



Asamblea General

Distr. general
14 de marzo de 2013
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

65º período de sesiones

Ginebra, 5 de mayo a 7 de junio y 8 de julio
a 9 de agosto de 2013

Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario

Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema

Memorando de la Secretaría

Resumen

Este memorando fue preparado en respuesta a una solicitud formulada por la Comisión de Derecho Internacional en su 64º período de sesiones (2012). En él se pretenden distinguir elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podrían ser de particular interés para el tema titulado “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”.

Después de examinar en la introducción algunas cuestiones preliminares en relación con el mandato de la Comisión y su labor anterior sobre el tema titulado “Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario”, el memorando se refiere al enfoque de la Comisión a los efectos de la delimitación del derecho internacional consuetudinario y el proceso de su formación, para la cual se concentra en: a) el enfoque general de la Comisión; b) la práctica de los Estados; c) el denominado elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*); d) la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales; y e) la pertinencia de los pronunciamientos judiciales y de los escritos de los publicistas.

El memorando ofrece una visión general de la interpretación que hace la Comisión de ciertos aspectos del funcionamiento del derecho consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico internacional. Esos aspectos se refieren al carácter vinculante y a las características de las normas del derecho internacional consuetudinario —incluidas las normas regionales, las normas por las que se establecen obligaciones *erga omnes* y las normas de *jus cogens*—, así como a la relación del derecho internacional consuetudinario con los tratados y con el “derecho internacional general”.



Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
A. Codificación y desarrollo progresivo	4
B. Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario	6
II. La identificación del derecho internacional consuetudinario y su proceso de formación ...	7
A. Enfoque general	7
B. Práctica de los Estados	9
1. Caracterización por la Comisión de la práctica de los Estados	10
2. Material utilizado por la Comisión para evaluar la práctica de los Estados	15
C. El denominado elemento subjetivo (<i>opinio juris sive necessitatis</i>)	18
1. Caracterización del elemento subjetivo por parte de la Comisión	19
2. Materiales en los que se ha basado la Comisión para determinar el elemento subjetivo	23
D. Pertinencia de la práctica de organizaciones internacionales	25
E. Pertinencia de las decisiones judiciales y la doctrina	27
III. La operación del derecho internacional consuetudinario en el sistema jurídico internacional	31
A. La naturaleza vinculante y las características del derecho internacional consuetudinario	31
B. Relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados	35
C. Relación entre el derecho internacional consuetudinario y el “derecho internacional general”	39

I. Introducción

1. En su 63º período de sesiones (2011), la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema titulado “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo¹. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo actual y designó a Sir Michael Wood, Relator Especial². También en ese período de sesiones, la Comisión pidió que la Secretaría preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podían ser de particular interés para este tema³. En atención a esa solicitud, la Secretaría ha emprendido un examen de la labor de la Comisión desde 1949 con el fin de delimitar los aspectos más pertinentes para el derecho internacional consuetudinario. A este respecto, la Secretaría se ha centrado básicamente en aspectos de la labor de la Comisión que son directamente pertinentes para interpretar el concepto de derecho internacional consuetudinario, el modo en que surgen las normas consuetudinarias y en que estas deben delimitarse y la forma en que opera el derecho consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico internacional. Esos aspectos de la labor de la Comisión que la Secretaría considera especialmente pertinentes para el tema actual se recogen en estas páginas en forma de observaciones y, cuando se considera apropiado, como notas explicativas.

2. En la preparación de este memorando, la Secretaría se basó en las preguntas y cuestiones consideradas pertinentes para el tema en dos documentos preliminares preparados por Sir Michael Wood⁴ y en el debate inicial sobre el tema durante el 64º período de sesiones de la Comisión⁵. El memorando está estructurado para recoger aspectos de la labor de la Comisión relacionados con la delimitación del derecho internacional consuetudinario y el proceso de su formación y con el funcionamiento del derecho consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico internacional.

3. Es importante destacar antes que nada que las observaciones que figuran más abajo se hacen eco de un examen sistemático de únicamente determinados componentes de la labor de la Comisión. Habida cuenta del mandato y de los métodos de trabajo de la Comisión, numerosos componentes de su labor —incluidos los informes de los Relatores Especiales y de los debates generales en el plenario— podrían tener especial importancia para el presente memorando y el tema sobre el que versa. No obstante, a fin de ultimar el memorando lo antes posible, la Secretaría ha limitado en buena medida su examen a la versión final de los proyectos aprobados por la Comisión sobre los diferentes temas que esta ha examinado hasta el momento, junto con los correspondientes comentarios⁶. Las versiones finales de tales proyectos y de los comentarios se consideraba que eran las que mejor

¹ A/66/10, párrs. 365 a 367. En su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2012, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

² A/67/10, párr. 19.

³ *Ibid.*, párr. 159.

⁴ Véanse el anexo A del informe de la Comisión de 2011 (A/66/10) y la nota del Relator Especial presentada en el 64º período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/653).

⁵ Véase el documento A/67/10, párrs. 169 a 202.

⁶ También se incluyen en el examen el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros y sus comentarios, aprobados por la Comisión en primera lectura en su 64º período de sesiones (2012).

mostraban el enfoque colectivo de la Comisión respecto del derecho internacional consuetudinario.

A. Codificación y desarrollo progresivo

4. Antes de pasar a las observaciones, es útil examinar brevemente algunas cuestiones preliminares relacionadas con la labor anterior de la Comisión sobre el derecho internacional consuetudinario. En primer lugar, el estudio de esa labor inevitablemente centra la atención en la distinción entre la labor de la Comisión relacionada con la “codificación” y el “desarrollo progresivo”.

5. En relación con la codificación, está claro que el derecho internacional consuetudinario ha desempeñado un importante papel en la labor de la Comisión. En el Estatuto de la Comisión por “codificación del derecho internacional” se entiende “la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas”⁷. Además, el Estatuto encomienda a la Comisión la codificación del derecho internacional mediante la preparación de proyectos en forma de artículos, junto con un comentario que contenga una “presentación adecuada de los precedentes y otros datos pertinentes, con inclusión de tratados, sentencias judiciales y doctrinas”, junto con conclusiones en que se defina, por una parte, el “grado de acuerdo existente sobre cada punto, en la práctica de los Estados y en la doctrina” y, por otra, las “divergencias y los desacuerdos que subsistan, así como los argumentos invocados en apoyo de una u otra tesis”⁸.

6. Sin embargo, el mandato de la Comisión no se limita a la codificación de las normas internacionales vigentes. La Comisión también tiene encomendada la tarea de proceder al desarrollo progresivo del derecho internacional, que, según su Estatuto, consiste en “la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas”⁹.

7. Así pues, la codificación y el desarrollo progresivo fueron contemplados en el Estatuto como conceptos diferentes, aunque los redactores reconocieron que ambos conceptos no serían forzosamente excluyentes entre sí (la sistematización del derecho vigente puede llevar a la conclusión de que debería proponerse la adopción de una nueva norma por los Estados)¹⁰. Además, la Comisión ha evitado sistemáticamente una categorización fundamental de un determinado tema, considerándolo exclusivamente un proceso de codificación o desarrollo

⁷ Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, artículo 15.

⁸ *Ibid.*, artículo 20 a) y b).

⁹ *Ibid.*, artículo 15.

¹⁰ Véase el informe de la Comisión de Desarrollo Progresivo y Codificación del Derecho Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, segundo periodo de sesiones, Sexta Comisión*, anexo 1, párr. 7.

progresivo¹¹. Por otra parte, la Comisión ha indicado que las “distinciones que se trazan en el Estatuto entre los dos procesos no han resultado viables y podrían eliminarse en cualquier revisión del Estatuto”¹².

8. En varias ocasiones, en relación con la formulación de normas concretas, la Comisión ha distinguido claramente entre su labor relativa a la codificación y su labor relativa al desarrollo progresivo del derecho internacional¹³. No obstante, en muchas otras ocasiones la Comisión no ha indicado si el hecho de que contemplase una norma concreta se enmarcaba dentro de la codificación o del desarrollo

¹¹ Véase, por ejemplo, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 16, párr. 72 (“La Comisión desea indicar que considera que sus trabajos sobre las cláusulas de la nación más favorecida constituyen tanto codificación como desarrollo progresivo del derecho internacional en el sentido en que se definen estos conceptos en el artículo 15 del Estatuto de la Comisión. Los artículos que ha formulado contienen elementos de desarrollo progresivo así como elementos de codificación del derecho y, como en varios proyectos anteriores, no cabe determinar a qué categoría corresponde cada disposición”). Véase también *The Work of the International Law Commission*, octava edición, vol. I, 2012, pág. 47.

¹² *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 92, párr. 147 a). Véanse también págs. 86 y 87, párrs. 156 a 159 (donde se indica que “sería simplificar decir que la diferencia entre desarrollo progresivo y codificación tiene que ver en particular con la elaboración de convenciones” y, “por tanto, la Comisión ha partido inevitablemente de la base de una idea compuesta de ‘codificación y desarrollo progresivo’”).

