sobre los tratados que pudieran ser pertinentes para su labor futura sobre el tema "La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado".

C. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación

366. En su 3390ª sesión, celebrada el 30 de abril de 2018, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el período de sesiones en curso.

367. El Grupo de Planificación celebró tres reuniones, el 1 de mayo y los días 30 y 31 de julio de 2018. Tuvo ante sí la sección G, titulada "otras disposiciones y conclusiones de la Comisión, del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su septuagésimo segundo período de sesiones (A/CN.4/713); la resolución 72/116 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones; y la resolución 72/119 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

368. En su primera sesión, celebrada el 1 de mayo de 2018, el Grupo de Planificación decidió que se volviera a reunir el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, con el Sr. Mahmoud D. Hmoud como Presidente. Este presentó al Grupo de Planificación, en su segunda sesión, celebrada el 30 de julio de 2018, un informe oral sobre la labor del Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

369. En el período de sesiones actual, la Comisión, siguiendo la propuesta del Grupo de Trabajo, decidió recomendar la inclusión, en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, de los siguientes temas:

a) La jurisdicción penal universal; y

b) La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional.

370. Para elegir los temas, la Comisión se guio por la recomendación que hizo en su 50º período de sesiones (1998) en cuanto a los criterios de selección, a saber: a) que el tema refleje las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que el tema esté en una etapa suficientemente

avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; y c) que el tema sea concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación. La Comisión convino además en que no debía limitarse a los temas tradicionales, sino que también podía examinar los que reflejaran una evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en su conjunto. La Comisión consideró que la labor sobre esos dos temas constituiría una aportación útil al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Los resúmenes de los dos temas seleccionados figuran como anexos A y B del presente informe.

2. Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión

371. En su primera sesión, celebrada el 1 de mayo de 2018, el Grupo de Planificación decidió volver a establecer el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión, bajo la Presidencia del Sr. Hussein A. Hassouna. En su segunda sesión, celebrada el 30 de julio de 2018, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

3. Examen de la resolución 72/119 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional

372. La Asamblea General, en su resolución 72/119, de 7 de diciembre de 2017, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras cosas, reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, formulara observaciones sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho. Desde su 60º período de sesiones (2008), la Comisión ha venido formulando observaciones anualmente sobre su papel en la promoción del estado de derecho. La Comisión señala que las observaciones que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008[1257] siguen siendo pertinentes y reitera las formuladas en sus períodos de sesiones anteriores[1258].

373. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de su labor. El propósito de la Comisión, tal como se establece en el artículo 1 de su estatuto, es promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

374. Teniendo presente en toda su labor el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional, y su objetivo es promover el respeto del estado de derecho en el plano internacional.

375. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la Comisión seguirá teniendo en cuenta, cuando proceda, el estado de derecho como principio de gobernanza y los derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho, como se refleja en el preámbulo y en el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional[1259].

376. En su labor actual, la Comisión es consciente de “la estrecha relación entre el estado de derecho y los tres pilares de las Naciones Unidas (paz y seguridad, desarrollo y derechos

---

[1257] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/63/10).

[1258] *Ibid*., *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/64/10), párr. 231; *ibid*., *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/65/10), párrs. 390 a 393; *ibid*., *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párrs. 392 a 398; *ibid*., *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párrs. 274 a 279; *ibid*., *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 171 a 179; *ibid*., *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 273 a 280; *ibid*., *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párrs. 288 a 295; *ibid*., *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10*, (A/71/10), párr. 314 a 322; *ibid*., *septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 269 a 278.

[1259] Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 2012 relativa a la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, párr. 41.

humanos)”[1260], sin hacer hincapié en uno a expensas del otro. En este contexto, la Comisión tiene presente que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reconoce la necesidad de un estado de derecho efectivo y una buena gobernanza a todos los niveles[1261]. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, la Comisión tiene conciencia de los retos actuales a que se enfrenta el estado de derecho.

377. Recordando que la Asamblea General ha destacado la importancia de fomentar el intercambio de las mejores prácticas nacionales sobre el estado de derecho[1262], la Comisión desea recordar que gran parte de su labor consiste en recopilar y analizar prácticas nacionales relacionadas con el estado de derecho con miras a evaluar su posible contribución al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. En este sentido, la Comisión subraya el valor de las respuestas de los Estados a sus solicitudes.

378. Teniendo presente el papel de los procesos de los tratados multilaterales en el impulso del estado de derecho[1263], la Comisión recuerda que su labor en relación con diferentes temas ha dado lugar a varios procesos de tratados multilaterales y a la adopción de diversos tratados de ese tipo[1264].

379. Durante el actual período de sesiones, la Comisión ha seguido aportando su contribución al estado de derecho, en particular mediante su labor sobre los temas, “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados” (aprobado en segunda lectura en el actual período de sesiones), “Identificación del derecho internacional consuetudinario” (aprobado en segunda lectura en el actual período de sesiones), “Aplicación provisional de los tratados” (aprobado en primera lectura en el actual período de sesiones), “Protección de la atmósfera” (aprobado en primera lectura en el actual período de sesiones), “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, “Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*”, “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” y “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado”. En el programa de trabajo actual de la Comisión hay otro tema: “Crímenes de lesa humanidad” (aprobado en primera lectura en el período de sesiones anterior). La Comisión también decidió incluir un nuevo tema “Principios generales del derecho” en su programa de trabajo.

380. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

4. Examen de los párrafos 13 y 14 de la resolución 72/116, de 7 de diciembre de 2017, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones

381. La Comisión, recordando la decisión de celebrar parte de su período de sesiones, coincidiendo con la conmemoración de su 70º aniversario, en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, del 30 de abril al 1 de junio de 2018, toma nota con aprecio de las disposiciones administrativas y organizativas necesarias adoptadas por la Secretaría. Entre otras cosas, tales disposiciones facilitaron la interacción entre los miembros de la Comisión y los representantes de los Gobiernos, en especial en la Sexta Comisión, y otras partes.

5. Honorarios

382. La Comisión reitera su opinión, expresada en sus informes anteriores[1265], sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación por la Asamblea General de su

[1260] Informe del Secretario General sobre la evaluación de la eficacia del apoyo del sistema de las Naciones Unidas a la promoción del estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos, S/2013/341, 11 de junio de 2013, párr. 70.

[1261] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 21 de octubre de 2015, párr. 35.

[1262] Resolución 72/119 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, párrs. 2 y 24.

[1263] *Ibid*., párr. 9.

[1264] Véase, de manera más específica, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 294.

[1265] Véase *ibid*., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/57/10), párrs. 525 a 531; *ibid*., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/58/10), párr. 447;

resolución 56/272, de 27 de marzo de 2002. La Comisión insiste en que la resolución 56/272 afecta especialmente a los relatores especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación.

6. Documentación y publicaciones

383. La Comisión subraya una vez más la naturaleza única de su forma de actuar en el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, en el sentido de que concede especial relevancia a la práctica de los Estados y a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales cuando tratan cuestiones de derecho internacional. La Comisión reiteró la importancia de aportar y facilitar todas las pruebas de la práctica de los Estados y otras fuentes de derecho internacional pertinentes para el desempeño del cometido de la Comisión. Los informes de sus relatores especiales requieren una presentación adecuada de los precedentes y de otros datos relevantes, como tratados, resoluciones judiciales y doctrina, así como un análisis exhaustivo de las cuestiones que se examinan. La Comisión desea destacar que tanto la propia Comisión como sus relatores especiales son plenamente conscientes de la necesidad de ahorrar siempre que sea posible en el volumen general de documentación y seguirá teniendo presentes esas consideraciones. Si bien la Comisión tiene conciencia de las ventajas de ser lo más concisa posible, reitera su firme convencimiento de que no puede limitarse *a priori* la extensión de los documentos y los proyectos de investigación relacionados con la labor de la Comisión. De ahí que no se pueda pedir a los relatores especiales que reduzcan la longitud de sus informes una vez han sido presentados a la Secretaría, con independencia de las estimaciones que esta hubiera hecho de su extensión antes de la presentación. Los límites de palabras no son aplicables a la documentación de la Comisión, como ha reiterado sistemáticamente la Asamblea General[1266]. La Comisión también subrayó la importancia de que los relatores especiales preparen sus informes en el plazo fijado y los envíen a la Secretaría para su tramitación y remisión a la Comisión con antelación suficiente, al objeto de que estos se publiquen en todos los idiomas oficiales, a ser posible cuatro semanas antes del inicio de la parte correspondiente del período de sesiones de la Comisión. Al respecto, la Comisión reiteró su petición de que: a) los relatores especiales presenten sus informes en los plazos fijados por la Secretaría; y b) la Secretaría siga velando por que la documentación oficial de la Comisión se publique oportunamente en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

384. La Comisión reiteró su firme convencimiento de que las actas resumidas de la Comisión, que constituyen trabajos preparatorios indispensables para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, no pueden ser objeto de restricciones arbitrarias de su longitud. La Comisión observó con satisfacción una vez más que las medidas implantadas en su 65º período de sesiones (2013) para racionalizar la preparación de las actas resumidas de la Comisión habían dado lugar a una remisión más expeditiva de las versiones en francés y en inglés a los miembros de la Comisión, al objeto de que

ibid., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/59/10), párr. 369; *ibid*., *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/60/10), párr. 501; *ibid*., *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/61/10), párr. 269; *ibid*., *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 379; *ibid*., *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/63/10), párr. 358; *ibid*., *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/64/10), párr. 240; *ibid*., *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/65/10), párr. 396; *ibid*., *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 399; *ibid*., *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 280; *ibid*., *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 181; *ibid*., *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párr. 281; *ibid*., *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 299; *ibid*., *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/71/10), párr. 333; *ibid*., *septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 282.

[1266] Para consideraciones relativas al límite de páginas de los informes de los relatores especiales, véanse, por ejemplo, *Anuario..., 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 133, y *Anuario..., 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 133 y 134. Véanse también la resolución 32/151 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1977, párr. 10, y la resolución 37/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1982, párr. 5, así como resoluciones posteriores relativas a los informes anuales de la Comisión a la Asamblea General.

realizaran los cambios que procedieran, así como a su pronta publicación. La Comisión pidió a la Secretaría que reanudara la práctica de preparar las actas resumidas en francés y en inglés y siguiera esforzándose por mantener las medidas en cuestión a fin de asegurar la remisión expeditiva de las actas provisionales a los miembros de la Comisión. También celebró que los nuevos métodos de trabajo hubieran permitido una utilización más racional de los recursos y pidió a la Secretaría que prosiguiera con sus esfuerzos por facilitar la preparación de las actas definitivas en todos los idiomas oficiales, sin poner en peligro su integridad.

385. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los servicios que habían intervenido en la tramitación de su documentación, tanto en Ginebra como en Nueva York, por sus esfuerzos para lograr la tramitación oportuna y eficiente de la documentación de la Comisión, a menudo con plazos ajustados. Hizo hincapié en que la tramitación oportuna y eficiente de la documentación era esencial para que la labor de la Comisión se llevara a cabo de manera fluida.

386. La Comisión reafirmó su compromiso con el multilingüismo y recordó la importancia primordial que se da en su labor a la igualdad de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, como se destaca en la resolución 69/324 de la Asamblea General, de 11 de septiembre de 2015.

387. La Comisión expresó su sincero reconocimiento a la Biblioteca de la Sede de las Naciones Unidas por las facilidades y la asistencia prestadas durante la serie de sesiones de la Comisión celebradas en Nueva York, y en particular por haber organizado una serie de conferencias con la participación de los miembros de la Comisión.

388. La Comisión expresó una vez más su sincero reconocimiento a la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, que sigue prestando asistencia a los miembros de la Comisión con eficiencia y competencia.

389. La Comisión expresó su profundo pesar por el fallecimiento de la Sra. Irina Gerassimova, cuya asistencia, dedicación y profesionalidad como bibliotecaria jurídica en la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra durante muchos años fue muy apreciada.

7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

390. La Comisión reiteró que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* era crucial para entender la labor de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, así como en relación con el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. La Comisión tomó nota de que la Asamblea General, en su resolución 72/116, expresó su reconocimiento a los Gobiernos que habían realizado contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario* y alentó a que se hicieran nuevas contribuciones al Fondo.

391. La Comisión recomienda que la Asamblea General, al igual que en su resolución 72/116, exprese su satisfacción por los notables avances logrados en los últimos años para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario* en los seis idiomas oficiales y acoja con beneplácito los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, especialmente su Sección de Edición, para hacer efectivo el cumplimiento de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General en que se pide que se reduzca el retraso, y que aliente a la División de Gestión de Conferencias a que siga prestando todo el apoyo necesario para que la Sección de Edición avance con el *Anuario*.

8. Asistencia de la División de Codificación

392. La Comisión expresó su agradecimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación de la Secretaría en la prestación de servicios sustantivos a la Comisión, así como por la continua asistencia a los relatores especiales y en la preparación de estudios de investigación minuciosos sobre aspectos relacionados con los temas que están siendo examinados, con arreglo a las solicitudes de la Comisión. En particular, la Comisión expresó su aprecio a la Secretaría por la preparación de un memorando sobre los medios

para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710).

9. Sitios web

393. La Comisión expresó su profundo reconocimiento a la Secretaría por el sitio web sobre la labor de la Comisión y celebró que continuara con su actualización y mejora[1267]. Reiteró que ese y otros sitios web, de cuyo mantenimiento se ocupaba la División de Codificación[1268], constituyen un recurso inestimable para la Comisión, así como para el círculo más amplio de especialistas que investigan sobre la labor de la Comisión, lo que contribuye a potenciar en general la enseñanza, el estudio y la difusión del derecho internacional y a lograr que se valore en mayor medida. La Comisión celebró que en el sitio web sobre la labor de la Comisión figurase información sobre el estado actual de los temas del programa de la Comisión, así como enlaces a versiones preliminares de las actas resumidas de la Comisión y a las grabaciones de las sesiones del pleno de la Comisión.

10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

394. La Comisión observó con reconocimiento una vez más el extraordinario valor de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[1269] para promover un mejor conocimiento del derecho internacional y de la labor de las Naciones Unidas en este ámbito, incluidos los trabajos de la Comisión.

D. Fecha y lugar de celebración del 71er período de sesiones de la Comisión

395. La Comisión decidió que su 71er período de sesiones se celebre en Ginebra del 29 de abril al 7 de junio y del 8 de julio al 9 de agosto de 2019.

E. Cooperación con otros órganos

396. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por su Presidente, el Sr. Hernán Salinas Burgos, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3420ª sesión, celebrada el 4 de julio de 2018[1270]. El orador hizo una presentación general de las actividades del Comité en relación con diversas cuestiones jurídicas, centrándose en particular en las actividades realizadas en 2017. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

397. El Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por la Presidenta del Comité, la Sra. Päivi Kaukoranta, y por la Jefa de la División de Derecho Internacional Público y la Oficina de Tratados de la Dirección de Asesoramiento Jurídico y Derecho Internacional Público, y Secretaria del Comité, la Sra. Marta Requena, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la 3433ª sesión, celebrada el 19 de julio de 2018[1271]. Las oradoras centraron sus intervenciones en las actividades actuales del Comité en el ámbito del derecho internacional público, así como en las del Consejo de Europa. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

398. En respuesta a una iniciativa de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, y de conformidad con el artículo 26, párrafo 1, de su estatuto, la Comisión recomendó que, en la segunda parte de su 71er período de sesiones, se celebrara una reunión con la mencionada Comisión en el contexto de las actividades de conmemoración de su décimo aniversario. La Comisión pide a la Secretaría que, en consulta con el Presidente de

[1267] http://legal.un.org//ilc.
[1268] En general, puede consultarse en http://legal.un.org/cod/.
[1269] www.un.org/law/avl/.
[1270] La intervención se recoge en el acta resumida de esa sesión.
[1271] Las intervenciones se recogen en el acta resumida de esa sesión.

la Comisión y los miembros de la Mesa Ampliada, estudie las posibilidades para la celebración de dicha reunión.