¹³ Véanse, por ejemplo, *Anuario ... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 54 (“la Comisión ha advertido que el funcionamiento de la cláusula [de la nación más favorecida] en la esfera de las relaciones económicas, en particular en lo que se refiere a los países en desarrollo, no es una cuestión que se preste fácilmente a la codificación del derecho internacional en el sentido en que la entiende el Estatuto de la Comisión, ya que los elementos que para ese proceso requiere [...], a saber, la existencia de amplia práctica de los Estados, precedentes y doctrinas, no se disciernen claramente.”); el párr. 2) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, A/61/10, pág. 41 (donde se indica que la práctica de los Estados y la doctrina no son claras y, por eso, se ha elaborado la norma como cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional); el párr. 2) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, A/61/10, pág. 54 (“el proyecto de artículo 8, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho, se aparta de la norma tradicional [...]”); y el párr. 5) del comentario del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, A/61/10, pág. 109 (“Si se entiende que el derecho internacional consuetudinario no ha llegado todavía a esta fase de desarrollo, el apartado a) del proyecto de artículo 19 debe considerarse como un producto de la labor de desarrollo progresivo del derecho”); el párr. 1) del comentario de la directriz 1.1.5 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 75 (donde se indica que la directriz “constituye, sin embargo, un elemento de desarrollo progresivo del derecho internacional, dado que no existe ningún precedente claro al respecto”); el párr. 5) del comentario del artículo 23 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, A/67/10, pág. 62 (“Por consiguiente, el párrafo 2 del proyecto de artículo 23 corresponde a la esfera del desarrollo progresivo en dos aspectos ...”); el párr. 1 del comentario del artículo 27 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, A/67/10, pág. 76 (“El proyecto de artículo 27 [...] corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional.”); y el párr. 1) del comentario del artículo 29 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, A/67/10, pág. 78 (“El proyecto de artículo 29 reconoce, a título de desarrollo progresivo y cuando se reúnan determinadas condiciones, un derecho de readmisión en el Estado expulsor a favor del extranjero que haya tenido que abandonar el territorio de ese Estado a raíz de una expulsión ilícita.”). Véase también el párr. 5) de los comentarios generales sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, A/66/10, pág. 74 (“El hecho de que varios de estos proyectos de artículo se basen en prácticas limitadas desplaza la frontera entre la codificación y el desarrollo progresivo hacia este último.”).

progresivo¹⁴. Además, independientemente de si ha considerado o no que una determinada norma entra dentro de alguna categoría, la Comisión frecuentemente no ha empleado términos que darían lugar a que su análisis fuese totalmente pertinente para el derecho consuetudinario. Así pues, el enfoque de la Secretaría ha consistido en incluir en el presente memorando los elementos de la labor de la Comisión que parecen constituir un esfuerzo para determinar o evaluar la posible existencia o el posible surgimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario.

B. Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario

9. El tema titulado “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” no es la primera vez que es abordado por la Comisión como tema directamente relacionado con la documentación del derecho internacional consuetudinario. Después de su segundo período de sesiones, y sobre la base de un documento de trabajo preparado por Manley O. Hudson sobre el tema¹⁵, la Comisión presentó un informe en 1950 a la Asamblea General sobre el tema titulado “Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario”¹⁶. Ese informe constituyó la respuesta directa al artículo 24 del Estatuto de la Comisión¹⁷.

10. La aplicación por la Comisión del artículo 24 fue, en gran medida, conceptualmente distinta del tema que se examina aquí. El informe de la Comisión, centrado primordialmente en la disponibilidad y accesibilidad del material pertinente para la documentación del derecho consuetudinario, señaló las recopilaciones de textos existentes y el material jurídico internacional y dio a entender que la Secretaría preparaba ciertas publicaciones para que aumentase la disponibilidad de la documentación que pudiese ser pertinente para la costumbre internacional¹⁸.

11. No obstante, el informe de la Comisión también se ocupó someramente del alcance del derecho internacional consuetudinario¹⁹. La Comisión consideró especialmente pertinente para el tema que se examinaba, entre otras cosas, que la formulación convencional del derecho internacional por ciertos Estados se utilizase

¹⁴ Ciertamente la Comisión incluso ha señalado que no considera necesario delimitar el rango jurídico de una determinada norma; véase, por ejemplo, el párr. 8) del comentario del artículo 68 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 295 (“La Comisión no cree necesario extenderse más sobre la cuestión de la naturaleza y del fundamento jurídico de los derechos soberanos reconocidos al Estado ribereño [sobre la plataforma continental] ... Todas estas consideraciones de utilidad general bastan para constituir el fundamento del principio de los derechos soberanos del Estado ribereño, tal como está actualmente formulado por la Comisión.”).

¹⁵ A/CN.4/16 y Add.1.

¹⁶ *Anuario ... 1950*, vol. II, párrs. 24 a 94.

¹⁷ El artículo 24 del Estatuto de la Comisión dispone que:

“La Comisión examinará los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, tales como la compilación y publicación de documentos relativos a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en materias de derecho internacional, y presentará un informe sobre este asunto a la Asamblea General.”

¹⁸ *Anuario ... 1950*, vol. II, págs. 368 a 374.

¹⁹ *Ibid.*, págs. 367 y 368.

frecuentemente como base para determinar la existencia del derecho internacional consuetudinario y que la “documentación de la práctica de los Estados ha de buscarse en diversos tipos de material”²⁰. Esas conclusiones y otros aspectos destacados del análisis de la Comisión se examinarán de nuevo como parte de las observaciones que figuran más abajo.

II. La identificación del derecho internacional consuetudinario y su proceso de formación

12. La presente sección detalla las observaciones relacionadas con el enfoque de la Comisión respecto de la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario y el proceso que da lugar a su formación. La sección comienza con observaciones sobre el enfoque general de la Comisión respecto de la determinación de las normas consuetudinarias y continúa con observaciones relacionadas con la práctica de los Estados, el denominado elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*) y la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales y los pronunciamientos judiciales y los escritos de los publicistas.

A. Enfoque general

Observación 1

Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la Comisión ha realizado frecuentemente un estudio de toda la documentación disponible sobre la práctica general de los Estados, así como sobre sus actitudes o posiciones, a menudo poniéndola en relación con los fallos de los tribunales internacionales y la doctrina²¹.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Al hacerlo, la Comisión se ha basado en diferente material, del que figura una lista ilustrativa en las secciones II.B.2 y II.C.2 del presente memorando. Véase también, por ejemplo, el comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 211 a 214 (después de haber revisado diferente material, la Comisión consideró, en el párr. 18), que “un Estado de reciente independencia no hereda, *ipso jure*, los tratados de su predecesor”). En algunas ocasiones, también se han utilizado consideraciones de lógica o de equidad por la Comisión para determinar ciertas normas; véase, por ejemplo, el párr. 2) del comentario del artículo 36 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, *Anuario ... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 332 (evaluación de la práctica pertinente corroborada por analogía entre las prerrogativas e inmunidades de los agentes diplomáticos y las de los representantes permanentes, así como sus respectivos familiares y su personal); y el párr. 2) del comentario del artículo 39 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 117 (“El artículo 39 reconoce que el comportamiento del Estado lesionado o de cualquier persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación debe tenerse en cuenta para evaluar la forma y la cuantía de la reparación. Esto corresponde al principio de que el perjuicio que es consecuencia del hecho internacionalmente ilícito conlleva la reparación íntegra, pero nada más. *También está en consonancia con la equidad en el trato del Estado responsable y de la víctima de la infracción*” (sin cursiva en el original)). En ciertos casos, el recurso a la analogía parecería haber emanado de la determinación de la Comisión según la cual era escasa la práctica disponible; véanse, por ejemplo, las siguientes observaciones formuladas en el párr. 2) del comentario general del proyecto de artículos sobre la

13. El comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación constituye un ejemplo del enfoque de la Comisión:

“Como se desprende del análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho, en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (en particular las disposiciones de los tratados, la posición adoptada por los Estados en litigios concretos, las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, las formulaciones del derecho preparadas por organismos intergubernamentales y no gubernamentales, las opiniones de prestigiosos tratadistas y las decisiones de los tribunales nacionales en casos similares), la doctrina de la utilización equitativa como principio general del derecho ...”²²

14. El ejemplo expuesto más arriba sirve para mostrar que la Comisión frecuentemente no ha distinguido claramente en sus comentarios entre el material en

responsabilidad de las organizaciones internacionales en relación con las circunstancias que impiden la ilicitud, A/66/10, pág. 111: “También en lo que se refiere a las circunstancias que excluyen la ilicitud, la práctica existente relativa a las organizaciones internacionales es escasa. Además, es poco probable que se den determinadas circunstancias en relación con algunas, ni siquiera la mayoría, de las organizaciones internacionales. No obstante, hay escasos motivos para sostener que las circunstancias que excluyen la ilicitud del comportamiento de los Estados no son pertinentes también en el caso de las organizaciones internacionales, que, por ejemplo, solo los Estados pueden invocar la fuerza mayor. Esto no significa que haya que presumir que las condiciones en que una organización podrá invocar una circunstancia determinada que excluye la ilicitud sean las mismas que las aplicables a los Estados”.