399. El 18 de julio de 2018 tuvo lugar un intercambio informal de opiniones entre miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre temas de interés mutuo. Tras las intervenciones del Sr. Gilles Carbonnier, Vicepresidente del CICR, el Sr. Knut Dörmann, Oficial Jurídico Principal y Jefe de la División Jurídica del CICR, y el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Presidente de la Comisión, hubo exposiciones sobre los temas "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados" a cargo del Sr. Georg Nolte, Relator Especial para el tema, y "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior y el proyecto para actualizar los comentarios sobre los Convenios de Ginebra" a cargo del Sr. Jean-Marie Henckaerts, Jefe de la Dependencia de Actualización de los Comentarios de la División Jurídica del CICR. También hubo exposiciones sobre "Los crímenes de lesa humanidad" a cargo del Sr. Sean D. Murphy, Relator Especial para el tema, y "El derecho internacional humanitario y la guerra cibernética: la labor del CICR en relación con la aplicación y la aclaración del derecho existente, un requisito indispensable para evaluar la posible necesidad de desarrollo". Después de cada serie de exposiciones hubo un debate que fue moderado por la Sra. Helen Durham, Directora del Departamento de Derecho Internacional y Políticas Humanitarias del CICR. La Sra. Durham hizo unas observaciones finales.

F. Representación en el septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General

400. La Comisión decidió que en el septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General estaría representada por su Presidente, el Sr. Eduardo Valencia-Ospina.

G. Seminario sobre Derecho Internacional

401. De conformidad con la resolución 72/116 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, el 54º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones, del 2 al 20 de julio de 2018, durante el actual período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a juristas jóvenes que se especializan en derecho internacional, así como a jóvenes profesores o funcionarios cuyo propósito es hacer carrera, en sus países, en el mundo académico, diplomático o funcionarial.

402. Asistieron al período de sesiones 25 participantes de diferentes nacionalidades procedentes de todas las regiones del mundo[1272]. Los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

403. El Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Presidente de la Comisión, declaró abierto el Seminario. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario y desempeñó las funciones de Director de este. La Universidad de Ginebra aseguró la

[1272] Los participantes en el seminario fueron: la Sra. Manjida Ahamed (Bangladesh), la Sra. Noor Alsada (Qatar), el Sr. Ezéchiel Amani Cirimwami (República Democrática del Congo), la Sra. Meseret Fassil Assefa (Etiopía), la Sra. Jing Geng (Estados Unidos de América), el Sr. Arnaud Irakoze (Burundi), el Sr. Berdak Kalmuratov (Uzbekistán), el Sr. Fadi Khalil (Egipto), el Sr. Ales Klyunya (Federación de Rusia), el Sr. Oumar Kourouma (Guinea), el Sr. Ralph Loren Eisendecher (Chile), el Sr. Patrick Luna (Brasil), el Sr. Michael Moffatt (Canadá), el Sr. Yusuke Nakayama (Japón), la Sra. Keseme Odudu (Nigeria), el Sr. Andrés Ordoñez-Buitrago (Colombia), la Sra. Anastasija Popeska (ex República Yugoslava de Macedonia), la Sra. Harsha Rajwanshi (India), el Sr. Mustafa Can Sati (Turquía), la Sra. Antara Singh (Nepal), el Sr. Gianfranco Smith (Panamá), la Sra. Alba Surana González (Andorra), la Sra. Hilda Tizeba (República Unida de Tanzanía), el Sr. Tianze Zhang (China), y la Sra. Eva Zijlstra (Países Bajos). El Comité de Selección, presidido por el Sr. Makane Moïse Mbengue, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, se reunió el 24 de abril de 2018 y seleccionó a 25 candidatos de entre 302 solicitantes.

coordinación científica del Seminario. Desempeñó las funciones de coordinador el Sr. Vittorio Mainetti, experto en derecho internacional de la Universidad de Ginebra, con la ayuda del Sr. Federico Daniele, Asistente Jurídico.

404. Tuvieron lugar las conferencias que figuran a continuación, pronunciadas por miembros de la Comisión: “La labor de la Comisión de Derecho Internacional”, a cargo del Sr. Ernest Petrič; “El principio de la jurisdicción universal”, a cargo del Sr. Charles Chernor Jalloh; “La Comisión de Derecho Internacional vista desde fuera”, a cargo de la Sra. Patrícia Galvão Teles; “La protección de la atmósfera”, a cargo del Sr. Shinya Murase; “La protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”, a cargo de la Sra. Marja Lehto; “La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, a cargo de la Sra. Concepción Escobar Hernández; “El *ius cogens*”, a cargo del Sr. Dire D. Tladi; “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”, a cargo del Sr. Georg Nolte; “Los crímenes de lesa humanidad”, a cargo del Sr. Sean D. Murphy; y “La aplicación provisional de los tratados”, a cargo del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo.

405. Los participantes asistieron a los actos conmemorativos del 70º aniversario de la Comisión: “Setenta años de la Comisión de Derecho Internacional: haciendo balance para el futuro”, que tuvieron lugar en Ginebra los días 5 y 6 de julio de 2018.

406. Los participantes también asistieron a una conferencia organizada por la Universidad de Ginebra sobre la labor de la Comisión, que se centró en los temas “La identificación del derecho internacional consuetudinario” y “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado”, en la que participaron Sir Michael Wood y el Sr. Pavel Šturma, Relatores Especiales de la Comisión para los temas respectivos. Intervinieron en la conferencia los siguientes oradores: la Sra. Danae Azaria, profesora del University College de Londres; el Sr. Peter Haggenmacher, Profesor Honorario del Instituto Universitario de Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra; el Sr. Marcelo Kohen, Catedrático de Derecho Internacional del Instituto Universitario de Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra, el Sr. Robert Kolb, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra; el Sr. Nicolas Levrat, Catedrático de la Universidad de Ginebra; el Sr Marco Sassoli, Catedrático de Derecho Internacional y Director del Departamento de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales de la Universidad de Ginebra; la Sra. Mara Tignino, Profesora Titular de la Universidad de Ginebra; la Sra. Alla Tymofeyeva, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Charles de Praga.

407. Los participantes realizaron una visita a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), guiados por el Sr. Remo Becci, Director del Archivo de la OIT, y asistieron a dos conferencias: una impartida por el Sr. Dražen Petrović, Secretario del Tribunal Administrativo de la OIT, titulada “La justicia administrativa internacional”, y otra a cargo del Sr. Georges Politakis, Asesor Jurídico de la OIT, sobre el establecimiento de normas de la OIT. También realizaron una visita a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y asistieron a una conferencia, titulada “El sistema de solución de diferencias de la OMC”, que pronunciaron el Sr. Juan Pablo Moya Hoyos, de la División de Asuntos Jurídicos de la OMC, y el Sr. Shashank Kumar, de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC.

408. Se organizaron dos grupos de trabajo: uno sobre la identificación de nuevos temas para la Comisión y otro sobre la aclaración del alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal. Cada uno de los participantes fue asignado a un grupo. Dos miembros de la Comisión, la Sra. Patrícia Galvão Teles y el Sr. Charles Chernor Jalloh, supervisaron y ofrecieron orientación a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones en la última sesión de trabajo del Seminario. Una vez compilados, los informes fueron distribuidos a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

409. El Presidente de la Comisión, el Director del Seminario de Derecho Internacional y el Sr. Michael Moffatt, en nombre de los participantes en el Seminario, hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la ceremonia de clausura de este. Todos los participantes recibieron un certificado.

410. La Comisión observó con especial reconocimiento que, desde 2016, los Gobiernos de la Argentina, Austria, China, Finlandia, la India, Irlanda, México, el Reino Unido y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. Aunque la crisis financiera de los últimos años había afectado gravemente a los recursos financieros del Seminario, el Fondo Fiduciario aún pudo conceder un número suficiente de becas a candidatos con méritos, en especial procedentes de países en desarrollo, a fin de lograr una distribución geográfica adecuada entre los participantes. En 2018 se concedieron 12 becas.

411. Desde 1965, año en el que se empezó a celebrar, han asistido al Seminario 1.233 participantes de 175 nacionalidades. De ellos, 748 han recibido beca.

412. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda que la Asamblea General haga un nuevo llamamiento a los Estados para que hagan contribuciones voluntarias a fin de que la celebración del Seminario en 2019 cuente con la más amplia participación posible.

413. La Comisión observa que la Red de Alumnos del Seminario de Derecho Internacional se puso oficialmente en marcha a iniciativa de antiguos participantes y celebró su primera asamblea general en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, el 17 de julio de 2018[1273]. La Junta Directiva Honoraria de la Red está integrada por cinco miembros de la Comisión, la Sra. Patrícia Galvão Teles, el Sr. Claudio Grossman Guiloff, el Sr. Mahmoud D. Hmoud, el Sr. Shinya Murase y el Sr. Pavel Šturma, así como el Sr. Marcelo Kohen, Catedrático de Derecho Internacional del Instituto Universitario de Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra. El Comité Ejecutivo está integrado por cinco miembros: la Sra. Verity Robson, Presidenta; la Sra. Mary-Elisabeth Chong, Vicepresidenta encargada de los seminarios y las conferencias; la Sra. Valeria Reyes Menéndez, Vicepresidenta encargada de las relaciones internas; el Sr. Moritz Rudolf, Vicepresidente encargado de las actividades de divulgación y publicidad; y el Sr. Vittorio Mainetti, Secretario General. La firma del estatuto por los miembros de la Junta Directiva Honoraria y del Comité Ejecutivo tuvo lugar al final de la asamblea

[1273] https://ilsalumni.org/.

Anexos

A. La jurisdicción penal universal

Sr. Charles Chernor Jalloh

I. Introducción

1. El principio de la “jurisdicción universal”, o “principio de universalidad”, es un fundamento de jurisdicción único previsto en derecho internacional que permite a un Estado ejercer la jurisdicción nacional respecto de ciertos crímenes en interés de la comunidad internacional. No existe una definición única universalmente aceptada del concepto, pero, a los efectos de la labor a este respecto, puede describirse como una jurisdicción *penal* basada exclusivamente en la naturaleza del crimen, con independencia del territorio en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o convicto, la nacionalidad de la víctima o cualquier otra relación con el Estado que ejerce esa jurisdicción[1]. Esto significa que un Estado puede ejercer la jurisdicción universal respecto de un crimen cometido por un extranjero contra otro extranjero fuera de su territorio. Esa jurisdicción es muy diferente de los fundamentos de jurisdicción tradicionales previstos en derecho internacional, que suelen requerir algún tipo de relación territorial, de nacionalidad o de otra índole entre el Estado que ejerce la jurisdicción y la conducta en cuestión.

2. Debido a la ambigüedad que rodea a la definición y a otros aspectos del principio de la universalidad, cuya aplicación en el pasado ha sido y continúa siendo motivo de tensión en las relaciones entre los Estados, se sostiene que la Comisión de Derecho Internacional (“la Comisión”) debe incluir este tema en su programa de trabajo ya que, con ello, aportaría claridad a los Estados y, de ese modo, contribuir al estado de derecho en los asuntos internacionales.

3. En el contexto moderno, especialmente desde los juicios de Núremberg después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados han invocado cada vez más el principio de la jurisdicción universal en su lucha contra la impunidad por crímenes internacionales atroces[2]. Se trata, entre otros, de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, que figuran entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto[3]. De hecho, además de establecer diversos tribunales penales internacionales[4] o híbridos[5] especiales, así como la Corte Penal Internacional, para procesar

[1] Véanse el principio 1, párrafo 1, de los *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal* (aprobados el 27 de enero de 2001), Universidad de Princeton, Programa de Derecho y Asuntos Públicos; y *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law* (Stephen Macedo (ed.)), 2004. En este caso, con el título de este tema se distingue de manera implícita entre jurisdicción *penal* universal y jurisdicción *civil* universal. No obstante, cabe señalar que la mayor parte del presente documento se refiere al primer principio utilizando las expresiones más habituales “jurisdicción universal” o “principio de universalidad”.

[2] Secretario General de las Naciones Unidas, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal*, párrs. 10 y 11, documento de las Naciones Unidas A/65/181 (29 de julio de 2010).

[3] Véase el preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, pág. 3, donde se utiliza esa expresión. No obstante, esta no es en modo alguno la primera vez que se expresa ese concepto. De hecho, esas palabras pueden encontrarse ya en los trabajos de la Comisión, que en su proyecto de código de crímenes determinó que la jurisdicción universal es aplicable a esos crímenes. Véase, por ejemplo, el *proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996*, segunda parte.

[4] El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, estableció los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda en 1993 y 1994, respectivamente.

[5] Las Naciones Unidas también han celebrado acuerdos con Sierra Leona, Camboya y el Líbano a fin de establecer tribunales “híbridos” especiales para esos países. Algunos órganos regionales han abordado la cuestión, como, por ejemplo, la Unión Africana (UA), que ha celebrado un acuerdo con

a los principales responsables de esos crímenes en diversos conflictos en todo el mundo, los Estados han recurrido en el pasado al principio de la jurisdicción universal para justificar el ejercicio de la jurisdicción penal nacional, como hizo Israel respecto de Adolf Eichmann en 1961[6]. No obstante, si no se define el alcance que puede tener la jurisdicción penal nacional de un Estado en tales circunstancias con arreglo al derecho internacional, existe el riesgo de que ese Estado atente contra la soberanía de otro Estado en contravención del derecho internacional o se niegue a ejercer su jurisdicción penal incluso en casos en que la jurisdicción universal pueda permitir que lo haga.

4. Los defensores del principio de la jurisdicción universal aducen varios argumentos. En primer lugar, se afirma que la existencia de la jurisdicción universal refleja el deseo de la comunidad internacional de promover el castigo por los Estados de los infractores que actúen al margen de la jurisdicción de cualquier Estado —como en el clásico ejemplo de la piratería *ius gentium* que, por ser un crimen que afecta a la *communis iuris*, es un *delicta iuris gentium* (un "crimen contra el derecho de gentes")[7].

5. En segundo lugar, el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de ciertos crímenes se considera justificado porque esos crímenes vulneran los valores universales y los principios humanitarios. Estos valores fundamentales son la base de los sistemas de derecho penal de todos los Estados. Así pues, según ha afirmado la Comisión en sus trabajos anteriores, el interés de sancionar por la comisión de actos constitutivos de crímenes internacionales condenados por todos los Estados —especialmente cuando son perpetrados a muy gran escala— debe extenderse necesariamente más allá de las fronteras del único Estado que tenga jurisdicción en razón del lugar en que se haya cometido el crimen o de la nacionalidad de los autores o las víctimas, que puede incluso haber tolerado pasivamente o alentado las atrocidades cometidas, ya que esos actos pueden socavar los cimientos de la comunidad internacional en su conjunto[8].

6. Por último, se considera desde hace tiempo, y sin duda desde los juicios y la sentencia de Núremberg en 1946, que algunos crímenes son tan graves y la magnitud de sus consecuencias tan importante que su comisión perturba la conciencia de toda la

---

uno de sus Estados miembros para establecer un tribunal híbrido en el sistema judicial del Senegal con objeto de enjuiciar los actos de tortura y los crímenes de lesa humanidad, mientras que la Unión Europea (UE) también ha colaborado con uno de sus miembros con el mismo fin. Pueden encontrarse análisis de algunos de estos tribunales en Charles Chernor Jalloh (ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge University Press, 2013); Simon Meisenberg e Ignaz Stegmiller (eds.), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (Springer, 2016).

[6] *Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann* (Tribunal Supremo de Israel, 1962), 36 ILR 5 (1961).

[7] Véase *id*., donde se cita la piratería como ejemplo de ese crimen. La causa relativa a *Adolf Eichmann* reflejó ese deseo. Eichmann era un alto cargo de la Alemania nazi responsable de organizar la detención, deportación, internamiento y exterminio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial. Unos agentes secretos israelíes lo secuestraron en la Argentina el 11 de mayo de 1960. La Argentina presentó una queja ante el Consejo de Seguridad, alegando que se había atentado contra su soberanía y contra el derecho internacional. El Consejo de Seguridad aprobó la resolución 138 (1960) el 24 de junio de 1960, en la que declaró que esos actos provocaban una fricción internacional y podían, de repetirse, poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. También pidió a Israel que procediera a una adecuada reparación. Israel expresó su pesar y consideró que ello constituía esa reparación. La Argentina manifestó su descontento con la expresión de pesar y expulsó al Embajador de Israel. Después de una serie de conversaciones diplomáticas entre bastidores, ambos Estados emitieron un comunicado conjunto en el que dieron por zanjado el incidente.

[8] Este sentimiento queda reflejado en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y sus comentarios, de 1996, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48º período de sesiones en 1996 y presentado a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones (párr. 50). El informe, que también contiene los comentarios al proyecto de artículos, en particular a los artículos 8 y 9, figura en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996*, vol. II, segunda parte. La Comisión establecía el tipo de jurisdicción más amplio respecto de los crímenes en el ámbito nacional sobre la base del principio de universalidad, al mismo tiempo que la jurisdicción de un tribunal penal internacional.

humanidad[9]. Esa es la razón por la que los Estados determinaron que ciertas conductas constituían violaciones manifiestas que entrañarían la responsabilidad penal individual del autor. Su atrocidad, sumada a su capacidad de socavar la paz y la seguridad de todos los Estados, da derecho a todos los Estados a investigar y enjuiciar a quienes tengan dichas conductas[10]. Al igual que los piratas de antaño, los autores de esos crímenes son considerados *hostes humani generis* —enemigos de toda la humanidad— que no merecen cobijo en ninguna parte del mundo. En resumen, considerada en su conjunto, la lógica en que se basa el ejercicio de la jurisdicción penal universal es que los Estados pueden y deben actuar contra las personas a las que nadie pueda obligar de otro modo a rendir cuentas. Es una de las pocas formas de hacer justicia y de ayudar a disuadir en cierto modo de la comisión de algunos de los crímenes condenados en derecho internacional[11].

7. No obstante, a pesar de estas y otras justificaciones conexas, la práctica de los Estados en relación con el ejercicio de la jurisdicción universal pone de manifiesto que algunos aspectos de la naturaleza y el contenido sustantivo del principio suscitan controversia jurídica. Generalmente los Estados parecen estar de acuerdo sobre su legalidad, al menos en determinadas circunstancias, y sobre el hecho de que, en principio, se trata de un instrumento útil e importante para combatir la impunidad. Existen numerosos tratados[12] que obligan a los Estados a determinar y ejercer la jurisdicción nacional respecto

[9] Secretario General de las Naciones Unidas, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los Gobiernos*, párrs. 10 y 11, documento de las Naciones Unidas A/65/181 (29 de julio de 2010).

[10] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, nota 3 *supra*, preámbulo (“crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”); Luis Benavides, *The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, núm. 1, L. Rev., págs. 22 y ss., en especial págs. 26 y 27 (2001).

[11] Véase el informe de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional, nota 8 *supra*, incluido el texto de los proyectos de artículo 8 y 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y sus comentarios.

[12] Véanse, por ejemplo, la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1316, pág. 206, art. 5; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85, art. 5, párr. 3; la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y el Reglamento para su Aplicación, de 14 de mayo de 1954, http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000824/082464mb.pdf, art. 28; el Convenio Internacional para la Protección de los Cables Telegráficos Submarinos, de 14 de marzo de 1884, http://www.iscpc.org/information/Convention_on_Protection_of_Cables_1884.pdf, arts. 8 y 9; el Convenio Internacional para la Represión de la Circulación y del Tráfico de Publicaciones Obscenas, de 12 de septiembre de 1923, Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. XXVII, pág. 214, art. 2; el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, de 14 de septiembre de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 704, pág. 219, art. 3; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, pág. 168, art. 3; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, pág. 277, art. VI; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2051, pág. 363; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 10 de marzo de 1988, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, pág. 222, art. 7, párrs. 4 y 5; el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, de 8 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, pág. 3, art. 85, párr. 1; el Primer Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, pág. 31, art. 49; el Cuarto Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, pág. 287, art. 146; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 16 de diciembre de 1970, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, pág. 105, art. 4, párr. 3; la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, resolución 44/34 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1989, art. 9, párrs. 2 y 3; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994, https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html, arts. 4 y 6; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, resolución 34/146 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1979, arts. 5 y 8; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, Naciones Unidas, *Treaty Series*,

de crímenes específicos con los que el Estado puede no tener ninguna relación, como el genocidio en la Convención contra el Genocidio de 1948, las "infracciones graves" (crímenes de guerra) en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977[13] y la tortura en la Convención contra la Tortura de 1984[14]. El principio de universalidad también parece fundamentar diversos tratados regionales y la legislación nacional de muchos Estados. Pero ahí parece terminar el consenso general sobre la jurisdicción universal.

8. Las divergencias entre los Estados sobre el principio de universalidad, que se recogen en un documento oficioso elaborado en el marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se refieren, entre otros, a tres aspectos: 1) *la definición del concepto de jurisdicción universal*, en particular su distinción de otros conceptos conexos; 2) *el alcance de la jurisdicción universal*, en particular la lista de crímenes según el derecho internacional sujetos a esa jurisdicción y la extensión de dicha lista; y 3) *los parámetros para la aplicación de la jurisdicción universal*, en particular las condiciones de su aplicación; los criterios para el ejercicio de esa jurisdicción; los aspectos procesales y prácticos, en particular si es necesario que el sospechoso se halle en el territorio para abrir una investigación o tomar otras medidas contra él; la función de los sistemas judiciales nacionales; la interacción con otros conceptos del derecho internacional; la asistencia y la cooperación internacionales, incluida la cuestión de la asistencia judicial recíproca y la cooperación técnica y de otro tipo en materia penal a nivel horizontal; la cuestión de si el Estado territorial debe tener prioridad para actuar frente a otros Estados que tengan una relación distinta con el comportamiento presuntamente prohibido; la posible aplicabilidad de la prescripción y de las debidas garantías procesales internacionales, incluidos el derecho a un juicio imparcial y la excepción de cosa juzgada *(non bis in idem)*; su interacción con la obligación de extraditar o juzgar *(aut dedere aut iudicare)*, por lo general convencional, en relación con determinados crímenes; y la relación de la universalidad con el principio de complementariedad, que, en el caso de los Estados partes en el Estatuto de Roma, da primacía al enjuiciamiento *nacional* de los crímenes más graves respecto de la competencia de la Corte Penal Internacional permanente[15].

9. Dicho esto, la discrecionalidad política de que gozan los Estados para decidir si invocar la jurisdicción universal a fin de iniciar actuaciones penales es probablemente la principal fuente de controversia en relación con el principio de universalidad. El Grupo de África, el Grupo de América Latina y el Caribe y el Movimiento de los Países No Alineados son particularmente críticos a este respecto: sostienen que los nacionales de los Estados menos poderosos han sido los únicos objetivos reales de la jurisdicción universal, mientras que los nacionales de los Estados más poderosos la han eludido en su mayoría. A

vol. 2716, pág. 3, art. 6, párr. 1; el Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, de 20 de abril de 1929, Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CXII, pág. 371, art. 17; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, de 10 de marzo de 1988, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, pág. 304, art. 3; el Segundo Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, pág. 85, art. 50; la Convención Única sobre Estupefacientes, de 30 de marzo de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 520, pág. 151, art. 36, párr. 2; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, resolución 832 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993; y el Tercer Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, pág. 135, art. 129. Asimismo, el principio de complemntariedad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, documento de las Naciones Unidas, A/CONF.183/9, arts. 17 a 20 y 53, prevé la posibilidad de que los Estados ejerzan su jurisdicción nacional respecto de crímenes que son competencia de la Corte.

[13] Convenio de Ginebra, nota 12 *supra*.

[14] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85.

[15] Véase Sexta Comisión de la Asamblea General, *The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, Informal Working Paper prepared by the Chairperson for discussion in the Working Group*, págs. 1 a 7 (3 de noviembre de 2017) (elaborado para facilitar un debate más en profundidad teniendo en cuenta los anteriores intercambios de opiniones entre los delegados en la Sexta Comisión y fusionar diversos documentos oficiosos elaborados entre 2011 y 2014), https://papersmart.unmeetings.org/media2/16155022/wg-universal-jurisdiction_informal-working-paper.pdf.

la inversa, otros Estados, en especial algunos del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados cuyas cortes y tribunales nacionales parecen invocar la universalidad con mayor frecuencia, como Bélgica, España y Francia, afirman que el ejercicio de la jurisdicción universal es compatible con el derecho internacional y debe considerarse parte de un baluarte fundamental en la lucha contra la impunidad de determinados crímenes graves condenados por la comunidad internacional en su conjunto. Ello es especialmente así cuando resulte que el Estado territorial o de nacionalidad del sospechoso o el Estado en que pueda encontrarse a este no quiera o no pueda someter el asunto a enjuiciamiento.

10. Tal vez no sorprenda que los intentos de ejercer la jurisdicción universal a menudo provoquen fricciones legales, políticas y diplomáticas entre los Estados a nivel bilateral, regional e internacional. Así ocurrió, por ejemplo, en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*[16] examinada por la Corte Internacional de Justicia acerca de la validez de una orden de detención de Bélgica contra el Ministro de Relaciones Exteriores del Congo, Abdoulaye Yerodia, por presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad[17]. Posteriormente, a raíz de las acusaciones presentadas contra ciertos altos cargos de Rwanda en diversos Estados europeos, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana (UA), integrada por 54 miembros, aprobó varias resoluciones[18] en las que afirmó "que la jurisdicción universal es un principio de derecho internacional cuyo propósito es velar por que las personas que cometan delitos graves, como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, no lo hagan impunemente y sean enjuiciadas", de conformidad con el artículo 4 h) del Acta Constitutiva de la UA[19]. No obstante, en esa y varias decisiones posteriores, la UA también expresó su grave preocupación por el posible "uso indebido" y "abuso" políticos de la jurisdicción universal[20]. Por consiguiente, pidió, entre otras cosas, que se impusiera una moratoria a la

[16] *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, párr. 7. La Corte Internacional de Justicia ha conocido de otras causas más recientes entre Francia, por un lado, y el Congo, Djibouti y Guinea Ecuatorial, por el otro, que, si bien aún no se han resuelto en su totalidad, plantean inquietudes similares sobre las inmunidades y el establecimiento de la jurisdicción penal. Más recientemente, se ha pedido a la Corte que se pronuncie sobre la obligación de procesar o extraditar en virtud de la Convención contra la Tortura en una causa entre Bélgica y el Senegal.

[17] *Id.* En la causa relativa a la *Orden de detención*, la Corte abordó la cuestión de la inmunidad, y no la jurisdicción universal.

[18] Assembly/AU/Dec.420(XIX), Decisión sobre el abuso del principio de la jurisdicción universal, Doc. EX.CL/731(XXI), 19º período ordinario de sesiones de la Asamblea, Addis Abeba (Etiopía), 15 y 16 de julio de 2012; Assembly/AU/Dec.355(XVI), Decisión sobre el abuso del principio de la jurisdicción universal, Doc. EX.CL/640(XVIII), 16º período ordinario de sesiones de la Asamblea, Addis Abeba (Etiopía), 30 y 31 de enero de 2011; Assembly/AU/Dec.296(XV), Decisión sobre el abuso del principio de la jurisdicción universal, Doc. EX.CL/606(XVII), 15º período ordinario de sesiones de la Asamblea, Kampala (Uganda), julio de 2010; Assembly/AU/Dec.271(XIV), Decisión sobre el abuso del principio de la jurisdicción universal, Doc. EX.CL/540(XVI), 14º período ordinario de sesiones de la Asamblea, Addis Abeba (Etiopía), 31 de enero a 2 de febrero de 2010; Assembly/AU/Dec.243(XIII)Rev.1, Decisión sobre el abuso del principio de la jurisdicción universal, Doc. Assembly/AU/11(XIII), 13er período ordinario de sesiones de la Asamblea, Sirte (Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista), 1 a 3 de julio de 2009; Assembly/AU/Dec.213(XII), Decisión sobre la aplicación de la Decisión de la Asamblea relativa al abuso del principio de la jurisdicción universal, Doc. Assembly/AU/3(XII), 12º período ordinario de sesiones de la Asamblea, Addis Abeba (Etiopía), 1 a 3 de febrero de 2009; Assembly/AU/Dec.199(XI), Decisión relativa al informe de la Comisión sobre el abuso del principio de la jurisdicción universal, Doc. Assembly/AU/14(XI), 11º período ordinario de sesiones de la Asamblea, Addis Abeba (Etiopía), 30 de junio y 1 de julio de 2008.

[19] Carta de fecha 29 de junio de 2009 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la República Unida de Tanzanía ante las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas A/63/237/Rev.1 (23 de julio de 2009). Véase también el artículo 4 h) del Acta Constitutiva de la Unión Africana ("La Unión actuará de conformidad con los siguientes principios: [...] el derecho de la Unión a intervenir en un Estado miembro en cumplimiento de una decisión de la Asamblea con respecto a circunstancias graves, a saber: crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad").

[20] Decisiones de la UA sobre la jurisdicción universal, véase el análisis conexo con la nota 18.

emisión o ejecución de órdenes de detención basadas en ese principio, que se estableciera un órgano regulador internacional facultado para examinar y/o tramitar las denuncias relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción universal por distintos Estados y que se mantuviera un diálogo sobre la cuestión a nivel tanto regional (UA-UE) como mundial (Naciones Unidas)[21].

11. Teniendo en cuenta, por una parte, las opiniones de los Estados que consideran que la jurisdicción universal es un valioso instrumento jurídico para la comunidad internacional en sus esfuerzos por poner freno a las graves infracciones según el derecho internacional, y por otra parte, las opiniones de los Estados a quienes preocupa su posible abuso y ejercicio selectivos, arbitrarios y políticos, así como su interacción y relación con otras normas de derecho internacional, se plantea la cuestión de si la Comisión de Derecho Internacional, como órgano subsidiario de la Asamblea General encargado del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, debe emprender un estudio jurídico de este importante tema. Si decide hacerlo para ayudar potencialmente con directrices o conclusiones derivadas de la práctica de los Estados, ello podría resultar de utilidad práctica para los Estados. De hecho, la Asamblea General reconoció expresamente la necesidad de aclarar este principio jurídico ya en 2009, cuando, por consenso, incluyó el tema en el programa de la Sexta Comisión sobre la base de una propuesta del Grupo de Estados de África durante su sexagésimo cuarto período de sesiones, celebrado en 2009[22].