²² Párr. 10) del comentario del proyecto de artículo 5, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105. Véanse también los párrs. 3) a 6) del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y 48 (se recurre al examen de la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y los escritos de los juristas para averiguar si se ha establecido una norma); los párrs. 12) a 14) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte) pág. 53 (“Los laudos arbitrales, junto con la práctica de los Estados y la doctrina, indican que se aceptan en general las dos normas sobre atribución positiva que figuran en el artículo 10.”); los párrs. 24) y 25) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 43 (donde se determina que la norma formulada en el proyecto de artículo tiene su precedente en un estudio de fuentes que incluía fallos judiciales, legislación nacional y práctica de tratados); los párrs. 10) a 18) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 200 a 202 (donde se emprende un examen de la práctica estatal, las controversias fronterizas y la práctica convencional para determinar la existencia de una norma general); los párrs. 2) a 4) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 212 a 216 (donde se examinan la práctica de los Estados, las opiniones jurídicas de la Secretaría, la práctica de los depositarios y los escritos de los juristas a los efectos de determinar la existencia de una norma general); los párrs. 1) y 8) del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 260 a 271 (donde se recurre a la Carta y la práctica de las Naciones Unidas, así como a la opinión de una gran mayoría de abogados internacionales a los efectos de examinar la existencia de una norma consuetudinaria); y el párr. 2) del artículo 25 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 234 (“La práctica de los Estados, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y los escritos de los juristas parecen confirmar [...] [que] en el presente artículo se enuncia esa norma.”).

que se basa para determinar la práctica general de los Estados y el material en que se basa para determinar las actitudes o posiciones de los Estados en relación con una norma²³. Conviene asimismo destacar que la Comisión ha reconocido que las diferentes fuentes mencionadas en relación con la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario no tienen el mismo valor jurídico²⁴.

15. En otras ocasiones, sin embargo, la Comisión ha considerado que una norma se encontraba corroborada por la práctica de los Estados sin incluir en los comentarios la documentación de un estudio sistemático²⁵.

B. Práctica de los Estados

16. A los efectos de determinar las normas de derecho internacional consuetudinario, la Comisión ha reconocido que la práctica de los Estados desempeña un papel destacado²⁶. En esta sección se intenta ofrecer una visión

²³ Para un examen más detallado del modo en que la Comisión aborda la cuestión de la práctica general de los Estados y las actitudes o posiciones de los Estados respecto de una norma, véanse las secciones II.B y II.C *infra*. Véanse también el párr. 13) del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 57 (donde se llega a la conclusión de que “Las normas establecidas [...] están corroboradas por la práctica estatal, tanto judicial como legislativa y gubernamental, así como por los tratados multilaterales y bilaterales”, sin realizar un análisis separado en el comentario sobre la práctica y la actitud de los Estados); los párrs. 11) a 21) del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 34 a 36 (donde se exponen ejemplos demostrativos y se llega a la conclusión de que toda norma se basa en la práctica estatal, los fallos judiciales y la teoría jurídica, sin distinguir entre el material utilizado para llegar a su conclusión respecto de la práctica, las actitudes o las posiciones del Estado).

²⁴ Véase el párr. 24) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 107 (“El precedente análisis de textos jurídicos, aunque necesariamente breve, refleja la tendencia de la práctica y la doctrina en la materia. Hay que reconocer que las fuentes citadas no tienen todas jurídicamente el mismo valor. Sin embargo, el análisis constituye un indicio del amplio y constante apoyo que han recibido las normas enunciadas en el artículo 5.”).

²⁵ Véanse, por ejemplo, el párr. 1) del comentario del artículo 22 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 272 (donde se señala simplemente que las reglas “corresponden a la práctica preponderante de los Estados”, sin explicar más en el comentario); el comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 276 (donde se considera que el principio de la inmunidad de los buques de guerra prevista en el párrafo 1 se acepta generalmente en el derecho internacional, sin proporcionar ningún estudio documental); y los párrs. 1) y 2) del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 115 (donde se llega a la conclusión de que “según una práctica muy común, los cónsules de carrera tienen precedencia sobre los cónsules honorarios”, sin referirse a ninguna fuente en el comentario). No obstante, debe mencionarse que, en algunos de los casos en que no existe documentación de un examen sistemático en los comentarios de la Comisión, bien puede indicarse que se ha realizado ese examen en los informes de los Relatores Especiales o los estudios de la Secretaría.

²⁶ No obstante, es de destacar que la Comisión ha considerado que la mera ausencia de práctica no excluye necesariamente la existencia de un derecho o de una facultad con arreglo al derecho internacional consuetudinario general; véase el párr. 2) del comentario del artículo 57 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, A/66/10, pág. 168 (“De hecho, la práctica no ofrece ejemplos de contramedidas tomadas por Estados u organizaciones internacionales no lesionados contra una organización internacional responsable. Por otro lado, en

general del modo en que la Comisión ha caracterizado y evaluado la práctica de los Estados, así como del material utilizado por la Comisión en su análisis.

1. Caracterización por la Comisión de la práctica de los Estados

Observación 2

La uniformidad de la práctica de los Estados ha sido considerada clave por la Comisión para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario.

17. En varias ocasiones, la Comisión ha considerado que existía la uniformidad requerida en la práctica de los Estados a los efectos de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario²⁷. Por el contrario, en algunas ocasiones se ha considerado que la falta de uniformidad impedía la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario²⁸.

el contexto de los pocos casos en que un Estado no lesionado o una organización internacional no lesionada habrían podido tomar contramedidas contra una organización internacional, la ausencia de práctica en materia de contramedidas no puede llevar a la conclusión de que la adopción de contramedidas por Estados u organizaciones internacionales no lesionados sería inadmisibles.”).

²⁷ Véanse el párr. 1) del artículo 9 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 111 (“Actualmente, la práctica de los Estados, según se deduce de su legislación nacional y de las convenciones internacionales, permite comprobar que existe una uniformidad suficientemente grande en cuanto a las cuatro clases mencionadas en el artículo 9 de modo que resulta posible proceder a la codificación de las clases de jefes de oficina consular.”); y los párrs. 1) y 2) del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 115 (“Según se ha informado a la Comisión, la práctica permite observar ciertos usos uniformes que el presente artículo se propone codificar. Al parecer, según una práctica muy común, los cónsules de carrera tienen precedencia sobre los cónsules honorarios.”). Véanse también los párrs. 8) y 23) del comentario de la directriz 4.5.1 del proyecto de directrices sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, págs. 511 y 517 (“La nulidad de una reserva sustantivamente inválida no es en absoluto una cuestión de *lex ferenda*; está sólidamente arraigada en la práctica de los Estados [...] La práctica de los Estados es muy abundante —y esencialmente homogénea— y no se limita a Estados concretos.”).

²⁸ Véanse, por ejemplo, el párr. 4) del comentario del artículo 35 del proyecto de artículos sobre misiones especiales, *Anuario ... 1967*, vol. II, pág. 378 (“La Comisión ha comprobado, sin embargo, que esos artículos [de consumo] son objeto de reglamentaciones aduaneras complejas, que varían de un Estado a otro, y que no parece haber una norma jurídica universal al respecto.”); el párr. 2) del comentario del artículo 17 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, *Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 101 (“la práctica [...] no es la misma en todos los Estados [...] La materia no se presta a una reglamentación demasiado rígida.”); el párr. 2) del artículo 36 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, *Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 109 (“Es práctica general conceder a los miembros del personal diplomático de una misión los mismos privilegios e inmunidades que al jefe de la misión, y no se pone en tela de juicio que esta sea una norma de derecho internacional. Pero aparte de esto no hay uniformidad en la práctica de los Estados en cuanto a las categorías de personal de una misión que gozan de privilegios e inmunidades. [...] Por todo ello, no se puede afirmar que exista una norma de derecho internacional en la materia, fuera de la mencionada.”); el artículo 3 1) del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 261 (“La Comisión reconoce que la práctica internacional no es uniforme por lo que respecta a la delimitación del mar territorial.”); el párr. 2) del comentario del artículo 4 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 262 (“La expresión tradicional, ‘faja de la bajamar’, puede tener distintos sentidos; existen varios criterios que, en la práctica de los Estados, sirven para determinarla.”); el párr. 18) del comentario del artículo 14 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II

Observación 3

La Comisión también ha considerado clave la generalidad de la práctica de los Estados a los efectos de la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario.

18. En varias ocasiones, la Comisión ha considerado que la generalidad requerida respecto de la práctica de los Estados existía a los efectos de la determinación de una norma de derecho internacional consuetudinario²⁹. Por el contrario, la falta de generalidad en la práctica de los Estados se ha considerado que impide la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario³⁰. No obstante, en determinadas

(segunda parte), pág. 42 (“La práctica de los Estados relativa a la moneda no es uniforme, aunque es un principio firmemente establecido el de que el privilegio de emisión pertenece al Estado sucesor [...]”); los párrs. 8) y 9) del comentario del artículo 11 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 113 (donde se indica que el derecho “universalmente reconocido” del Estado de recepción a denegar el *exequatur* está implícitamente reconocido en el artículo, si bien se destaca que, “pues como la práctica de los Estados es diversa y contradictoria, no es posible deducir la existencia de una regla que imponga a los Estados la obligación de explicar los motivos de su decisión en esos casos.”); el párr. 1 del artículo 27 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, A/67/10, pág. 76 (“La Comisión considera, en efecto, que la práctica de los Estados en esta materia no es suficientemente uniforme y convergente para servir de base, en el derecho existente, a una norma de derecho internacional general que prevea el efecto suspensivo del recurso contra una resolución de expulsión.”); y el párr. 1 del comentario del artículo 29 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, A/67/10, pág. 78 (“Aunque puede observarse que semejante derecho está reconocido —en condiciones variables— en la legislación de algunos Estados e incluso en el plano internacional, la práctica no parece ser suficientemente convergente para que se pueda afirmar la existencia, en derecho positivo, de un derecho a la readmisión como derecho individual del extranjero que haya sido objeto de una expulsión ilícita.”).

²⁹ Véanse, por ejemplo, el párr. 1) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 105 (“La norma enunciada en este artículo corresponde a la práctica general según la cual las misiones diplomáticas ejercen funciones consulares.”); el párr. 1) del comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 134 (donde se indica que la documentación de “una práctica muy generalizada [...] puede decirse que [...] refleja la costumbre internacional [...]”); los párrs. 8) y 23) del comentario de la directriz 4.5.1 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, págs. 527 y 533 (“La nulidad de una reserva sustantivamente inválida no es en absoluto una cuestión de *lex ferenda*; está sólidamente arraigada en la práctica de los Estados [...] La práctica de los Estados es muy abundante —y esencialmente homogénea— y no se limita a Estados concretos.”); el párr. 1) del comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, *Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 107 (“En todos los países, el agente diplomático está exento de ciertos impuestos y gravámenes, y aunque el grado de exención varía según los países, se puede considerar como una norma de derecho internacional que la exención existe, con ciertas excepciones.”); el párr. 1) del comentario del artículo 22 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 272 (“Ha considerado que estas reglas corresponden a la práctica preponderante de los Estados y ha redactado el artículo 22 en este sentido.”); y el párr. 105) del comentario del Principio IV de los principios de derecho internacional que se reconocen en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia del Tribunal, *Anuario ... 1950*, vol. II, pág. 375 (donde se indica que se observa un principio con diferente graduación en el derecho penal de la mayoría de las naciones).

³⁰ Véanse los párrs. 3) y 6) del comentario del artículo 54 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 147 y 149 (“La práctica a este respecto es limitada y bastante embrionaria [...] Como muestra este análisis, el estado actual del derecho internacional sobre las contramedidas adoptadas en interés general o colectivo es incierto. La práctica de los Estados es escasa y concierne a un número limitado de Estados.”); el párr. 13) del comentario del artículo 16

ocasiones relacionadas con la determinación de las normas que rigen situaciones surgidas en un reducido número de casos, como el derecho sobre la sucesión de Estados, la Comisión ha recurrido en buena medida a la práctica de los Estados afectados por tales casos a fin de determinar o formular una norma general³¹.

19. En otros casos, la Comisión ha considerado que la especialidad del comportamiento del Estado o una determinada circunstancia menoscababa su valor probatorio a los efectos de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario³².

Observación 4

La Comisión ha utilizado diferentes términos para determinar si la práctica de un Estado se ajusta a los requisitos de uniformidad o generalidad.

del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 56 y 57 (donde se indica que la práctica encontrada en los sistemas de *common law* no debe ser considerada una “práctica universalmente aplicable”); y el párr. 4) del comentario de la directriz 2.6.10 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 275 (“La práctica de los Estados en materia de confirmación de objeciones es escasa e incierta [...]”).

³¹ Véase el párr. 18) del comentario del artículo 9 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 194 (donde se determina una norma de alcance general sobre la base de la práctica de ciertos Estados de reciente independencia); y el párr. 26 del comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 261 (donde se recurre a la práctica limitada de algunos Estados unificados para formular una norma general); véanse también los párrs. 4) a 6) del comentario del artículo 5 del proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y 27 (donde se recurre a la práctica limitada de los tribunales internacionales para reafirmar una “norma existente de derecho internacional”); y los párrs. 1) a 3) del comentario del artículo 6 del proyecto de Código de crímenes, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 26 (donde se recurre a una limitada jurisprudencia nacional e internacional para confirmar un principio).

³² Véanse el párr. 7) del comentario del artículo 21 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 234 (“Pero el caso de los antiguos Dominios británicos era muy poco corriente, debido tanto a las circunstancias en que obtuvieron la independencia como a su relación especial con la Corona británica en aquel momento. Por ello, no se debe extraer de esos casos ninguna conclusión general [...]”); el párr. 7) del comentario del artículo 29 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 253 (donde se indica que las circunstancias de una federación eran “algo especiales” y, por eso, “no se considera un precedente útil para deducir conclusiones generales”); el párr. 11) del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 266 (“se considera que las circunstancias de esta federación sumamente efímera son demasiado especiales para que puedan constituir un precedente del que quepa extraer una norma general.”); el párr. 4) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 26 (donde se señala que “no se pueden deducir criterios de aplicación general de”, entre otras cosas, “las dos resoluciones de la Asamblea General, aprobadas en aplicación de un tratado y que se refieren exclusivamente a situaciones particulares.”); y el párr. 13) del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 34 (donde se omiten dos casos porque “no son bastante explicativos,” dado que su aplicación de un principio general “se debe a otras causas particulares y específicas”).

20. Esos términos incluyen los siguientes: “uniformidad” o “práctica uniforme”³³, “práctica general”³⁴, “práctica generalizada”³⁵, norma “ampliamente observada en la práctica”³⁶, “práctica bien establecida y generalizada”³⁷, “práctica bien establecida”³⁸, práctica “claramente establecida”³⁹, práctica “sólidamente establecida”⁴⁰, “práctica establecida”⁴¹, “práctica arraigada”⁴², “práctica preponderante de los Estados”⁴³ o “peso en la práctica de los Estados”⁴⁴.

³³ Véanse el párr. 1) del comentario del artículo 9 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 111 (donde se menciona la “uniformidad” en la práctica de los Estados); el párr. 2) del comentario del artículo 36 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, *Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 109 (“Pero aparte de esto no hay uniformidad en la práctica de los Estados [...]”); el párr. 2) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 261 (“la práctica internacional no era uniforme [...]”); el párr. 7) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 262 (“hay una gran divergencia en la práctica internacional”).

³⁴ Véanse el párr. 1) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 105; el párr. 6 del comentario del artículo 22 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 237; y el párr. 2 del comentario del artículo 52 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 250.

³⁵ Véanse el párr. 1) del comentario del artículo 49, el párr. 2) del comentario del artículo 16 y el párr. 2) del comentario del artículo 41 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, págs. 134, 115 y 128.

³⁶ Véase el párr. 2) del comentario de la directriz 2.3 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 183.

³⁷ Véase el párr. 1) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, *Anuario ... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 314 y 315.

³⁸ Véanse, por ejemplo, el párr. 3) del comentario de la directriz 1.8 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 137; el párr. 12) del comentario de la directriz 3.1.5.3 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 385; y el párr. 4) del comentario del artículo 50 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, *Anuario ... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 314 y 315.

³⁹ Véase el párr. 12) del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 34.

⁴⁰ Véase el párr. 8) del comentario de la directriz 4.5.1 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 527.

⁴¹ Véase el párr. 1) del comentario del artículo 21 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 66.

⁴² Véase el párr. 8) del comentario del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, A/61/10, pág. 113 (“Aunque la legislación interna, la jurisprudencia y la doctrina apoyan hasta cierto punto [...] esto no constituye probablemente una práctica arraigada”).

⁴³ Véase el párr. 1) del comentario del artículo 22 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 272.

⁴⁴ Véase el párr. 17) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 202 (donde se hace referencia a “testimonios de peso en la práctica de los Estados” en apoyo de la exclusión de los tratados de fronteras de la regla del cambio fundamental en las circunstancias).

Observación 5

Cuando había un elemento o característica común⁴⁵ subyacente en la práctica internacional, el hecho de que existiese cierta variabilidad en la práctica frecuentemente no ha impedido que la Comisión determine la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario⁴⁶.

21. Por ejemplo, en el comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la Comisión llegó a la conclusión de que

“aun cuando podían encontrarse algunas discrepancias en la práctica de los Estados, ésta era lo bastante coherente para apoyar la formulación de una norma que, con las atenuaciones necesarias, estipulara que los tratados en vigor en la fecha de la disolución permanecerían en vigor *ipso jure* respecto de cada uno de los Estados resultantes de la disolución [...]”⁴⁷.

22. Análogamente, en su comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, la Comisión señaló que, “aunque el grado de exención [de ciertos impuestos y gravámenes] varía según los países, se puede considerar como una norma de derecho internacional que la exención existe, con ciertas excepciones”⁴⁸.

⁴⁵ Véase el párr. 11) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde se indica que, aunque los términos y planteamientos de los acuerdos internacionales que se hacen eco de la doctrina de utilización equitativa —considerados por la Comisión como “norma general de derecho”— “son muy diversos, *todos tienen como característica común* el reconocimiento de los derechos de las partes al uso y disfrute del curso o cursos de agua internacionales de que se trata, que son iguales en principio y correlativos en su aplicación.”); (sin cursiva en el original).

⁴⁶ En relación con el planteamiento general de la Comisión respecto del requisito de la uniformidad de la práctica de los Estados, véase la observación 2 en la sección II.B.1 del presente memorando.

⁴⁷ Párr. 25) del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 269.