12. La Sexta Comisión ha debatido el tema todos los años desde 2009[23]. Si bien en los últimos nueve años se han hecho progresos importantes para aclarar algunos aspectos de la jurisdicción universal respecto de los que hay divergencia de opiniones, los avances no han sido tan importantes como se había previsto inicialmente en relación con otros aspectos. La UA, aprobó, tan solo en enero de 2018, una decisión en la que expresó su pesar por el aparente estancamiento del debate sobre el tema de la universalidad en la Asamblea General y, por consiguiente, instó al Grupo de Estados de África en Nueva York a que formulara recomendaciones a la Cumbre sobre la manera de llevar adelante ese debate[24]. La falta de avances significativos parece deberse, al menos en parte, a las diferencias políticas en cuanto a la posibilidad de que este principio jurisdiccional se ejerza de manera selectiva y arbitraria. De hecho, durante el debate de la Asamblea General sobre la cuestión en 2017, la inmensa mayoría de las delegaciones pudieron convenir en la necesidad de impulsar el examen de la jurisdicción universal aun no estando de acuerdo sobre su definición, naturaleza, alcance y límites. Puede discernirse la misma pauta en debates anteriores de la Sexta Comisión que se remontan a octubre de 2010.

13. En estas circunstancias, si se centra en un conjunto limitado de cuestiones jurídicas fundamentales en lugar de en toda la panoplia de cuestiones que, a juicio de los Estados, reflejan su divergencia de opiniones (reseñadas en el párrafo 8 *supra*), parece que la Comisión estaría en una situación ideal para ayudar a los Estados mediante la formulación

[21] Decisiones de la UA sobre la jurisdicción universal, *id*. Cabe señalar que, a raíz del informe del Grupo de Expertos de la UA y la UE, la Comisión de la UA concluyó que había sido difícil encontrar una solución duradera en otros debates sobre este asunto con la UE. Por ello, promovió la cuestión ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, que la incluyó como tema en 2009 a fin de dar al debate una dimensión más global. Cabe destacar que, en 2012, la UA también adoptó una medida positiva con la aprobación de la Ley Tipo de la Unión Africana sobre la Jurisdicción Universal respecto de los Crímenes Internacionales y encomendó a sus Estados miembros que la incorporaran en su legislación nacional (asumiendo la jurisdicción universal respecto del genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la piratería, el tráfico de drogas y el terrorismo).

[22] Informe de la Sexta Comisión sobre su sexagésimo cuarto período de sesiones, Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/64/452, párrs. 1 y 2.

[23] Resoluciones de la Asamblea General 64/117, de 15 de enero de 2010; 65/33, de 10 de enero de 2011; 66/103, de 13 de enero de 2012; 67/98, de 14 de enero de 2013; 68/117, de 18 de diciembre de 2013; 69/124, de 18 de diciembre de 2014; 70/119, de 18 de diciembre de 2015; 71/149, de 20 de diciembre de 2016; y 72/120, de 18 de diciembre de 2017.

[24] En el momento de redactarse el presente informe, el Grupo de Estados de África no se había reunido ni había transmitido dicha recomendación. Véase Assembly/AU/Dec.665-689(XXX), Decisión relativa a la Corte Penal Internacional, Doc. EX.CL/1068(XXXII), 30º período ordinario de sesiones, Addis Abeba (Etiopía), 28 y 29 de enero de 2018, párr. 5 v), pág. 2.

de directrices o conclusiones en las que se aclaren la naturaleza, el alcance, los límites y las salvaguardias procesales por las que debe regirse el ejercicio de la jurisdicción universal.

14. En primer lugar, un estudio jurídico de la jurisdicción universal que dé lugar a un proyecto de directrices o de conclusiones podría ayudar a la Sexta Comisión en sus deliberaciones sobre la cuestión. El tema parece prestarse al desarrollo progresivo y la codificación, dada la existencia de práctica estatal, precedentes y doctrina abundantes. En este sentido, cabe señalar que la Comisión ha trabajado mucho en la esfera del derecho penal internacional y, de hecho, en estrecha colaboración con la Sexta Comisión, ha realizado importantes contribuciones al desarrollo de la materia[25]. Al ocuparse de este tema ahora continuaría esa tradición, que incluyó, entre otras cosas, la formulación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg en 1950 y la elaboración de un proyecto de estatuto de una corte penal internacional permanente en 1994.

15. En segundo lugar, el tema propuesto sigue siendo una fuente de colaboración bilateral, regional e internacional para todos los Estados, especialmente cuando se alega que el principio de universalidad se ha aplicado de manera selectiva y arbitraria. El ejemplo de la UA y la UE, que en enero de 2009 crearon un grupo especial de expertos para orientar sus debates sobre la cuestión, parece indicar que la adopción de un enfoque técnico ha resultado útil y pertinente para los Estados.

16. En tercer lugar, como se explica a continuación, el tema cumple los criterios de la Comisión para incluirlo en su programa de trabajo a largo plazo.

17. El programa de trabajo a largo plazo de la Comisión ya recoge un tema conexo titulado “Jurisdicción extraterritorial”[26], que todavía no se ha incluido en el programa vigente. No obstante, no hay solapamiento ni duplicación entre ambos temas. En la sinopsis del tema de la “jurisdicción extraterritorial”, que se refiere a la jurisdicción en materia tanto penal como mercantil, se examinó expresamente el principio de universalidad y se excluyó del alcance del tema debido a la naturaleza única de ese principio[27]. En todo caso, la adición de la jurisdicción universal al programa de trabajo a largo plazo complementaría ese tema.

II. El tema se ajusta a los criterios de inclusión en el programa de trabajo a largo plazo

18. Para incluir un tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional, se debe demostrar que cumple los siguientes criterios establecidos en 1996:

[25] La Comisión ha trabajado mucho en la esfera del derecho penal internacional. Comenzó con su primer proyecto, es decir, la formulación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, y continuó con la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, la cuestión de la definición de la agresión, el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1954, 1996), el proyecto de estatuto para una corte penal internacional, el crimen de agresión, la obligación de extraditar o juzgar *(aut dedere aut iudicare)* o temas más recientes como la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los crímenes de lesa humanidad.

[26] Véase la propuesta de la Secretaría sobre el tema de la *Jurisdicción Extraterritorial* (anexo V), http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/annexes.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/cod/ (consultado por última vez el 10 de agosto de 2018).

[27] Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, documento de las Naciones Unidas A/61/10, anexo E (2006) (en cuyo párrafo 16 se afirma que la jurisdicción universal se distingue de otros fundamentos de jurisdicción porque se suele invocar en relación con la protección de los intereses de la comunidad internacional, y no exclusivamente el propio interés nacional del Estado del foro y que, por lo tanto, dicho principio “cae fuera del ámbito” de ese tema. Es interesante señalar, por otro lado, que la jurisdicción extraterritorial figuraba en el primer grupo de temas seleccionados por la Comisión cuando examinó, en su primer período de sesiones, un estudio del derecho internacional elaborado por la Secretaría. De los 25 temas recomendados para su posible inclusión en el programa de trabajo, la Comisión estableció una lista provisional de 14, uno de los cuales era “Jurisdicción con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional”).

1. El tema ha de reflejar las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional;

2. El tema debe encontrarse en una etapa suficientemente en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación;

3. El tema debe ser concreto y viable; y

4. La Comisión no debe limitarse a los temas tradicionales, sino que debe considerar también temas que reflejen una evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en su conjunto[28]. Como se verá en el análisis que figura a continuación, en el presente caso se cumplen todos estos criterios.

1. Un estudio de la jurisdicción penal universal refleja las necesidades de los Estados

19. Como ya se ha señalado, la Sexta Comisión lleva debatiendo el tema de la jurisdicción universal desde 2009 y solo ha hecho escasos progresos. La Sexta Comisión ha concluido que "la mejor forma de garantizar la legitimidad y credibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal es que esta se aplique de manera responsable y sensata con arreglo al derecho internacional"[29]. Esto lleva a preguntarse qué supone un ejercicio sensato y qué requiere la conformidad con el derecho internacional. Reconociendo la falta de progresos sustanciales después de años de debate, se determinó que el establecimiento de un grupo de trabajo, abierto a todos los Estados Miembros, facilitaría un examen más informal del tema. Se esperaba que con ello se contribuiría a minimizar las diferencias de opinión entre las delegaciones[30]. Además del grupo de trabajo, que ha permitido hacer algunos progresos sobre la cuestión, pero parece seguir reflejando algunas de esas mismas divisiones en el contexto más amplio de la Sexta Comisión y la Asamblea General, se decidió que todo examen se hiciera "sin perjuicio de que este tema y otras cuestiones conexas se examinen en otros foros de las Naciones Unidas"[31]. La finalidad explícita de esas palabras era dejar margen para que otros órganos pertinentes de las Naciones Unidas, como la Comisión, abordaran la cuestión desde la perspectiva de sus respectivos mandatos.

20. Desde la perspectiva de la Sexta Comisión, un estudio del tema por parte de la Comisión de Derecho Internacional probablemente permitiría a la Asamblea General lograr más avances para aclarar el estatus, o al menos ciertos aspectos jurídicos, del principio de universalidad en el derecho internacional. Una contribución de la Comisión en esta etapa mediante un análisis jurídico específico podría ser de ayuda para el debate que se está celebrando en Nueva York, en la medida de lo posible, y responder a las preocupaciones de los Estados sobre el posible abuso o uso indebido del principio. También debería ayudar a la elaboración de propuestas concretas basadas en la práctica estatal que permitan a los Estados tener un fundamento jurídico más claro para negociar un resultado de avenencia, cuando no alcanzar un consenso sobre el tema en la Asamblea General. La Comisión, en su calidad de órgano subsidiario técnico, está bien preparada para realizar ese análisis jurídico de este importante principio del derecho internacional. El estudio jurídico contribuiría a aprovechar el potencial del principio para colmar las lagunas en materia de impunidad existentes en lo que se refiere a los esfuerzos de la comunidad internacional para combatir los crímenes graves según el derecho internacional, al tiempo que aportaría una seguridad jurídica muy necesaria para los Estados y las autoridades nacionales, incluidas las cortes y tribunales.

[28] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 238.

[29] Proyecto de resolución de la Sexta Comisión de la Asamblea General, documento de las Naciones Unidas A/C.6/66/L.19 (1 de noviembre de 2001), párr. 1.

[30] Naciones Unidas, *Seventy-Second Session: The scope and application of the principle of universal jurisdiction* (Agenda item 86), http://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction.shtml (consultado por última vez el 10 de agosto de 2018).

[31] Resolución 65/33 de la Asamblea General, de 10 de enero de 2011, párr. 2.

2. El tema se encuentra en una etapa suficientemente avanzada en la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación

21. Con independencia de las actuales dudas de los Estados sobre su ámbito de aplicación, muchos de ellos ya cuentan con leyes que prevén un tipo de jurisdicción universal o cuasiuniversal basada en determinadas obligaciones convencionales. Prueba de ello es el abundante material que los Estados han proporcionado al Secretario General y los numerosos informes elaborados por la Secretaría de la Sexta Comisión para la Asamblea General a fin de facilitar su examen de la jurisdicción universal. Además de la legislación nacional y las numerosas convenciones internacionales que prevén la obligación *aut dedere aut iudicare*[32], que puede guardar relación con la jurisdicción universal, pero no necesariamente tiene el mismo alcance, algunos Estados prevén un tipo de jurisdicción universal en su derecho interno respecto de ciertos crímenes graves según el derecho internacional, incluso cuando la conducta objetada tenga lugar fuera de su territorio y no implique a sus nacionales. Existe suficiente práctica de los Estados, habida cuenta del aumento constante de ese tipo de investigaciones y enjuiciamientos, toda ella suficientemente extendida y avanzada para permitir la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en esta esfera.

22. El valor añadido de un estudio de este tema por la Comisión resulta evidente tras un examen de: 1) los extensos debates sobre la jurisdicción universal mantenidos en la Sexta Comisión entre 2009 y 2017[33]; 2) la abundante información a nivel legislativo, judicial y ejecutivo presentada por distintos Estados y grupos de Estados con una reseña de su práctica en materia de jurisdicción universal; 3) los informes detallados preparados por el Secretario General para ayudar a los Estados a estructurar sus debates sobre el tema en la Sexta Comisión[34]; y 4) las resoluciones anuales de la Asamblea General sobre la cuestión[35]. En la medida en que pueda existir preocupación por el estudio de un tema que la Sexta Comisión está examinando actualmente, es preciso destacar que las resoluciones anuales sobre el alcance y la aplicación de la jurisdicción universal aprobadas por la Asamblea General en los últimos años han subrayado en reiteradas ocasiones que su análisis de la cuestión debe realizarse en todo momento "sin perjuicio"[36] de que esta se examine en otros foros de las Naciones Unidas. Claramente, esto incluye a la Comisión en su calidad de órgano subsidiario de la Asamblea General. Por el contrario, numerosas veces en los últimos años, Estados de todas las regiones geográficas[37] de hecho han señalado en

[32] Véanse, por ejemplo, los tratados mencionados en la nota 12.

[33] Varios Estados se refirieron al tema en el debate que tuvo lugar en 2017: Argelia, Argentina, Australia, Bangladesh, Brasil, China, Cuba, El Salvador, Eslovenia, Estados Unidos de América, Estonia, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Israel, Kenya, Lesotho, Líbano, Liechtenstein, Malasia, México, Nigeria, Noruega, Paraguay, Reino Unido, República Checa, Rwanda, Singapur, Sudáfrica, Sudán, Siria, Tailandia, Trinidad y Tabago, y Venezuela.

[34] Secretario General de las Naciones Unidas, Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/65/181, 29 de julio de 2010; Secretario General de las Naciones Unidas, Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/66/93, 20 de junio de 2011; Secretario General de las Naciones Unidas, Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/66/93/Add.1, 16 de agosto de 2011; Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/67/116, 28 de junio de 2012; Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/68/113, 26 de junio de 2013; Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/69/174, 23 de julio de 2014; Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/70/136, 14 de julio de 2015; Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/71/111, 28 de junio de 2016; Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, documento de las Naciones Unidas A/72/112, 22 de junio de 2017.

[35] Resoluciones de la Asamblea General 64/117, de 15 de enero de 2010; 65/33, de 10 de enero de 2011; 66/103, de 13 de enero de 2012; 67/98, de 14 de enero de 2013; 68/117, de 18 de diciembre de 2013; 69/124, de 18 de diciembre de 2014; 70/119, de 18 de diciembre de 2015; 71/149, de 20 de diciembre de 2016; y 72/120, de 18 de diciembre de 2017.

[36] *Id.*

[37] Por ejemplo, durante el debate de la Asamblea General en 2017, la CELAC, compuesta por 33 Estados de América Latina y el Caribe, contempló en sus declaraciones el examen del tema por la

diferentes etapas del debate en la Sexta Comisión que el "carácter técnico" de la jurisdicción universal hace de la Comisión un foro más adecuado para su aclaración jurídica[38].