⁴⁸ Párr. 1) del comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, *Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 107. Véanse también el párr. 3) del comentario del artículo 29 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 275 (“La práctica seguida por los Estados es demasiado divergente para poder ser reglamentada por unos pocos criterios aprobados por la Comisión [...] Por esta razón, la Comisión ha estimado conveniente limitarse a enunciar el principio rector siguiente: para que el carácter nacional del buque sea reconocido por los demás Estados ha de existir una relación auténtica entre el buque y el Estado cuya bandera enarbola [...] La mayoría de la Comisión ha preferido, no obstante, tener un criterio, aunque sea vago, que no tener ninguno.”); el párr. 8) del comentario del artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 122 (donde se afirma la inviolabilidad de los locales consulares y se destaca, en particular, su reconocimiento en muchas convenciones consulares, a pesar de “ciertas excepciones al principio de inviolabilidad” existentes en algunas convenciones); el párr. 3) del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 221 (donde se señala que la causa relativa al *Derecho de paso* puede indicar “la posibilidad de que surjan difíciles problemas al aplicar la norma en circunstancias especiales”, pero que “la norma vigente parece estar bien arraigada”); y los párrs. 2) y 3) del comentario del artículo 11 del proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 37 (“Pese a la diversidad de las normas de procedimiento y de prueba que rigen los procedimientos judiciales de las distintas jurisdicciones”, cada tribunal debe cumplir “unas normas mínimas de proceso con las debidas garantías”).

Observación 6

La Comisión ha manifestado ocasionalmente que la constancia de la práctica de los Estados a lo largo del tiempo es una consideración pertinente, aunque no necesariamente decisiva, para la formación o documentación del derecho internacional consuetudinario⁴⁹.

2. Material utilizado por la Comisión para evaluar la práctica de los Estados

Observación 7

La Comisión ha utilizado diverso material para evaluar la práctica de los Estados a los efectos de determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario.

23. En el desempeño de su labor, la Comisión parece haber seguido el criterio inicialmente previsto en el informe que en 1950 presentó a la Asamblea General sobre los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario⁵⁰. La Comisión se ha basado en una lista no

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, el párr. 18) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 109 (“El apartado j) tiende a consagrar una práctica hace tiempo establecida, según la cual los cónsules se encargan de remitir a los interesados [...]”); los párrs. 4) y 6) del comentario del artículo 5 del proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 27 (donde se determina que el artículo reafirma una “norma existente de derecho internacional” y se indica que “la excepción de órdenes del superior se ha excluido sistemáticamente en los instrumentos jurídicos pertinentes adoptados desde el estatuto del Tribunal de Nuremberg [...]”; el párr. 4) del comentario del artículo 7 del proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 30 (“Los instrumentos pertinentes adoptados desde el estatuto del Tribunal de Nuremberg [...] han excluido sistemáticamente el carácter oficial del individuo como posible excepción frente a los crímenes de derecho internacional”); y el párr. 26) del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (sobre el cual manifestó la Comisión en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión final del proyecto de artículos sobre el tema que seguía “siendo generalmente aplicable”: véanse *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte) págs. 23 y 24), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 144 y 145 (“conviene advertir que la regla de la inmunidad de los Estados, formulada a principios del siglo XIX y generalmente aceptada en ese siglo tanto en los países de *common law* como en gran número de países de tradición jurídica romanista de Europa, ha sido adoptada luego como una regla general de derecho internacional consuetudinario con una base sólida en la práctica actual de los Estados. Así, la regla de la inmunidad de los Estados sigue aplicándose en mayor o menor grado en Europa, en la práctica de los países cuya jurisprudencia en el siglo XIX ya se ha examinado [...] Al parecer, esta regla se aplica sistemáticamente en otros países.”). Véase también, *a contrario*, el párr. 3) del comentario del artículo 54 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 147 (“La práctica a este respecto es limitada y bastante embrionaria.”).

⁵⁰ Véase *Anuario ... 1950*, vol. II, párr. 31 (“La prueba de la práctica de los Estados debe buscarse en diversos tipos de documentos. La referencia del artículo 24 del Estatuto de la Comisión a los ‘documentos relativos a la práctica de los Estados’ no indica el criterio con que deba juzgarse la naturaleza de tales ‘documentos’. Tampoco es posible enumerar todos los diversos tipos de documentos que revelan la práctica de los Estados sobre cada uno de los numerosos problemas que surgen en las relaciones internacionales.”). En ese informe, la Comisión incluyó la siguiente lista no exhaustiva de tipos de material que podían ser pertinentes para documentar el derecho internacional consuetudinario: a) los textos de los instrumentos internacionales; b) los fallos de los tribunales internacionales; c) los fallos de los tribunales nacionales; d) la legislación nacional;

exhaustiva de material constitutivo de elementos de la práctica de los Estados, que incluye lo siguiente: el derecho internacional⁵¹, los fallos de los tribunales nacionales⁵², la práctica del poder ejecutivo⁵³, la práctica diplomática⁵⁴ y la práctica en materia de tratados⁵⁵.

e) la correspondencia diplomática; f) las opiniones de los asesores jurídicos nacionales; y g) la práctica de las organizaciones internacionales; *Anuario ... 1950*, vol. II, pág. 370. En particular, la Comisión indicó que la “legislación nacional” se “emplea aquí en un sentido general; en él se incluyen las constituciones de los Estados, las disposiciones de sus órganos legislativos y los reglamentos y decretos promulgados por las autoridades ejecutivas y administrativas. No se excluye forma alguna de disposición reglamentaria dictada por una autoridad pública”; pág. 370 (en el apartado sobre “legislación nacional”), párr. 60. Además, la Comisión señaló que “las decisiones de los tribunales nacionales de un Estado tienen valor como prueba de la práctica de ese Estado, aunque no sirvan, por lo demás, como prueba del derecho internacional consuetudinario” (párr. 54). No obstante, la Comisión declinó apreciar “el valor relativo de las decisiones de los tribunales nacionales, comparándolas con otros tipos de prueba del derecho internacional consuetudinario” (párr. 54).

⁵¹ Véanse, por ejemplo, el párr. 19) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 41 (donde se realiza un estudio de la legislación nacional); el párr. 8) del comentario del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, A/61/10, pág. 113 (“Aunque la legislación interna, la jurisprudencia y la doctrina apoyan hasta cierto punto [...], esto no constituye probablemente una práctica arraigada.”); el párr. 13) y la nota 164 del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte) (donde se indica que las normas cuentan con el apoyo de la práctica de los Estados, incluida la práctica legislativa); y los párrs. 40) a 48) del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (sobre el cual manifestó la Comisión en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión final del proyecto de artículos sobre el tema que seguía “siendo generalmente aplicable”; véanse *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 23 y 24), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 149 (donde se indica que “la legislación nacional constituye un importante elemento en el concepto general de la práctica de los Estados” y se realiza un examen de las leyes internas pertinentes).

⁵² Véanse los párrs. 13) a 18) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 38 a 41 (examen de la práctica judicial nacional); el párr. 13) y la nota 164 del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 56 y 57 (donde se indica que las normas cuentan con el apoyo de la práctica de los Estados, incluida la práctica judicial); el párr. 7) del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (sobre el cual manifestó la Comisión en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión final del proyecto de artículos sobre el tema que seguía “siendo generalmente aplicable”; véanse *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte) pág. 25), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 140 (“La regla general de derecho internacional relativa a la inmunidad del Estado se ha desarrollado principalmente a partir de la práctica judicial de los Estados. Los tribunales nacionales han sido los que han contribuido principalmente al desarrollo y perfeccionamiento progresivo de un conjunto de normas consuetudinarias que rigen las relaciones de las naciones en este aspecto concreto.”); y el párr. 3) del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 281 (donde se hace referencia a la práctica de los tribunales nacionales).

⁵³ Véase el párr. 39) del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (sobre el cual manifestó la Comisión en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión final del proyecto de artículos sobre el tema que seguía “siendo generalmente aplicable”: véanse *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte) págs. 23 y 24), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 148 y 149 (“Las opiniones del gobierno expresadas por conducto de los órganos políticos de la administración son

24. Además, la Comisión se ha basado en otro material, como las fuentes secundarias de información relacionadas con la práctica de los Estados. Ese material incluye, en particular, comentarios de gobiernos⁵⁶, publicaciones de organizaciones

sumamente pertinentes y denotan las tendencias generales de la práctica del Estado [...] [L]a orientación adoptada por el gobierno puede ser decisiva para lograr una evolución jurídica conveniente mediante la afirmación enérgica de su posición, por conducto del legislativo o por medio de la aceptación oficial de los principios contenidos en una convención internacional. A la inversa, el gobierno es claramente responsable de su decisión de hacer valer una pretensión de inmunidad estatal con respecto a sí mismo o sus bienes, de acceder al ejercicio de la jurisdicción por el tribunal de otro Estado o de renunciar a su inmunidad soberana en un caso determinado.”); y el párr. 13) del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 56 y 57 (donde se indica que las normas enunciadas en el artículo cuentan con el apoyo de la práctica de los Estados, incluida la práctica gubernamental).

⁵⁴ Véanse los párrs. 14) a 17) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 186 y 187 (donde se examinan las posiciones diplomáticas, los canjes de notas y la práctica de los Estados para determinar si existe una norma general); y los párrs. 11) a 17) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 200 a 202 (donde se analizan los canjes de notas y las posiciones de carácter diplomático en las controversias sobre límites como prueba de la práctica de los Estados sobre la cuestión de si los acuerdos sobre límites se ven afectados por la sucesión de Estados). Véase también *Anuario ... 1950*, vol. II, párr. 71 (“La correspondencia diplomática entre Gobiernos debe proporcionar abundantes pruebas del derecho internacional consuetudinario.”).

⁵⁵ Véanse los párrs. 20) y 21) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 41 (donde se indica que “la suma de dichas prácticas en los tratados bilaterales puede corroborar la existencia de una práctica general de los Estados en apoyo de” ciertas excepciones a la inmunidad de los Estados); los párrs. 14) a 18) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 215 y 216 (donde se considera que los acuerdos de transmisión constituyen una prueba de la práctica de los Estados a los efectos de determinar la existencia de una norma general); el párr. 1) del comentario del artículo 15 y el párr. 5) del comentario del artículo 19 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 114 (donde se citan las convenciones consulares como prueba de la práctica de los Estados); y los párrs. 1) y 3) del comentario del artículo 28 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, págs. 120 y 121 (donde se indica que la norma está confirmada por numerosas convenciones consulares).

⁵⁶ La Comisión y sus Relatores Especiales se suelen basar en comentarios recibidos de los gobiernos, que constituyen una de las principales fuentes de información en relación con la práctica de los Estados. En algunos comentarios hay indicios de que se han basado en ellos; véanse, por ejemplo, el párr. 1) del comentario del artículo 56 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 138 (“El análisis de los reglamentos consulares ha demostrado y las observaciones de los gobiernos han confirmado que ciertos Estados autorizan a los funcionarios consulares de carrera a ejercer una actividad privada de carácter lucrativo [...] Teniendo en cuenta esta práctica la Comisión aprobó [...] el presente artículo”); y el párr. 5) del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 27 (“La referencia expresa a la ausencia de consentimiento como condición *sine qua non* de la aplicación de la inmunidad del Estado está corroborada por la práctica de los Estados. Algunas de las respuestas al cuestionario distribuido a los Estados Miembros ponen claramente de relieve esta relación entre la ausencia de consentimiento y el ejercicio admisible de la inmunidad de jurisdicción.”).

internacionales⁵⁷ y organizaciones no gubernamentales⁵⁸, publicaciones del ejecutivo⁵⁹ y fallos judiciales y estudios de juristas⁶⁰.

25. La Comisión también ha destacado la dificultad de delimitar y evaluar casos pertinentes de práctica de los Estados en relación con una determinada cuestión jurídica⁶¹.

C. El denominado elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*)

26. Además de a la práctica de los Estados, la Comisión se ha remitido frecuentemente en su labor a lo que a menudo se define como el elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario⁶². El objetivo de la presente sección es

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, el párr. 1) del comentario del artículo 23 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 81 (donde se cita un estudio de la práctica de los Estados sobre la fuerza mayor, preparado por la Secretaría); el párr. 16) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 39 (donde se cita la práctica de Egipto que figura en una publicación de las Naciones Unidas); el párr. 27) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 205 (donde se cita el Acuerdo de 1929 sobre las aguas del Nilo y otros acuerdos bilaterales reproducidos en una publicación de las Naciones Unidas); y el párr. 4) del comentario del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 225 (donde se cita una publicación de las Naciones Unidas en apoyo de una propuesta en relación con la práctica de los Estados sucesores).

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, los párrs. 10) y 12) del comentario del artículo 9 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (donde se cita material de la Asociación de Derecho Internacional); el párr. 7) del comentario del artículo 23 (donde se cita un informe de la Asociación de Derecho Internacional); y el párr. 17) del comentario de los artículos 30 y 31 (donde se cita un informe del Nigerian Institute for International Affairs), *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 191 y 192, 237 y 238 y 259.

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, el párr. 2) del comentario del artículo 24 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 83 (donde se citan canjes de notas diplomáticas reproducidas en una publicación del Gobierno de los Estados Unidos de América); el párr. 3) del comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 100 (donde se cita la práctica de los Estados observada en los *British and Foreign State Papers, 1919*, vol. 112); y el párr. 4) del comentario del artículo 14 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 210 (donde se hace referencia a la práctica de los tratados observada en una publicación del Gobierno del Reino Unido).

⁶⁰ Véase la sección II.E. *infra*.

⁶¹ Véase el párr. 4) del comentario del anexo del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados (en relación con la lista indicativa de categorías de tratados del artículo 7, que, en razón de su materia, continúan aplicándose, en su totalidad o en parte, durante un conflicto armado), A/66/10, pág. 213 (“[...] las probabilidades de que se reciba una corriente importante de información proveniente de los Estados que indique cuál es su práctica son reducidas. Además, es sumamente difícil determinar la práctica pertinente de los Estados en esta esfera.”).

⁶² Véanse, por ejemplo, el párr. 8) del comentario de la directriz 2.2.1 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 177 (donde se apoya en la práctica y la *opinio necessitatis juris* para propugnar la norma de que las reservas formuladas en el momento de la firma han de ser confirmadas al expresar el consentimiento para quedar obligado); y el párr. 18) del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades

dar una idea general de cómo ha caracterizado y determinado ese elemento la Comisión y los materiales en los que se ha apoyado en su análisis.

1. Caracterización del elemento subjetivo por parte de la Comisión

Observación 8

Con frecuencia, la Comisión ha caracterizado el elemento subjetivo como la impresión entre los Estados de que existe o no existe una norma obligatoria⁶³. Aunque en muchas ocasiones se ha basado específicamente en el carácter obligatorio de una norma⁶⁴, en algunos casos la Comisión mencionó el reconocimiento por parte de los Estados de la necesidad de una norma⁶⁵.

jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que “sigue siendo generalmente aplicable”: véase *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte) págs. 23 y 24), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 142 (donde se alude a la *opinio juris* que sustenta la práctica de los Estados relativa a la inmunidad jurisdiccional).

⁶³ La expresión “existe o no existe una norma obligatoria” debe leerse en el entendimiento de que las normas del derecho internacional consuetudinario pueden ser permisivas (cuando reconocen los derechos o la discreción de los Estados) o restrictivas (cuando imponen obligaciones a los Estados). Entre los ejemplos de ocasiones en las que la Comisión ha mencionado explícitamente una norma permisiva cabe citar el párr. 1) del comentario del artículo 67 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 141 (norma de que todo Estado puede decidir a su arbitrio si ha de nombrar o ha de recibir funcionarios consulares honorarios); el párr. 11) del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y 30 (“El derecho internacional consuetudinario o los usos internacionales reconocen que el tribunal puede ejercer su jurisdicción contra otro Estado que haya manifestado su consentimiento en forma inequívoca, pero el ejercicio efectivo de esa jurisdicción es una facultad discrecional que compete exclusivamente al tribunal, el cual puede exigir una regla más rígida para la manifestación del consentimiento.”); los párrs. 7) y 12) a 17) del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 214 a 216 (la documentación de la práctica de los Estados respalda la opinión tradicional de que un Estado de reciente independencia no tiene ninguna obligación general de asumir los tratados de su predecesor; véase especialmente el párr. 12) *in fine*: “A este respecto, la noción de sucesión parece haberse manifestado en el reconocimiento del *derecho* de todo nuevo Estado a pasar a ser parte en los instrumentos sin tratar simultáneamente de imponerle la *obligación* de hacerlo.” (en cursiva en el original)).

⁶⁴ Véanse los párrs. 3) a 5) y 9) del comentario del artículo 27 (“Regla general de interpretación”) y el artículo 28 (“Medios de interpretación complementarios”) del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 239 a 241, especialmente el párr. 4) (“el empleo de muchos de esos principios es más discrecional que obligatorio”) y el párr. 9) (“... Sin embargo, los tres elementos tienen un carácter obligatorio.”); y el párr. 8) del comentario del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, A/61/10, pág. 113 (“Tampoco los Estados se sienten en absoluto *obligados* a limitar su libertad de disposición de las indemnizaciones otorgadas ...” (sin cursiva en el original)).

⁶⁵ Véanse, por ejemplo, el párr. 6) del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 282 (“... las pruebas de la aceptación de la doctrina [*rebus sic stantibus*] en derecho internacional son tan abundantes que puede decirse que denotan el reconocimiento de la necesidad de esa válvula de escape en el derecho de los tratados”); y el párr. 9) del comentario del artículo 20 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 128.

Observación 9

Con frecuencia, la Comisión ha caracterizado la postura de los Estados con respecto a una posible norma de derecho internacional consuetudinario como el “reconocimiento general” o la “aceptación general” de la norma. Sin embargo, también ha utilizado otras formulaciones, como la “convicción” o la “actitud” de los Estados con respecto a la existencia o el contenido de una norma dada.

27. En su labor, la Comisión ha aludido en varias ocasiones al denominado elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario indicando que una norma estaba “generalmente (o ampliamente) reconocida”⁶⁶ o “generalmente aceptada”⁶⁷. Al examinar la noción de “aceptación general”, la Comisión explicó cómo interpretaba la dinámica de las reclamaciones y aceptaciones que habían conducido al surgimiento de una norma concreta de derecho internacional consuetudinario⁶⁸. En determinados casos, la Comisión se ha

⁶⁶ Véanse, por ejemplo, el párr. 1) del comentario del artículo 30 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 247 y 248 (donde se indica que “[h]ay muchas pruebas del reconocimiento de esta norma en la práctica de los Estados y en las decisiones de los tribunales internacionales, así como en los escritos de los juristas”); el párr. 4) del comentario del artículo 39 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 117 (“La pertinencia de la contribución del Estado lesionado al perjuicio para determinar la reparación adecuada se reconoce ampliamente en la doctrina y en la práctica de los Estados.”); el párr. 2) del comentario general sobre las contramedidas, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 137 (“Tanto los gobiernos como los tribunales internacionales en sus decisiones reconocen que las contramedidas están justificadas en determinadas circunstancias”); y el párr. 2) del comentario del proyecto de artículo 51, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 144 (“La proporcionalidad es un requisito bien establecido para la adopción de contramedidas, ampliamente reconocido en la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia ...”).