3. El tema es concreto y viable y la Secretaría ya ha recopilado una gran cantidad de práctica de los Estados sobre la jurisdicción penal universal

23. La jurisdicción universal es tanto concreta como viable como objeto de estudio. Existe una práctica estatal suficiente para codificar la práctica actual y hay controversia suficiente para hacer necesarios la codificación y el desarrollo progresivo del alcance de la jurisdicción universal. Ya se ha señalado que, en los casi diez años que la Sexta Comisión lleva examinando el alcance y la aplicación del principio, ya se han reunido la práctica estatal, los precedentes y la doctrina disponibles para ayudar con la codificación. Se presenta lo que puede ser una situación excepcional. Habida cuenta de la aparente falta de respuesta de los Estados a los cuestionarios de la Comisión sobre los temas de los que se ocupa, la información de que se dispone actualmente proporciona una materia prima que la Comisión podría utilizar para avanzar en su labor.

24. El estudio de la cuestión de la jurisdicción universal es viable, además, porque muchas convenciones ampliamente ratificadas por los Estados ya los obligan a prohibir determinados tipos de comportamiento y a ejercer la jurisdicción respecto de esos crímenes por medio de su legislación nacional[39]. Existe jurisprudencia pertinente sobre la jurisdicción universal en diversos ordenamientos jurídicos[40], así como instrumentos regionales y trabajos académicos sobre el tema. Cabe citar, por ejemplo, la Ley Tipo de la Unión Africana sobre la Jurisdicción Universal[41], los Principios de El Cairo y Arusha sobre la Jurisdicción Universal[42] y los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal[43]. Además, sin que ello quiera decir que hay un solapamiento susceptible de ampliar el alcance de este tema, la Comisión ha examinado recientemente o está examinando otros temas que podrían ayudarla a aclarar más fácilmente el principio de la jurisdicción universal.

Comisión ("si no se presentan avances en las próximas reuniones del grupo de trabajo, debería considerarse solicitar a la Comisión de Derecho Internacional estudiar algunos o todos los elementos de este tema, lo cual sería de especial utilidad dado que la Comisión examina actualmente diversos temas vinculados con el principio de la jurisdicción universal"), y la CARICOM, integrada por 14 Estados ("consideramos oportuno remitir este tema a la Comisión de Derecho Internacional. Dado que la Comisión está examinando temas que guardan relación con el principio de la jurisdicción universal, creemos que también sería oportuno remitirle este tema"), así como otros países en sus declaraciones, como Nigeria ("También instamos a la Comisión de Derecho Internacional a que contribuya al debate, habida cuenta de su *carácter técnico*") y Colombia, Guatemala, Liechtenstein, Viet Nam, Sudáfrica y Tailandia.

[38] *Id.*

[39] Véanse, a este respecto, las referencias que figuran en la nota 12 *(supra)*.

[40] Véanse *Polyukhovich v. Commonwealth* [1991], Tribunal Supremo de Australia 32 (Australia); la Ley contra el Genocidio de 1993 (revisada en 2003) de Bélgica, que dio lugar a la causa de la Corte Internacional de Justicia relativa a la *Orden de detención* en 2002; *Belgium v. Chad*, 2005; la Ley de Lucha contra los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, de 2000, del Canadá, que dio lugar a la causa *Canadá v. Desire Munyaneza* en 2005; *Finland v. Bazaramba*, 2010; el Código de Procedimiento Penal de Francia, art. 689; el *Volkerstrafgesetzbuch* (VStGB) de Alemania de 2002, utilizado en la causa *Ignace Murwanashyaka* en 2015; la Ley de Delitos contra la Persona, de 1861, de Irlanda, ahora Ley de Derecho Penal (Jurisdicción) de 1976; *Attorney General of Israel v. Eichmann*, causa penal núm. 40/61 (Tribunal de Distrito de Jerusalén, 1961); *Malaysia v. George W. Bush and Others*, 2001 (condenado en rebeldía); la causa *Hissene Habré* en el Senegal, 2015; la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, de España, art. 23, párr. 4; la causa *Pinochet*, 1998; *Jones v. Ministry of Interior For The Kingdom of Saudi Arabia and Others*, 2006; y la Ley de Justicia contra los Patrocinadores del Terrorismo (S.2040) contra el Reino de la Arabia Saudita.

[41] Ley Nacional Tipo de la Unión Africana sobre la Jurisdicción Universal respecto de los Crímenes Internacionales (2012).

[42] Africa Legal Aid (AFLA), *The Cairo-Arusha Principle on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective*, aprobado en la reunión de expertos de seguimiento celebrada en Arusha (2002).

[43] Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, véase la nota 1 *supra*.

4. Un estudio de la jurisdicción penal universal permite a la Comisión abordar un tema que es tradicional y contemporáneo a la vez

25. Un examen de la jurisdicción universal en este momento en que la cuestión de la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales parece ser cada vez más importante, al menos desde la década de 1990, ofrece a la Comisión la oportunidad de abordar no solo cuestiones que tradicionalmente revisten interés para los Estados y la comunidad internacional en su conjunto, sino también otras de considerable actualidad, así como de utilidad práctica para los Estados. También permite a la Comisión desarrollar aspectos de un tema tradicional como la jurisdicción. Se combinan convenientemente las preocupaciones clásicas y modernas del derecho internacional. De hecho, un estudio de esta índole podría servir para reforzar la intervención de la Comisión en ámbitos que ponen de manifiesto el actual interés del derecho internacional en la promoción de los derechos humanos. Los derechos de las víctimas de crímenes atroces a alguna forma de justicia también se han reconocido en los trabajos anteriores sobre el proyecto de código de crímenes, así como en trabajos más recientes sobre el proyecto de estatuto para una corte internacional permanente y en temas como el de los Crímenes de lesa humanidad.

III. Alcance potencial del estudio y directrices o conclusiones como posible resultado

26. En cuanto al posible alcance del estudio, y en consonancia con las deliberaciones de los Estados en la Sexta Comisión, que ya señalaron muchas deficiencias fundamentales en el documento oficioso mencionado en el párrafo 8 *supra*, se sugiere que la Comisión no debe tratar de abordar integralmente todas las cuestiones en las que hay una falta de claridad entre los Estados. Más bien, puede concentrarse en un conjunto más limitado de cuestiones jurídicas sobre las que pueda proporcionar orientación adicional gracias a su labor y a la colaboración con la Sexta Comisión.

27. En primer lugar, sería importante considerar la posibilidad de determinar una definición básica del concepto de jurisdicción universal, su función y propósito, una clasificación de los “tipos” de jurisdicción universal y las condiciones o los criterios que refleja la práctica de los Estados para su ejercicio[44]. Así, se podría determinar, entre otras cosas, si el Estado del foro puede o suele actuar únicamente si la persona investigada se encuentra en su territorio, cuál es el fundamento jurídico para ese establecimiento de la jurisdicción en virtud del derecho internacional en lo que respecta a las fuentes (es decir, los tratados y la costumbre), y si la decisión de enjuiciar es discrecional/potestativa, o bien obligatoria/ineludible.

28. Otro aspecto del estudio, que podría abordarse en un segundo o posterior informe, consistiría en determinar el alcance y los límites de la jurisdicción universal, con la posibilidad de elaborar una lista no exhaustiva de crímenes sujetos a esa jurisdicción[45]. Por ejemplo, sería útil estudiar si la práctica de los Estados contempla la jurisdicción universal respecto de los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Otras cuestiones que puedan surgir entre los Estados, y que, por tanto, tal vez convendría abordar, incluyen el posible arreglo de controversias en caso de reclamaciones de jurisdicción contrapuestas, que puede ocurrir en situaciones de jurisdicción concurrente[46].

29. Por último, en cuanto a la relación y posible intersección entre el principio de universalidad y la labor de las cortes y tribunales internacionales, el alcance del proyecto también podría incluir la determinación de un conjunto de directrices o conclusiones para

[44] Documento de trabajo oficioso, nota 15 *supra*.

[45] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones*, Sexta Comisión, 12ª sesión (A/C.6/64/SR.12), 29 de noviembre de 2009, párr. 21.

[46] *Ibid.*, párr. 12. La cooperación tiene lugar en su mayor parte en el marco de acuerdos bilaterales entre Estados. Véanse T. R. Salomon, “Mutual Legal Assistance in Criminal Matters”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (enero de 2013); Iniciativa de Bélgica, *Hacia un tratado multilateral de asistencia judicial recíproca y extradición para el enjuiciamiento nacional de los crímenes internacionales más graves*, apoyada por 49 Estados Miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas al 16 de marzo de 2016. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones*, Sexta Comisión, 12ª sesión (A/C.6/64/SR.12), 29 de noviembre de 2009, párr. 12.

impedir todo conflicto entre el ejercicio de la jurisdicción universal por los Estados parte en el Estatuto de Roma y la competencia de la Corte Penal Internacional, así como el ejercicio de la jurisdicción universal por todos los Estados en caso de sometimiento por el Consejo de Seguridad a la Corte Penal Internacional de situaciones en que haya Estados no parte implicados o en caso de creación de otros tribunales penales internacionales. Un estudio detallado debe contribuir a aportar mayor certidumbre sobre este aspecto de la relación entre la cuestión de la jurisdicción universal a nivel nacional y la labor de las cortes y tribunales penales internacionales que puedan tener competencias superpuestas respecto de un conjunto limitado de crímenes internacionales más graves. Ello incluye el principio de complementariedad y el deber de juzgar o extraditar.

IV. Conclusión

30. La labor anterior de la Comisión ha puesto claramente de relieve la importancia de la jurisdicción universal en un sistema de dos niveles de enjuiciamientos en los planos nacional e internacional en relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1994 y el proyecto de código de crímenes de 1996. En ese sentido, tanto la Comisión de Derecho Internacional como, más recientemente, los Estados en la Sexta Comisión, además de otros institutos y especialistas de derecho internacional, así como la doctrina, convienen en la posible utilidad de la jurisdicción universal para el enjuiciamiento de crímenes graves condenados por el derecho internacional. Esto aumenta las perspectivas de lograr que se haga más justicia en la comunidad internacional, y es probable que ayude a los Estados a mejorar el equilibrio entre los imperativos de la soberanía y la lucha contra la impunidad[47]. Si muchos Estados pueden recurrir a ese principio, y hacerlo sobre la base de reglas de procedimiento más claras, quizás sea posible castigar esos crímenes de forma más adecuada y, tal vez, incluso disuadir de su comisión.

31. En cuanto al resultado final del proyecto, podría revestir la forma de un proyecto de directrices o un proyecto de conclusiones sobre el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción penal universal. Podrían estudiarse también otros tipos de resultados, dependiendo de las propuestas de los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

32. En resumen, se propone que parte de la respuesta al dilema de la jurisdicción universal consista en asistir a los Estados para encontrar los principios que puedan ayudarlos a equilibrar mejor los imperativos de la soberanía, por una parte, y la lucha contra la impunidad, por otra. Para ello es necesario delimitar correctamente el principio desde la perspectiva de la codificación del derecho internacional existente y su desarrollo progresivo. Las conclusiones y comentarios previstos como resultado del examen de este tema también serán de utilidad para las organizaciones y las cortes y tribunales internacionales, así como para los académicos y profesionales del derecho internacional. La Comisión, teniendo en cuenta el singular mandato que le ha sido encomendado en ese sentido y sobre la base de su labor previa y en curso sobre temas conexos del derecho penal internacional, haría una útil contribución.

Bibliografía

A. Declarations, draft articles, resolutions, conclusions and recommendations

1943 Joint Four Nation-Declaration, Moscow Conference

1950 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal

1954 International Law Commission Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind

1967 Declaration on Territorial Asylum

1970 Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts

[47] *Id*., pág. 154.

1973 Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity

1974 Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict

1990 Declaration of Minimum Humanitarian Standards (Turku Declaration)

1996 International Law Commission Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind

2000 ILA London Conference, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights offences: Conclusions and recommendations

2001 Institute of International Law Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law

2001 Princeton Principles on Universal Jurisdiction

2002 Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective

2002 London Scheme for Extradition within the Commonwealth, Incorporating the Amendments Agreed at Kingstown in November

2004 International Association of Penal Law resolution on Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle 'Ne bis in idem'

2005 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law

2005 Institute of International Law Resolution on Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes

2009 Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden (Djibouti Code of conduct)

2009 Institute of International Law Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes

2009 International Association of Penal Law Resolution on Universal Jurisdiction

2009 Recommendations of the Report of the AU-EU Technical Ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction

2009-2017, United Nations General Assembly, Resolutions [64/117; 65/33; 67/98; 68/117; 69/124; 70/119; 71/149; 72/120], The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction

B. International Jurisprudence

1) International Court of Justice

Fisheries (U.K. v. Nor.), Judgment, 1951 I.C.J. Rep. 116.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Montenegro), Order, 1993 I.C.J. Rep. 3.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Yugoslavia), Judgment, Preliminary Objections, 2006 I.C.J. Rep. 595.

Arrest Warrant (Dem. Rep. Congo v. Belg.), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Order, 1962 I.C.J. Rep. 310.

Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belg. v Sen.), Order, 2009 I.C.J. Rep. 139.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Merits, Judgment, 1986 I.C.J. Rep. 14.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. U.K.), Judgment, 1998 I.C.J. Rep. 9.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, 1951 I.C.J. Rep. 15.

2) European Court of Human Rights

Al-Adsani v. United Kingdom, App. no. 35763/97, Eur. Ct. H.R. (2001).

Siliadin v. France, App. no. 73316/01, 43 Eur. Ct. H.R. 16 (2005).

Berger v. Germany, App. No. 10731/05, Eur. Ct. H.R. (2009).

Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, 34 Eur. Ct. H.R. 273 (2002).

Soering v. United Kingdom, App. No. 14038/88, Eur. Ct. H.R. (1989).

The Decision on the admissibility by Ely Ould Dah v. France, App. No. 13113/03, Eur. Ct. H.R. (2009).

3) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

Appeals by Nuon Chea and Ieng Thirith Against the Closing Order, Doc. No. D427/2/12, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, (Feb. 15, 2011).

Chea v. Kaing, Case File No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, E188 E.C.C.C. 1 (2010).

4) Inter-American Court of Human Rights

Cantoral-Benavides v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 69, ¶ 1 (Aug. 18, 2000).

Maritza Urrutia v. Guatemala, Merits, Reparation, Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Nov. 27, 2003).

5) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

Prosecutor v Delalić, Case No. IT-96-21-A (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Feb. 20, 2001).

Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 2, 2001).

Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).

Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A "Dule", Case No. IT-94-1 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 10, 1995).

Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Feb. 22, 2001).

6) International Criminal Tribunal for Rwanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Sept. 02, 1998).

7) Special Court for Sierra Leone

Prosecutor v. Taylor, Case SCSL-2003-01-I (Special Ct. for Sierra Leone May 31, 2004).

Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Case SCSL-04-14-ES-836 (Special Ct. for Sierra Leone Aug. 11, 2014).

8) Permanent Court of International Justice

The S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10.

C. International Organizations

African Union, Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/11(XIII).

African Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes, Doc. EX.CL/73l(XXI)c, art. 8.

Commission of Inquiry on Darfur, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, UN SCOR, U.N. Doc. S/2005/60, § 614 (Jan. 25, 2005).

Human Rights Committee, "General Comment no. 20 (Article 7)", U.N. Doc A/47/40, 193 (Mar. 10, 1992).