⁶⁷ Véanse, por ejemplo, el párr. 1) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 222 (obligación ... “generalmente aceptada”); el párr. 3) del comentario del artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de delitos contra agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, *Anuario ... 1972*, vol. II, pág. 341 (donde se indica que hacer extensivo el principio del derecho a protección especial en todo momento y en todas las circunstancias a los miembros de un gobierno cuando se hallasen en un Estado extranjero “no podía basarse en ninguna regla de derecho internacional generalmente aceptada ...”); el párr. 35) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 207 (“aceptación general”, junto con “testimonios de peso”); y el párr. 28) del comentario de la directriz 4.5.1 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 535 (donde se basa en la “amplia aceptación” de Estados, tribunales y órganos creados en virtud de tratados para corroborar la existencia de una norma que indica que las reservas inválidas no producen ningún efecto jurídico).

⁶⁸ Véase el párr. 2) del comentario del principio rector 9 aplicable a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, A/61/10, párr. 177, pág. 408:

La Proclamación Truman de 1945, por la que los Estados Unidos se proponían imponer obligaciones a otros Estados o, al menos, limitar sus derechos en la plataforma continental americana, en rigor no fue aceptada por parte de otros Estados. No obstante, como subrayó la Corte, “el régimen de la plataforma continental es el ejemplo de una teoría jurídica nacida de una solución particular que ha hecho escuela. [Nota 978: *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, C.I.J. Recueil 1969, pág. 53, párr. 100.] En efecto, los otros Estados respondieron a la Proclamación Truman con reclamaciones y declaraciones análogas [Nota 979: Véase el caso de México, A/CN.4/557, párr. 132.] y poco después el contenido de la Proclamación fue incorporado en el artículo 2 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de

referido al elemento subjetivo empleando una terminología diferente, como la “convicción” (*belief*)⁶⁹ o la “actitud”⁷⁰ de los Estados en relación con la existencia o el contenido de una norma.

Observación 10

En algunas ocasiones, la Comisión ha distinguido entre el elemento subjetivo de una norma de derecho internacional consuetudinario y otras consideraciones que podrían motivar la conducta o las posturas de los Estados.

28. En concreto, en algunas ocasiones la Comisión determinó que la conducta o las posturas de los Estados estaban motivadas por consideraciones distintas del reconocimiento, la aceptación o la convicción de que existía una norma jurídica. Entre esas otras consideraciones señaladas por la Comisión cabe citar la cortesía⁷¹, la oportunidad, la voluntad o el compromiso políticos⁷², las medidas precautorias⁷³, las expresiones de intenciones⁷⁴ y las aspiraciones o preferencias⁷⁵.

1958. Por tanto, esa declaración en cierto modo ha sido generalmente aceptada y constituyó el punto de partida de un proceso consuetudinario que condujo, en muy poco tiempo, a una nueva norma de derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia señaló a este respecto: “Sin embargo, la Proclamación Truman fue considerada como un punto de partida en la elaboración del derecho positivo en esta esfera, y la doctrina principal enunciada en ella ... se impuso finalmente sobre todas las demás y encuentra hoy día su expresión en el artículo 2 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 1958”. [Nota 980: *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d’Allemagne c. Danemark; République fédérale d’Allemagne c. Pays-Bas)*, C.I.J. Recueil 1969, párr. 47.]

⁶⁹ Véase el párr. 35) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 207 (donde se alude a “testimonios de peso” (*strong indications of a belief*) junto con la “aceptación general”).

⁷⁰ Véase el párr. 4) del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 281 (“Acaso las indicaciones más claras de la actitud de los Estados con respecto al principio [*de rebus sic stantibus*] sean las exposiciones presentadas al Tribunal ...”).

⁷¹ Véase el párr. 1) del comentario de la Parte II del proyecto de artículos sobre las misiones especiales, *Anuario ... 1967*, vol. II, pág. 372 (“Antes de la Segunda Guerra Mundial se discutía en la doctrina y en la práctica la cuestión de saber si las facilidades, los privilegios y las inmunidades de las misiones especiales tenían un fundamento jurídico o se concedían por simple *cortesía*. A partir de la Guerra, prevaleció la tesis del *fundamento jurídico*. Hoy se admite en general que los Estados tienen la obligación de reconocer a las misiones especiales y a sus miembros las facilidades, los privilegios y las inmunidades de que se trata.” (sin cursiva en el original)). Véase también el párr. 2) del comentario del anexo del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales (“[p]or cortesía”; *Anuario ... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 362).

⁷² Véanse los párrs. 1), 8), 9) y 20) del comentario del artículo 25 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 56 a 59 y 62 (en particular, “1) ... se ha dado menos peso a las soluciones equitativas que a las soluciones políticas que expresen las relaciones de fuerza entre vencedores y vencidos”, pág. 56; y “8) ... soluciones ... inspiradas por una ‘relación de fuerzas determinada’”, pág. 58); el párr. 36) del comentario del artículo 35 del proyecto de artículos, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 94 (función desempeñada por “consideraciones de política o de oportunidad”; “... hay buenas razones para presumir que en ese contexto los Estados no expresan un consentimiento libre ni tienden a tener en cuenta las exigencias de la justicia, de la equidad, o incluso del derecho”); y el párr. 63) del comentario del artículo 36 del proyecto de artículos sobre el mismo tema, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 104 (“En la práctica de los Estados hay principios contradictorios, soluciones fundadas en transacciones sin referencia explícita a ningún principio ...”); y los párrs. 4) a 15) del comentario del artículo 23 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, en especial los párrs. 8), 12) y 15), *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 240 a 242 (donde la Comisión considera que los casos

Observación 11

En algunas ocasiones, la Comisión parece haber atribuido importancia a la falta de oposición a una norma en la práctica de los Estados⁷⁶.

de sucesión en materia de tratados bilaterales son “de carácter esencialmente voluntario” (párr. 12)); la Comisión no creía que la continuidad de los tratados emanase de “una norma jurídica consuetudinaria y no de la voluntad de los Estados interesados” (párr. 8)). Pero véanse los párrs. 17) y 18) del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que “sigue siendo generalmente aplicable”: véase *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte) págs. 23 y 24), donde se apunta que el consentimiento no menoscaba una norma consuetudinaria respaldada por el uso y la *opinio juris* (“El principio de la inmunidad de los Estados, que más adelante sería generalmente aceptado en la práctica de los Estados, fue enunciado claramente por el Presidente del Tribunal Supremo, Marshall: ‘... Ese consentimiento puede, en algunos casos, acreditarse por el uso general y por la opinión general derivada de ese uso.’... En esta formulación clásica de la regla de la inmunidad de los Estados, [...] [l]a concesión de la inmunidad jurisdiccional se basaba en el consentimiento del Estado territorial, acreditado por el uso general y confirmado por la *opinio juris* que inspiraba tal uso.” (sin cursiva en el original), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 142.

⁷³ Véase el párr. 4) del comentario de la directriz 2.6.10 (“Inexigibilidad de la confirmación de una objeción formulada antes de la confirmación formal de la reserva”) sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, pág. 275 (donde se considera que las confirmaciones de las objeciones en los casos encontrados en la práctica de los Estados son “medidas precautorias, y nada indica que se adopten por considerar que constituyen una obligación jurídica (*opinio juris*)”).

⁷⁴ Véase el párr. 7) del comentario del artículo 30 del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, *Anuario ... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 72 (“Aunque esta evolución puede indicar la probable existencia entre Estados de una tendencia a promover el comercio de los países en desarrollo mediante un ‘trato diferenciado’, la Comisión ha llegado a la conclusión de que esa tendencia todavía no ha cristalizado hasta el punto de que pueda enunciarse en una clara norma jurídica que tenga cabida entre las normas generales relativas al funcionamiento y aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Todos los textos de los que se citan pasajes en los párrafos precedentes son, en sustancia, expresiones de intenciones y no normas obligatorias. ...” (sin cursiva en el original)).

⁷⁵ Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, A/61/10, págs. 161 y 162 (refiriéndose al Principio 22 de la Declaración de Estocolmo y al Principio 13 de la Declaración de Río, la Comisión señaló: “Los principios enunciados en esas Declaraciones, aunque no se pretende que establezcan obligaciones jurídicamente vinculantes, demuestran las aspiraciones y preferencias de la comunidad internacional.”).