Int'l Law Comm'n, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, Rep. of the Comm'n to the General Assembly on the work of its forty-eighth session, U.N. Doc A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part 2) at 17–56 (1996).

Int'l Law Comm'n, *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, adopted U.N. Doc. A/69/10, 65 (2014).

International Law Association, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses, prepared by the Committee on International Human Rights Law and Practice, submitted to London Conference (2000).

Justitia Et Pace Institut De Droit International, *Resolution on Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes* http://www.andreasbucherlaw.ch/images/stories/res_iil_en_universal_civil_jurisdiction.pdf.

Rep. of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/65/181 (2010).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/66/93/Add.1 (2011).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/67/116 (2012).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/68/113 (2013).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/69/174 (2014).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/70/125 (2015).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/71/111 (2016).

Resolutions of The Congresses Of The International Association Of Penal Law, *Eighteenth International Congress of Penal Law (Istanbul, 20–27 September 2009)*, http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf (last visited July 16, 2017).

The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, EU Doc. 8672/1/09 Rev. 1 (Apr. 16, 2009).

D. Academic Literature

Abad Castelo, A., "The End of Universal Jurisdiction in Spain?", 18 *SYbIL* 223–230 (2013–2014).

Abass A., "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction", 6 *International Criminal Law Review* (2006).

Addis A., "Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction", 31 *Human Rights Quarterly* 129, (2009).

Aghenitei M. and Boboc L., "Universal Jurisdiction and Concurrent Criminal Jurisdiction", Vol. I (1) *Union of Jurists of Romania Law Review*, (Jan./Mar. 2011).

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part* (Oxford University Press, 2013).

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing* (Oxford University Press, 2014).

Ankumah E. A., *The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses: An African Perspective*, 98 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 238 (*Mar. 31–Apr. 3, 2004).

Armand L. C. De Mestral, Extraterritorial Application of Export Control Legislation: Canada and the U. S. A. (Canadian Council on International Law Research Study), 19 (1st Ed. 1990).

Arp B., "Universal Jurisdiction to Enforce", *The American Journal of International Law,* Vol 110 (2016).

Ascensio H., "Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal's Decision in Guatemalan Generals", 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003).

Bailleux, A., "L'histoire De La Loi Belge De Compétence Universelle. Une Valse à Trois Temps: Ouverture, Étroitesse, Modestie", 59(1) *Droit Et Société* 107, (2005).

Bassiouni M. C., "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", 42 *Va. J. Int'l L.* 81 (2011).

Bassiouni M.C. and Wise E, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, (M Nijhoff, 1995).

Bassiouni M.C., "Post-Conflict Justice" (Transnational Publishers, New York, 2002).

Bekou O. and Cryer R. "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?", *ICLQ* Vol 56, 49- 68, (Jan. 2007).

Ben-Ari R., "Universal Jurisdiction: Chronicle of a Death Foretold?", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol 43:2, (2014–2015).

Benavides L., "The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope", 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, L. Rev.* 22 (2001).

Blakesley C.L., 'Extraterritorial Jurisdiction,' in M. Cherif Bassiouni (ed.), International Criminal Law, vol. 2, *Transnational Publishers Inc.*, 36, (1999).

Bollo Arocena, M.D., "The Reform of the Universal Jurisdiction in Spain", 18 *SYbIL* 239-247 (2013–2014).

Bottini G, "Universal Jurisdiction after the Creation of the International Criminal Court", 36 *International Law and Politics*, (2004).

Brandes R., "Who's Afraid of Universal Jurisdiction? The Fujimori Case", *SW Journal of International Law*, Vol 123, (2008–2009).

Broomhall B., "Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law", 35 *New England Law Review*, 399, (2001).

Caflisch, L., “Immunité De Juridiction Et Respect Des Droits De L’homme”, in *International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi Saab*, (2001).

Cassese A., “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction”, 1 J. Int’l Crim. Just. 589 (2003).

Cassesse A., Cassese’s International Criminal Law, (A. Cassese *et al.* eds., OUP Oxford, 3d ed. 2008).

Chinchón Alvarez, J., “The Reform(s) of Universal Jurisdiction in Spain: For Whom the Bells Tolls?”, 18 *SYbIL* 231–237 (2013–2014).

Coppens, P., “Du Droit De Punir: Humanite? A Propos De La Competence Universelle”, 35(3) *Revue Generale De Droit* 403, (2005).

Corredor Carvajal, I., “Analyse De La Compétence Juridictionnelle à Partir De La Première Décision De La Cour Africaine Des Droits De l’Homme Et Des Peuples: l’Affaire Hissène Habré”, 5 *ACDI: Anuario Colombiano De Derecho Internacional* 59, (2012).

Cosnard, M., “Chapitre XVI. La Compétence Universelle En Matière Pénale”, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, (2006).

Cot, J., “Eloge De L’indécision : La Cour Et La compétence Universelle”, 35(1/2) *Revue Belge De Droit International* 546, (2002).

Cottim, A., *Terrorismo No Mar De Um Mundo Globalizado*, (2008).

Cryer R, *An Introduction To International Criminal Law And Procedure* (Cambridge University Press 2014).

Dube A., “The AU Model Law on Universal Jurisdiction: An African Response to Western Prosecutions Based on the Universality Principle”, *Potchefstroom Electronic Law Journal* (18)3, 457, (2015).

Dumas, H., “Rwanda: Comment Juger Un Génocide?”, 4 *Politique Étrangère* 39, (2015).

Duțu, M., “Vespasian V. Pella - Românul Științei Juridice Universale”, 5 *Pandectele Romane* 231, (2017).

Elst R.V, “Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Convention”, 13 *Leiden Journal of International Law* 815, (2000).

Escobar Hernández, C., “Universal Jurisdiction in Spain: Substantial Change of Model or Implied Repeal?”, 18 *SYbIL* 255–265 (2013–2014).

Garcia Arán, M., López Garrido, D., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).

Hall C, “Universal Jurisdiction: Developing and Implementing an Effective Global Strategy”, in Kaleck W. et al. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (2007).

Hans M., “Providing for Uniformity in the Exercise of Universal Jurisdiction: Can Either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court Accomplish This Goal?”, 15 *Transnat’l Law* (2002), 357.

Hesenov R., “Universal Jurisdiction for International Crimes- A Case Study”, *European Journal of Criminal Policy*, Vol 19 (2013).

Hitimana, C., “Les Rapports Entre Le Droit Pénal National Et Le Droit Pénal International Dans La Prévention Et La Répression Des Infractions Internationales”, (Université D’Ottawa /University of Ottawa, 2004).

Hoover D.V., “Universal Jurisdiction not so Universal: Time to Delegate to the International Criminal Court”, (2011) *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*. Paper 52, http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/52.

Implementing the principle of universal jurisdiction in France, https://www.fidh.org/IMG/pdf/universal_juris.pdf (last visited Jul. 16, 2017).

Inazumi M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, School of Human Rights Research.

Jalloh C.C., "Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A Preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction", *University of Pittsburgh, Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper No. 2009-38, (Mar. 2010).

Kaleck W., "From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998–2008", 30 *Michigan Journal of International Law* 927, (2009).

Kamminga M.T., "Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences", 23 *Human Rights Quarterly* 940, (2001).

Kissinger H., "The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Judicial Tyranny", 80 *Foreign Affairs* 86, (July–Aug. 2001).

Konstantopoulou, Z., "Universal Jurisdiction", 3 *Revue Internationale De Droit Pénal* 487, (2010).

Kontorovich E., "The Inefficiency of Universal Jurisdiction", *University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper No. 2007-13, (July 2007).

Lafontaine, F., and Bousquet, F., "Défendre Un Accusé Pendant Un Procès Pour Génocide, Crimes Contre L'humanité Et Crimes De Guerre Au Canada: Mission Impossible?", 22(2) *Canadian Criminal Law Review* 159, (2017).

Lagerwall, A., "Que Reste-t-Il De La Compétence Universelle Au Regard De Certaines Évolutions Législatives Récentes?", 55(1) *Annuaire Français De Droit International* 743, (2009).

Langer M., "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", 4–6. https://www.researchgate.net/publication/228162248.

Liu, J., "Issues of Universal Jurisdiction in Comtemporary International Relations." 6(286) *Shèhui Kexué Journal of Social Sciences* 34, (2004).

Lundborg, I., "Att Ställa Den Skyddsbehövande Inför Rätta: Om De Rättsliga Förutsättningarna För Att Förhindra Skyddslöshet Vid Tillämpningen Av Flyktingkonventionens Uteslutandeklausuler Och Samtidigt Motverka Straffrihet För De Grova Folkrättsbrott Som Faller under Klausulernas Artikel 1F(a)", (2010).

Macedo S., *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf (last visited July 16, 2017).

Márquez Carrasco, C. y Martín Martínez, M. "El Principio de Jurisdicción Universal en el Ordenamiento Jurídico Español: Pasado, Presente y Futuro", XI *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 251–303, 2011.

May L., "Crimes against Humanity: A Normative Account" (Cambridge University Press, 2000).

Morgan A. L., "U.S. Officials' Vulnerability to "Global Justice": Will Universal Jurisdiction over War Crimes Make Traveling for Pleasure Less Pleasurable?", 57 *Hastings L.J.* 423, 425 (2005).

Morris M.H., "Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks", 35 *New Eng. Rev.* 337, (2001).

Morris-Sharma N.Y., "The ILC's Draft Articles before the 69th Session of the UNGA: A Reawakening?", *Asian Journal of International Law*, 2, (2015).

Odila Conceição Silva Donda, E., "O Princípio Da Jursidição Universal Dos Direitos Humanos e o Alcance Da Paz e Segurança Internacional", 29 *Derecho y Cambio Social*, (2012).

O'Keefe R., "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", *Journal of International Criminal Justice*, 2(3) 735, (2004).

O'Keefe R., "The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction*", Journal of International Criminal Justic*e 7 811, (2009).

Ondo, T., "La compétence Universelle En Afrique: Essai D'analyse", 88(1) *Revue De Droit International Et De Droit comparé* 53, (2011).

O'Sullivan A. *Universal Jurisdiction in International Criminal Law: The Debate and the Battle for Hegemony* (Routledge 2017).

Orentlicher, D. F., "Whose Justice? Reconciling Universal Jurisdiction with Democratic Principles", 92 *Georgetown Law Journal* 1057, (2004).

Orihuela Calatayud, E., "La Jurisdicción Universal en España", *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia* (2016).

Pasculli M., "Universal Jurisdiction between Unity and Fragmentation of International Criminal Law", Issue 1 *Rivista di Criminologia*, (Apr. 2011).

Perez Cepeda, A.I., *El Principio de Jurisdicción Universal: Fundamentos y Limites* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012).

Pérez González, C., "Some Comments on Article 24 (4) (M) of Spain's Organic Law of the Judiciary: Universal Jurisdiction Over Trafficking in Human Beings Offences?", 18 *SYbIL* 249–254 (2013–2014).

Peyró Llopis, A., "Le Sahara Occidental Face à La compétence Universelle En Espagne", 43 (1) *Revue Belge De Droit International* 61, (2010).

Pigrau Solé, A., *La Jurisdicción Universal y su Aplicación en España. La Persecución del Genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes Contra La Humanidad por los Tribunales Nacionales* (Barcelona, 2009).

Princeton University Program in Law and Public Affairs, The Princeton Principles on Universal Jurisdiction (2001), available at http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf.

Randall K. C., *Universal Jurisdiction Under International Law*, 66 Tex. L. Rev. 785, 794-95 (1988).

Reydams L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, (Oxford University Press, 2003).

Rezai Shaghaji, D., "L'exercice De La Compétence Universelle Absolue à L'encontre Des Crimes Graves De Droit International, Afin De Protéger Les Intérêts Généraux De La Communauté Internationale Dans Son Ensemble", 93(1) *Revue De Droit International Et De Droit comparé* 30, (2016).

Ríos Rodríguez, J., "La Restriction De La compétence Universelle Des Juridictions Nationales: Les Exemples Belge Et Espagnol", 114(3) *Revue générale De Droit International Public* 563, (2010).

Roht-Arriaza N., *Guatemala Genocide Case*, 100 Am. J. Int'l L. 207 (2006).

Ryngaert C, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Fraught Relationship?", New Criminal Law Review, Vol. 12, Number 4.

Ryngaert C., "Applying the Rome Statute's Complementarity Principle: Drawing Lessons from the Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle", *Criminal Law Forum* 19 153, (2008).

Ryngaert C., *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press 2015).

Ryngaert C., *Universal Jurisdiction over Violations of International Humanitarian Law in Germany* (2008).

Safarov, N. A., "Presledovanie Mezhdunarodnykh Prestuplenii: Universal'naia Iurisdiktsiia Protiv Diplomaticheskogo Immuniteta", 9 *Gosudarstvo i Pravo* 81, (2011).

Safarov, N. A., "Universal'naia Iurisdiktsiia v Mekhanizme Presledovaniia Mezhdunarodnykh Prestuplenii", 4(60) *Moskovskii Zhurnal Mezhdunarodnogo Prava* 190, (2005).

Sánchez Legido, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

Sánchez Legido, A.: "El Fin del Modelo Español de Jurisdicción Universal", 27 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2014).

Savadogo, R.O., *et al.*, "Les Chambres Africaines Extraordinaires Au Sein Des Tribunaux Sénégalais", 45(1) *Études Internationales*, 105, (2014).

Schabas W. A., "The International Criminal Court" (Oxford University Press, 2010).

Schabas W. A., "The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone" (Cambridge University Press, 2006).

Scharf M.P., "Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States", 35 *New Eng. L. Rev.* 363, (2001).

Schiff B., *Building the International Criminal Court* (Cambridge University Press 2008).

Sharpe D. N., *Prosecutions, Development, and Justice: The Trial of Hissein Habre*, 16 Harv. Hum. Rts. J. 147 (2003).

Simbeye Y., *Immunity and International Criminal Law* (Ashgate 2004).

Stahn C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015).

Vallejo Peña, C., *El Estado de la Jurisdicción Internacional en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Español* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2016).

Van der Wilt H., "Universal Jurisdiction under Attack: An Assessment of African Misgivings towards International Criminal Justice as Administered by Western States", *Journal of International Criminal Justice* 9(5) 1043, (2011).

Vincent, P., "L'Arret Yerodia de la Cour Internationale de Justice Et Les Avatars De La Loi Belge De Compétence Universelle", 3 *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège* 379, (2004).

Watio, R.T., "Quelques Réflexions sur les Lois du 12 Février 2007 Portant Modification du Code Pénal Sénégalais et Mise en Oeuvre du Statut de la Cour Pénale Internationale", 15(1) *African Yearbook of International Law Online / Annuaire Africain De Droit International Online* 285, (2007).

Weiss P, "The Future of Universal Jurisdiction", in Wolfgang Kaleck et al. (eds.), International Prosecution of Human Rights Crimes (2007).

Werle G, *Principles of International Criminal Law* (3rd edn, 2014).

Xavier P., "The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the two Principles Intermesh?", 88 *International Review of the Red Cross* 375, 378 (2006).

B. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional

Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Juan José Ruda Santolaria

I. Introducción

1. La elevación del nivel del mar se ha convertido en los últimos años en un tema de creciente importancia para una gran parte de la comunidad internacional: afecta o podría afectar directamente a más de 70 Estados, es decir, más de un tercio de los que integran la comunidad internacional. De hecho, como es bien sabido, este fenómeno ya está teniendo repercusiones, que son cada vez mayores, en muchos aspectos esenciales de la vida para las zonas costeras, para los Estados con zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares, y en especial para sus poblaciones. Es probable que otro grupo de Estados relativamente numeroso se vea indirectamente afectado (por ejemplo, por desplazamientos de población o falta de acceso a recursos). La elevación del nivel del mar se ha convertido en un fenómeno mundial y, por tanto, crea problemas mundiales que afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

2. En 2015, en el párrafo 14 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que "[e]l cambio climático es uno de los mayores retos de nuestra época y sus efectos adversos menoscaban la capacidad de todos los países para alcanzar el desarrollo sostenible. La subida de la temperatura global, la *elevación del nivel del mar*, la acidificación de los océanos y otros efectos del cambio climático están afectando gravemente a las zonas costeras y los países costeros de baja altitud, incluidos numerosos países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo. Peligra la supervivencia de muchas sociedades y de los sistemas de sostén biológico del planeta"[1].

3. Así pues, entre los diversos efectos del cambio climático figura la elevación del nivel del mar. Según varios estudios e informes científicos, como el Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, es probable que en el futuro se acelere este fenómeno[2]. Como resultado de ello, la inundación de las zonas costeras bajas y de las islas hará que estas sean cada vez menos habitables o que queden inhabitables, lo que daría lugar a su despoblación parcial o total.

4. Esas consecuencias objetivas de la elevación del nivel del mar plantean una serie de importantes cuestiones que son de relevancia para el derecho internacional. Por ejemplo, ¿qué implicaciones legales tiene la inundación de las zonas costeras bajas y de las islas en las líneas de base, en las zonas marítimas que se extienden desde esas líneas de base y en la delimitación de las zonas marítimas, ya sea por acuerdo o por decisión judicial? ¿Qué efectos tienen en los derechos de los Estados con respecto a esas zonas marítimas? ¿Cuáles son las consecuencias en lo que respecta a la condición de Estado según el derecho internacional si el territorio y la población de un Estado desaparecen? ¿Qué protección tienen las personas directamente afectadas por la elevación del nivel del mar con arreglo al derecho internacional?

5. Estas cuestiones deberían examinarse analizando detenidamente el derecho internacional vigente, incluido el derecho internacional convencional y consuetudinario, de conformidad con el mandato de la Comisión de Derecho Internacional, que es el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Esta labor podría contribuir a los

[1] A/RES/70/1. Sin cursivas en el original.

[2] De acuerdo con el Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, es probable que la elevación del nivel del mar en el planeta se sitúe en un promedio de entre 26 cm y 98 cm en el año 2100. Véase Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis*. *Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2013), pág. 25.

esfuerzos de la comunidad internacional para determinar en qué medida el derecho internacional vigente está en condiciones de responder a esas cuestiones y dónde existe la necesidad de que los Estados busquen soluciones viables a fin de responder eficazmente a los problemas causados por la elevación del nivel del mar.

6. Los Estados han mostrado un gran interés y apoyo a este tema. Durante el septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 delegaciones de la Sexta Comisión solicitaron que se incluyera en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional[3], mientras que otras 9 mencionaron en sus declaraciones nacionales la importancia del problema[4]. Además, durante una reunión oficiosa celebrada el 26 de octubre de 2017 en la Misión Permanente de Rumania en Nueva York, 35 Estados mostraron un claro interés en que la Comisión abordara este tema.

7. Además, el Gobierno de los Estados Federados de Micronesia presentó una propuesta fechada el 31 de enero de 2018 para que se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional un tema titulado "Implicaciones legales de la elevación del nivel del mar"[5], lo que se tuvo en cuenta en la preparación de la presente sinopsis.

II. Anteriores referencias a este tema en la labor de la Comisión de Derecho Internacional

8. El tema se mencionó en el cuarto informe sobre la *Protección de la atmósfera* (párrafos 66 y 67), que fue objeto de examen durante el 69º período de sesiones de la Comisión, en 2017. Tras los debates celebrados entonces, la Comisión decidió, en relación con ese tema, aprobar provisionalmente, entre otras cosas, un párrafo del preámbulo[6] y otro párrafo[7] en los que se mencionaba la elevación del nivel del mar. En esa ocasión, varios miembros de la Comisión sugirieron que se abordara la cuestión de la elevación del nivel del mar de forma más integral, con carácter prioritario, como tema específico de la Comisión.

9. En relación con el tema *Protección de las personas en caso de desastre*, que la Comisión concluyó en 2016[8], en el comentario se consideró que los proyectos de artículo se aplicaban a distintos tipos de "desastre"[9], tanto a "los acontecimientos repentinos (por ejemplo, un terremoto o un tsunami) como a los fenómenos de evolución lenta (por

[3] Indonesia, Micronesia, Perú, Rumania, Tonga y los pequeños Estados insulares en desarrollo del Pacífico (Micronesia, Fiji, Kiribati, Nauru, Palau, Papua Nueva Guinea, Islas Marshall, Samoa, Islas Salomón, Tonga, Tuvalu y Vanuatu). Véase http://statements.unmeetings.org/media2/16154559/marshall-islands-on-behalf-of-pacific-small-island-developing-states-.pdf.

[4] Austria, Chile, India, Israel, Malasia, Nueva Zelandia, República de Corea, Singapur y Sri Lanka.

[5] Véase el documento ILC(LXX)/LT/INFORMAL/1, de 31 de enero de 2018.

[6] *"Consciente también, en particular, de la especial situación de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido a la elevación del nivel del mar"*. Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el 69º período de sesiones (2017), documento A/72/10, http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2017/spanish/chp6.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/cod/, pág. 159.

[7] *"3. Al aplicar los párrafos 1 y 2, debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Esos grupos pueden incluir, entre otros, los pueblos indígenas, la población de los países menos adelantados y la población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por la elevación del nivel del mar"*. Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el 69º período de sesiones (2017), documento A/72/10, http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2017/spanish/chp6.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/cod/, pág. 159.

[8] Los artículos fueron aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en su 68º período de sesiones, celebrado en 2016, y presentados a la Asamblea General como parte del informe sobre su labor durante ese período de sesiones (A/71/10), párr. 48. El informe se publicará en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2016, vol. II, segunda parte.

[9] Se define en el proyecto de artículo 3 a) como "un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad".

ejemplo, las sequías o la elevación del nivel del mar), así como [a] los acontecimientos frecuentes de pequeña escala (por ejemplo, las inundaciones o los corrimientos de tierra)”[10].

III. Examen del tema por otros órganos

10. El tema de la elevación del nivel del mar fue examinado inicialmente por el Comité sobre las Líneas de Base con arreglo al Derecho Internacional del Mar, de la Asociación de Derecho Internacional, cuyo informe final fue analizado en la Conferencia de Sofía (2012)[11]. En el informe de 2012 se reconocía que la pérdida considerable de territorio a causa de la elevación del nivel del mar era un problema que iba más allá de las líneas de base y el derecho del mar y requería el examen de diversas ramas del derecho internacional.

11. En consecuencia, la Asociación de Derecho Internacional estableció en 2012 un nuevo Comité sobre *el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar*. Ese Comité decidió centrar su labor en tres cuestiones principales: el derecho del mar, la migración forzada y los derechos humanos, y las cuestiones de la condición de Estado y la seguridad internacional. Un informe provisional del Comité, presentado en la Conferencia de Johannesburgo en 2016[12], se centró en las cuestiones relativas al derecho del mar y las migraciones y los derechos humanos. En la Conferencia de Sídney se examinó otro informe con el que se concluyó la labor del Comité sobre cuestiones relacionadas con el derecho del mar[13]. Además, en el informe de 2018 se propusieron 12 principios, con sus comentarios, que constituyeron una “Declaración de principios sobre la protección de las personas desplazadas en el contexto de la elevación del nivel del mar”. Se espera que se prorrogue el mandato del Comité para proseguir con el estudio de la condición de Estado y de otras cuestiones de derecho internacional relevantes.

IV. Consecuencias de la elevación del nivel del mar

12. Como ya se ha mencionado, la elevación del nivel del mar produce la inundación de las zonas costeras bajas y las islas, lo que tiene consecuencias en tres ámbitos principales: a) el derecho del mar; b) la condición de Estado; y c) la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar.

13. Las cuestiones asociadas a esos tres ámbitos reflejan las implicaciones legales que tiene la elevación del nivel del mar para los elementos constitutivos del Estado (territorio, población y gobierno o condición de Estado), por lo que están interrelacionadas y deben examinarse de manera conjunta.

---

[10] Párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 3.

[11] Véase Comité sobre las Líneas de Base con arreglo al Derecho Internacional del Mar, de la Asociación de Derecho Internacional, informe final (2012), Conferencia de Sofía, pág. 30, puede consultarse en http://ilareporter.org.au/wp-content/uploads/2015/07/Source-1-Baselines-Final-Report-Sofia-2012.pdf. En el informe se afirma que el derecho vigente de la línea de base normal es de aplicación en los casos de alteración significativa de las costas debido a ganancias y pérdidas territoriales. Los Estados ribereños pueden proteger y preservar su territorio con refuerzos físicos, pero no mediante la ficción jurídica de una línea trazada que no representa la línea de marea baja real.

[12] Véase el informe provisional del Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar (2016), presentado en la Conferencia de Johannesburgo, que puede consultarse en http://www.ila-hq.org/index.php/committees.

[13] Véase el proyecto de informe del Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar (2018), presentado en la Conferencia de Sídney, pág. 19, que puede consultarse en http://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_SeaLevelRise.pdf. El Comité recomendó que la ILA aprobara una resolución con dos propuestas “*de lege ferenda*”: 1) que los Estados acepten que, una vez que las líneas de base y los límites exteriores de un Estado ribereño o archipelágico se han determinado debidamente de conformidad con los requisitos detallados de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, no puede exigirse un nuevo cálculo de esas líneas de base y esos límites en caso de que la variación del nivel del mar afecte a la realidad geográfica de la línea costera; y 2) que, por razones de seguridad y estabilidad jurídicas, el efecto de la elevación del nivel del mar en las fronteras marítimas, con independencia de que las partes lo contemplaran o no en el momento de negociar la frontera marítima, no se considere un cambio fundamental de las circunstancias.

V. Alcance del tema y cuestiones que hay que abordar

14. Este tema trata únicamente de las implicaciones legales de la elevación del nivel del mar, no de la protección del medio ambiente, del cambio climático en sí, de la causalidad, ni de la responsabilidad en sus dos acepciones (*responsibility* y *liability*, en inglés). Tampoco se pretende ofrecer un recorrido amplio y exhaustivo de la aplicación del derecho internacional a las cuestiones que plantea la elevación del nivel del mar, sino esbozar algunos aspectos clave. Los tres ámbitos que hay que examinar deben analizarse únicamente en el contexto de la elevación del nivel del mar, independientemente de otros factores causales que pueden dar lugar a consecuencias similares. En la medida de lo posible, debe prestarse la debida atención a la distinción entre las consecuencias relacionadas con la elevación del nivel del mar y las que se derivan de otros factores. En este tema no se propondrán modificaciones al derecho internacional vigente, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. En el futuro pueden surgir otras cuestiones que requieran análisis. Teniendo presentes las consideraciones anteriores, la Comisión podría analizar las cuestiones que se enumeran a continuación con respecto a las implicaciones legales de la elevación del nivel del mar.

15. ***Cuestiones relacionadas con el derecho del mar:***

i) Posibles efectos jurídicos de la elevación del nivel del mar en las líneas de base y los límites exteriores de los espacios marítimos que se miden a partir de las líneas de base;

ii) Posibles efectos jurídicos de la elevación del nivel del mar en la delimitación de las zonas marítimas;

iii) Posibles efectos jurídicos de la elevación del nivel del mar en las islas en lo que respecta a su papel en el establecimiento de líneas de base y la delimitación de zonas marítimas;

iv) Posibles efectos jurídicos de la elevación del nivel del mar en el ejercicio de los derechos soberanos y la jurisdicción de los Estados ribereños y sus nacionales en espacios marítimos en los que se hayan establecido fronteras o líneas de base, en particular con respecto a la exploración, la explotación y la conservación de sus recursos, así como en los derechos de terceros Estados y sus nacionales (por ejemplo, paso inocente, libertad de navegación, derechos de pesca);

v) Posibles efectos jurídicos de la elevación del nivel del mar en la situación de las islas, incluidas las rocas, y en los derechos marítimos de los Estados ribereños con islotes costeros;

vi) Estatus jurídico de las islas artificiales, actividades de recuperación de terreno o fortificación de islas con arreglo al derecho internacional como medidas de respuesta o adaptación a la elevación del nivel del mar.

16. ***Cuestiones relacionadas con la condición de Estado:***

i) Análisis de los posibles efectos jurídicos en la continuidad o la pérdida de la condición de Estado en casos en que el territorio de un Estado insular quede totalmente cubierto por el mar o resulte inhabitable;

ii) Evaluación jurídica del refuerzo de islas con barreras o la construcción de islas artificiales como medio de preservar la condición de Estado en el caso de los Estados insulares que corran el riesgo de que su territorio quede totalmente cubierto por el mar o resulte inhabitable;

iii) Análisis de la ficción jurídica según la cual, considerando la “congelación” de las líneas de base y el respeto de las fronteras establecidas por tratados, sentencias judiciales o laudos arbitrales, podría admitirse la continuidad de la condición de Estado en el caso de los Estados insulares en razón de la presencia de territorios marítimos establecidos por la existencia previa de territorios bajo su soberanía antes de que estos quedaran completamente cubiertos por el mar o resultaran inhabitables;

iv) Evaluación de los posibles efectos jurídicos en relación con la transferencia —ya sea con o sin transferencia de soberanía— de una franja o una parte de un

territorio de un tercer Estado en favor de un Estado insular cuyo territorio corra el riesgo de quedar totalmente cubierto por el mar o de resultar inhabitable, a fin de mantener su condición de Estado u otra forma de personalidad jurídica internacional;

v) Análisis de los posibles efectos jurídicos de una fusión con otro Estado de un Estado insular en desarrollo cuyo territorio corra el riesgo de quedar totalmente cubierto por el mar o de resultar inhabitable, o de la creación de una federación o asociación entre ambos para que el Estado insular pueda mantener la condición de Estado u otra forma de personalidad jurídica internacional.

17. ***Cuestiones relacionadas con la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar:***

i) Medida en que se aplica a las consecuencias de la elevación del nivel del mar el deber de los Estados de proteger los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción;

ii) Forma de aplicar el principio de cooperación internacional para ayudar a los Estados a hacer frente a los efectos adversos que tiene la elevación del nivel del mar en su población;

iii) Determinación de la existencia de principios jurídicos internacionales aplicables a las medidas que tienen que adoptar los Estados con objeto de que, pese a la elevación del nivel del mar, su población no tenga que desplazarse;

iv) Determinación de la existencia de principios jurídicos internacionales aplicables a la evacuación, la reubicación y la emigración de personas al extranjero a causa de los efectos adversos de la elevación del nivel del mar;

v) Posibles principios aplicables a la protección de los derechos humanos de los desplazados internos o las personas que migran debido a los efectos adversos de la elevación del nivel del mar.

VI. Método de trabajo de la Comisión sobre el tema

18. El formato de grupo de estudio permitiría determinar las cuestiones jurídicas que plantea la elevación del nivel del mar, así como otras cuestiones conexas. El grupo de estudio analizaría el derecho internacional vigente, incluido el derecho internacional convencional y consuetudinario, de conformidad con el mandato de la Comisión de Derecho Internacional, que es el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Esta labor podría contribuir a los esfuerzos de la comunidad internacional para responder a estas cuestiones y ayudar a los Estados a que busquen soluciones viables a fin de responder de manera efectiva a los problemas que origina la elevación del nivel del mar.

19. La labor del grupo de estudio se basaría en informes en que se aborden las distintas cuestiones surgidas en relación con el tema, concretamente con respecto a: a) el derecho del mar; b) la condición de Estado; y c) la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. Este planteamiento facilitaría un enfoque suficientemente flexible y propiciaría una participación activa de los miembros de la Comisión en la labor sobre el tema. Cabe recordar que la Comisión ha aplicado este método con éxito en el pasado, por ejemplo, en el caso del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (2002-2006)[14].

20. La labor del grupo de estudio se basaría en la práctica de los Estados, los tratados internacionales, otros instrumentos internacionales, las decisiones judiciales de las cortes y tribunales internacionales y nacionales, y los análisis de especialistas, todo ello según un enfoque sistémico e integrador.

[14] A este siguieron el “Grupo de Estudio sobre los Tratados en el Tiempo” (2009-2012) y el “Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida” (2009-2015).

VII. El tema cumple los requisitos para la selección de un nuevo tema

21. En la selección de nuevos temas para su inclusión en su programa de trabajo, la Comisión se guía por los criterios acordados en su 50º período de sesiones (1998)[15], que son: a) que el tema refleje las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que el tema esté en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; c) que sea concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación; y d) que la Comisión no se limite a los temas tradicionales, sino que considere la posibilidad de examinar los que reflejen una evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en su conjunto.

22. *En primer lugar*, el tema **"La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional"** refleja las necesidades de los Estados: es probable que más de un tercio de los Estados de la comunidad internacional se vean directamente afectados por la elevación del nivel del mar y están sumamente interesados en este tema. Además, puede haber repercusiones más amplias para la comunidad internacional en general, ya que probablemente otro gran número de Estados lleguen a verse afectados por la elevación del nivel del mar de manera indirecta (por ejemplo, por el desplazamiento de personas y la falta de acceso a recursos). La elevación del nivel del mar se ha convertido en un fenómeno mundial y, por tanto, crea problemas mundiales que afectan en general a la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Este interés es compartido por una diversidad de Estados de zonas geográficas muy diferentes, incluidos los países sin litoral, lo que demuestra su amplitud.

23. *En segundo lugar*, hay una práctica emergente de los Estados con respecto a las cuestiones relacionadas con el derecho del mar (como el mantenimiento de las líneas de base y la construcción de islas artificiales o fortificaciones costeras) y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar (como la reubicación de comunidades locales dentro del país o en otros países y la creación de categorías de visados humanitarios). Además, existe una práctica pertinente, entre otras cosas, en relación con los gobiernos en el exilio como ejemplo del mantenimiento de la condición de Estado en ausencia de control sobre el territorio. Las consecuencias de la elevación del nivel del mar, que se caracterizan por afectar a la existencia misma de varios Estados y, en cualquier caso, a parámetros esenciales de la condición de Estado como el territorio, la población y la gobernanza, así como al disfrute de los recursos esenciales para la prosperidad de estas naciones, exigen un análisis inicial de sus implicaciones legales.

24. Esa es la razón por la que, *en tercer lugar*, el tema es viable, dado que la labor del grupo de estudio permitirá identificar áreas propicias para una posible codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional en que existan lagunas. Al mismo tiempo, los aspectos que han de examinarse son muy concretos, como se ha señalado en las secciones IV y V.

25. *En cuarto lugar*, no cabe duda de que este tema, en vista de los argumentos presentados, refleja tendencias nuevas del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en su conjunto.

VIII. Conclusión

26. La última etapa se concretaría en un informe final del grupo de estudio sobre el tema **"La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional"**, acompañado de una serie de conclusiones sobre la labor del grupo. Tras la presentación de ese informe final, podría considerarse la posibilidad de proseguir con el desarrollo del tema o de partes de este, y de qué modo, en el seno de la Comisión o en otros foros.

[15] Informe sobre el 50º período de sesiones, A/53/10 (1998), cap. X(C), párr. 553. Véase también el informe sobre el 69º período de sesiones, A/72/10 (2017), capítulo III(C), párr. 32.

Bibliografía

Books and articles

Gómez, Mariano J. Aznar. "El Estado sin territorio: La desaparición del territorio debido al cambio climático. "*Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* 26 (2013): 2-23 / "The State Without Territory: The Disappearance of the Territory due to Climate Change, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales N° 6* (2013).

Baldacchino, Godfrey, and David Milne. *The case for non-sovereignty*. Routledge, 2009.

Bergmann, Nina. *Versinkende Inselstaaten: Auswirkungen des Klimawandels auf die Staatlichkeit kleiner Inselstaaten*. Duncker & Humblot, 2016.

Bird, E., and V. Prescott. "Rising global sea levels and national maritime claims." *Marine Policy Reports* 1, no. 3 (1989).

Blake, Gerald H., ed. *Maritime Boundaries: World Boundaries*. Vol. 5. Routledge, 2002.

Bowett, Derek William. "The legal regime of islands in international law." Oceana Publications, (1979).

Boyle, Alan, "Climate Change, Ocean Governance and UNCLOS", In *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty. By Jill Barrett and Richard Barnes* (eds). British Institute of International and Comparative Law, 2016 (2016): 225-231.

Caron, David D. "When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level." *Ecology LQ* 17 (1990): 621.

Caron, David D. "Climate change, sea level rise and the coming uncertainty in oceanic boundaries: a proposal to avoid conflict." In *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, pp. 1-18. Brill, 2009.

Castangia, Isabella. *Sovranità, contiguità territoriale e isole in una controversia internazionale del XVIII secolo*. Vol. 39. Jovene, 1988.

Dipla, Haritini. *Le régime juridique des îles dans le droit international de la mer*. Graduate Institute Publications, 2015.

Duong, Tiffany TV. "When islands drown: The plight of climate change refugees and recourse to international human rights law." *U. Pa. J. Int'l L.* 31 (2009): 1239.

Freestone, David. "Can the UN Climate Regime Respond to the Challenges of Sea Level Rise." *U. Haw. L. Rev.* 35 (2013): 671.

Freestone, David, and John Pethick. "Sea Level Rise and Maritime Boundaries: The Effect of Rising Sea Level on International Boundaries." In *Coastal Zone'91*, pp. 3162-3162. ASCE, 1991.

Freestone, David. "International law and sea level rise." *International Law and Global Climate Change, Kluwer Law International, London* (1991): 109.

Gagain, Michael. "Climate change, sea level rise, and artificial islands: Saving the Maldives' statehood and maritime claims through the constitution of the oceans." *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 23 (2012): 77.

Gerrard, Michael B., and Gregory E. Wannier, eds. *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge University Press, 2013.

Hayashi, Moritaka, "Sea level rise and the law of the sea: future options." *The World Ocean in Globalisation. Brill/Martinus Nijhoff, Boston/Leiden* (2011): 187-206.

Hayashi, Moritaka. "Islands' Sea Areas: Effects of a Rising Sea Level." *Review of Island Studies*, 10 June 2013, https://www.spf.org/islandstudies/research/a00003/.

Hayashi, Moritaka "Sea Level Rise and the Law of the Sea: How Can the Affected States Be Better Protected?." In *The Limits of Maritime Jurisdiction* Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon. eds., Brill, 2013.

Hestetune, Jared. “The invading waters: climate change dispossession, state extinction, and international law.” *California Western School of Law* (2010).

Huang, Lei. “International law relating to the outer limits of maritime zones in the context of sea level rise.” Master’s thesis, Universitetet i Tromsø, 2011.

Jaen, Monica. “Protecting the Oceans from Climate Change: An Analysis of the Role of Selected International Instruments on Resources and Environmental Protection in the Context of UNCLOS.” *Ocean YB* 21 (2007): 91.

Jayaraman, K. *Legal Regime of Islands*. Marwah Publications, 1982.

Jayewardene, Hiran Wasantha. *The regime of islands in international law*. Vol. 15. Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

Kälin, Walter. “The Human Rights Dimension of Natural or Human Made Disasters.” *German Yearbook of International Law* 55 (2013): 119-147.

Kaye, Stuart. “The Law of the Sea Convention and Sea Level Rise after the South China Sea Arbitration.” *Int’l L. Stud. Ser. US Naval War Col.* 93 (2017): i.

Kausher, Armand, R. C. Kay, M. Asaduzzaman, and S. Paul. “Climate change and sea-level rise: the case of the coast.” In *The Implications of Climate and Sea–Level Change for Bangladesh*, pp. 335-405. Springer, Dordrecht, 1996.

Kendall, Rachel. “Climate change as a security threat to the Pacific Islands.” *NZJ Envtl. L.* 16 (2012): 83.

Rigaud, Kanta Kumari, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe et al. *Groundswell: preparing for internal climate migration*. World Bank, 2018.

Lusthaus, Jonathan. “Shifting sands: sea level rise, maritime boundaries and inter-state conflict.” *Politics* 30, no. 2 (2010): 113-118.

McAnaney, Sheila C. “Sinking islands-formulating a realistic solution to climate change displacement.” *NYUL Rev.* 87 (2012): 1172.

McAdam, Jane. *Climate change, forced migration, and international law*. Oxford University Press, 2012.

McAdam, Jane, Bruce Burson, Walter Kälin, and Sanjula Weerasinghe. “International law and sea-level rise: forced migration and human rights.” (2016).

McAdam, Jane. “‘Disappearing states’, statelessness and the boundaries of international law” (2010).

Menefee, Samuel Pyeatt. “Half seas over: The impact of sea level rise on international law and policy” *UCLA J. Envtl. L. & Pol’y* 9 (1990): 175.

Murphy, Sean D. “International Law Relating to Islands.” (2017).

Nandan, Satya N. “The exclusive economic zone: A historical perspective.” (1987).

Nansen Initiative, *Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change* (December 2015)

Orellana, Marcos A., “Climate Change and the International Law of the Sea. Mapping the Legal Issues”, in Randall S. Abate, *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law. U.S. and International Perspectives*, (Oxford Scholarship Online: January 2015)

Pardo, Miguel Lamas. “Micronaciones en islas artificiales según el Derecho Marítimo e Internacional.” *Anuario de derecho marítimo* 29 (2012): 197-227.

Park, Susin: El Cambio Climático y el Riesgo de Apatridia: La Situación de los Estados Insulares Bajos, Geneva, (ACNUR / UNHCR, May 2011)

Puthucherril, Tony George. “Rising Seas, Receding Coastlines, and Vanishing Maritime Estates and Territories: Possible Solutions and Reassessing the Role of International Law.” *International Community Law Review* 16, no. 1 (2014): 38-74.

Rayfuse, Rosemary. “International Law and Disappearing States.” *Envtl. Pol’y & L.* 41 (2011): 281.

Rayfuse, Rosemary. “International law and disappearing states: utilising maritime entitlements to overcome the statehood dilemma.” (2010).

Rayfuse, Rosemary Gail, and Shirley V. Scott, eds. *International Law in the Era of Climate Change*. Edward Elgar Publishing, 2012.

Ruppel, Oliver C, Roschmann, Christian, Ruppel-Schlichting, Katharina. eds, *Climate Change: International Law and Global Governance.* Volume I: Legal Responses and Global Responsibility, Nomos, 2013.

Schofield, Clive. “Shifting Limits: Sea Level Rise and Options to Secure Maritime Jurisdictional Claims.” *Carbon & Climate L. Rev.* (2009): 405.

Schofield, Clive, and David Freestone. “Options to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in the face of global sea level rise.” (2013): 141.

Schofield, Clive. “The trouble with Islands: the definition and role of Islands and rocks in maritime boundary delimitation.” In *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the Law of the Sea*, pp. 19-38. Brill, 2009.

Scholten, Henk Jan. *Statehood and State Extinction: Sea Level Rise and the Legal Challenges Faced by Low-lying Island-states*. Rijksuniversiteit Groningen, 2011.

Sefrioui, Sarra. “Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective.” In *The Future of the Law of the Sea*, pp. 3-22. Springer, Cham, 2017.

McInerney-Lankford, Siobhán, Mac Darrow, and Lavanya Rajamani. *Human rights and climate change: a review of the international legal dimensions*. The World Bank, 2011.

Soons, Alfred HA. “The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries.” *Netherlands International Law Review* 37, no. 2 (1990): 207-232.

Storr, Cait. “Islands and the South: Framing the Relationship between International Law and Environmental Crisis.” (2016): 519-540.

Stoutenburg, Jenny Grote. “Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise.” *The International Journal of Marine and Coastal Law* 26, no. 2 (2011): 263-311.

Stoutenburg, Jenny Grote. “When Do States Disappear? Thresholds of Effective Statehood and the Continued Recognition of “Deterritorialized” Island States.” *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate* 57 (2013).

Stoutenburg, Jenny Grote. *Disappearing island states in international law*. Brill, 2015.

Takamura, Yukari. “Climate Change and Small Island Claims in the Pacific.” In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 657-684. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Camprubí, Alejandra Torres. *Statehood under water: Challenges of sea-level rise to the continuity of Pacific Island States*. Brill, 2016.

Vidas, Davor. “Sea-Level Rise and International Law.” *Climate law* 4, no. 1-2 (2014): 70-84.

Vidas, Davor, David Freestone, and Jane McAdam. “International Law And Sea Level Rise: The New ILA Committee.” *ILSA Journal of International & Comparative Law*21, no. 2 (2015): 157-167.

Wannier, Gregory E., and Michael B. Gerrard. “Disappearing States: Harnessing International Law to Preserve Cultures and Society.” In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 615-656. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Warrick, Richard A., and Qazi Kholiquzzaman Ahmad, eds. *The implications of climate and sea-level change for Bangladesh*. Springer Science & Business Media, 2012.

Wentz, Jessica. “Assessing the Impacts of Climate Change on the Built Environment Under NEPA and State EIA Laws: A Survey of Current Practices and Recommendations for Model Protocols.” (2015).

Williams, Angela. “Turning the tide: recognizing climate change refugees in international law.” *Law & Policy* 30, no. 4 (2008): 502-529.

Wong, Derek. “Sovereignty Sunk-The Position of Sinking States at International Law.” *Melb. J. Int’l L.* 14 (2013): 346.

Yamamoto, Lilian, and Miguel Esteban. *Atoll Island States and international law*. Springer-Verlag Berlin An, 2016.

Ni, Xing-Yin. “A Nation Going under: Legal Protection for Climate Change Refugees.” *BC Int’l & Comp. L. Rev.* 38 (2015): 329.

Xue, Guifang Julia. “Climate Change Challenges and the Law of the Sea Responses.” In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 547-592. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Other Documents

Stocker, Thomas, ed. *Climate change 2013: the physical science basis: Working Group I contribution to the Fifth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, 2013.

International Law Association Sofia Conference. “Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea.” (2012).

International Law Association Washington Conference. “Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea” (2014).

International Law Association Johannesburg Conference. “Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea” (2016).

International Law Association Sidney Conference. “Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea.” (2018).

International Law Association Johannesburg Conference. “Interim Report of the Committee on ‘International Law and Sea Level Rise’” (2016).

International Law Association Sidney Conference. “Report of the Committee on ‘International Law and Sea Level Rise’” (2018).