⁷⁶ Véase, por ejemplo, el párr. 32) del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que “sigue siendo generalmente aplicable”: véase *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 23 y 24): “El precedente análisis de la práctica judicial de los sistemas jurídicos del *common law* y los de tradición romanista en el siglo XIX, y de otros países en el período contemporáneo, pone de manifiesto la coincidencia en la aceptación de la regla de la inmunidad de los Estados. Si bien no sería posible ni conveniente examinar la jurisprudencia actual de todos los países que pueda revelar ciertas discrepancias en la evolución histórica y en la aplicación efectiva del principio, ... debe observarse que, en lo que concierne a países de los que no se conocen decisiones judiciales sobre esta materia o que han dictado pocas decisiones al respecto, nada indica que la inmunidad de los Estados como concepto de derecho internacional haya sido o vaya a ser rechazada. En consecuencia, parece justificado concluir que en la práctica general de los Estados como fuente del derecho consuetudinario, hay poco que permita dudar de que hay una regla general de la inmunidad de los Estados firmemente establecida como norma de derecho internacional consuetudinario”. (sin cursiva en el original), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 146. Véase también el párr. 2) del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 50: “Esta excepción [de la inmunidad cuando un Estado es propietario de bienes, los tiene en su posesión o los utiliza], que no ha tropezado con ninguna oposición seria en la práctica judicial y gubernamental de

2. Materiales en los que se ha basado la Comisión para determinar el elemento subjetivo

Observación 12

La Comisión se ha basado en diversos materiales para determinar el elemento subjetivo a efectos de definir una norma de derecho internacional consuetudinario.

29. Cabe mencionar, con carácter no exhaustivo, la lista siguiente de esos materiales: las posturas de los Estados ante organizaciones internacionales (entre otras, observaciones escritas y respuestas a cuestionarios)⁷⁷ o conferencias internacionales⁷⁸; las decisiones de tribunales internos⁷⁹; las declaraciones y

los Estados, se formula en unos términos que tienen que responder a los diferentes criterios de los gobiernos ...” (sin cursiva en el original).

⁷⁷ Véanse, por ejemplo, el párr. 5) del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 282 (donde las observaciones formuladas en órganos políticos de las Naciones Unidas se consideran declaraciones de la postura adoptada con respecto a la aceptación de una norma de derecho internacional); el párr. 4) del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 115 (donde se mencionan las observaciones formuladas por los gobiernos al proyecto de artículos de la Comisión); y los párrs. 19) y 21) del comentario de la directriz 4.5.3 sobre las reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, págs. 549 y 550 (donde se mencionan los puntos de vista expresados en la Sexta Comisión de la Asamblea General y en observaciones escritas recibidas de los gobiernos para indicar la falta de acuerdo sobre el enfoque que se había de adoptar con respecto a la validez del consentimiento para quedar obligado expresado por el autor de una reserva inválida).

⁷⁸ Véanse, por ejemplo, el párr. 10) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 200 (donde se menciona la actitud de los Estados durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados); el párr. 17) del comentario del mismo proyecto de artículo, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 202 (donde se menciona, entre otras cosas, “la decisión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de exceptuar de la regla del cambio fundamental en las circunstancias a los tratados que establecen fronteras”); y el párr. 3) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 170 (donde se mencionan, entre otras cosas, las “declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales”).

⁷⁹ Véanse, por ejemplo, el párr. 18) del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 35 (“En cuanto a la jurisprudencia, parece que también ella consagra sin reservas el principio de la transmisión de los bienes públicos en general y *a fortiori* de los bienes de Estado y, por lo tanto, de los bienes inmuebles. Citemos la jurisprudencia interna en primer lugar.”); y el párr. 3) del comentario del artículo 57 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 278 (“Los tribunales internos se han pronunciado no pocas veces a favor del reconocimiento del principio de que la violación de un tratado puede dar derecho a la parte inocente a denunciarlo. Sin embargo, casi siempre lo han hecho en casos en que su gobierno no había optado en la práctica por denunciar el tratado, y no han considerado necesario examinar detenidamente las condiciones para la aplicación del principio”). Véase, sin embargo, el párr. 20) del comentario del anexo del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (que se refiere a la lista indicativa de tratados, mencionada en el artículo 7, cuya materia implica que continúan aplicándose, en todo o en parte, durante un conflicto armado), A/66/10, pág. 219 (“En lo que concierne a este aspecto concreto, las decisiones de los tribunales internos deben considerarse como una fuente problemática. En primer lugar, esos tribunales pueden depender de las directrices del ejecutivo. En segundo lugar, los tribunales internos pueden alegar razones de orden público que no están

exposiciones ante tribunales internacionales⁸⁰; las estipulaciones en convenios arbitrales⁸¹; la práctica y las notas diplomáticas⁸²; la conducta real de un Estado (frente a sus posturas declaradas)⁸³; la práctica convencional de un Estado⁸⁴; la práctica convencional multilateral⁸⁵; y diversos instrumentos internacionales⁸⁶.

directamente relacionadas con los principios de derecho internacional. No obstante, cabe afirmar que la jurisprudencia de los tribunales nacionales no es hostil al principio de supervivencia.”).

⁸⁰ Véanse el párr. 7) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 199 y 200 (que se refiere a las declaraciones efectuadas ante la Corte Internacional de Justicia en relación con la sucesión con respecto a un arreglo sobre fronteras y a las disposiciones convencionales accesorias de ese arreglo); y el párr. 4) del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 281 (donde se indica que “[a] caso las indicaciones más claras de la actitud de los Estados con respecto al principio [*de rebus sic stantibus*] sean las exposiciones presentadas al Tribunal en los asuntos en los que se ha invocado la doctrina” y se mencionan las posturas de los Estados en varias causas ante la Corte Permanente de Justicia Internacional); los párrs. 3) y ss. del comentario del artículo 62 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, A/66/10, págs. 175 y ss. (donde se mencionan las posturas expresadas por Estados en diferentes litigios en apoyo de la opinión de que los Estados miembros de una organización internacional no se pueden considerar en general internacionalmente responsables de los hechos internacionalmente ilícitos de la organización).

⁸¹ Véase el párr. 4) del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 61 (estipulaciones comunes en convenios arbitrales como confirmación de un “principio generalmente reconocido”).

⁸² Véanse el párr. 3) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 52 (“La práctica diplomática es notablemente concordante en reconocer que el comportamiento de un movimiento insurreccional no puede atribuirse al Estado.”); el párr. 17) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 187 (donde se cita correspondencia entre Estados); los párrs. 14) y 21) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 201 y 203 (donde se mencionan las notas diplomáticas).

⁸³ Ha ocurrido que la Comisión, al determinar la postura jurídica de un Estado, se ha basado en su conducta real incluso cuando esa conducta difería de la postura declarada por el Estado con respecto a una norma dada; véase el párr. 13) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (“El análisis de cómo los Estados han resuelto las controversias efectivamente planteadas en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pone de manifiesto una aceptación general del derecho de cada Estado del curso de agua internacional a utilizar y aprovechar de manera equitativa y razonable el curso de agua internacional. Si bien algunos Estados han afirmado a veces la doctrina de la soberanía absoluta, esos mismos Estados han resuelto generalmente las controversias en las que han invocado dicha doctrina mediante la celebración de acuerdos por los que en los hechos se distribuía el agua o se reconocían los derechos de los demás Estados del curso de agua.”).

⁸⁴ Véase el párr. 20) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 41 y 42 (“La actitud o las opiniones de un gobierno pueden deducirse de su práctica establecida en los tratados ... Así, la práctica de los tratados de la Unión Soviética demuestra ampliamente su deseo de confiar sus relaciones comerciales a empresas estatales ... sometidas a la jurisdicción de las autoridades territoriales competentes ...”). Véanse también el párr. 1) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, *Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 114. (donde se habla, entre otras cosas, de “muchas convenciones

D. Pertinencia de la práctica de organizaciones internacionales

Observación 13

En determinadas circunstancias, la Comisión se ha basado en la práctica de organizaciones internacionales para determinar que existía una norma de derecho internacional consuetudinario, remitiéndose a diversos aspectos de la práctica de las organizaciones internacionales, como sus relaciones externas, el ejercicio de sus funciones y las posturas adoptadas

consulares”) y el párr. 5) del comentario del artículo 19 y el párr. 1) del comentario del artículo 28 del proyecto de artículos sobre el mismo tema (donde se habla también de las convenciones consulares); los párrs. 3) a 11) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 183 a 185 (donde se examina si los acuerdos de transmisión “surten efectos [...] para hacer que se produzca la sucesión de los tratados del Estado predecesor o la continuación de tales tratados” y “la prueba que pueden aportar en cuanto al criterio de los Estados acerca del derecho consuetudinario que rige la sucesión en la materia”); los párrs. 14) a 18) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 215 y 216 (donde los acuerdos de transmisión se consideran una prueba de la práctica de los Estados a los efectos de determinar si existe una norma general con respecto a “una obligación de continuidad [del] Estado de reciente independencia en relación con [...] tratados de su predecesor” y se llega a la conclusión de que los Estados tampoco “han actuado, en la práctica, sobre la base de que en general quedan obligados por los tratados bilaterales de [su] predecesor” (con cursiva en el original).

⁸⁵ Véanse, por ejemplo, los párrs. 1) y 5) del comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 269 y 270 (donde se menciona la prohibición del uso de la fuerza establecida en la Carta de las Naciones Unidas); el párr. 51) del comentario de la versión provisional del proyecto de artículo 6 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que “sigue siendo generalmente aplicable”: véase *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte) págs. 23 y 24), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 151 (“La práctica convencional seguida actualmente por los Estados pone de manifiesto la aplicación de disposiciones de varias convenciones de carácter universal relativas a ciertos aspectos especiales de la inmunidad de los Estados.”); el párr. 5) del comentario del artículo 11 del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 37 (reconocimiento de las garantías de un juicio imparcial en numerosos tratados).

⁸⁶ En ocasiones, la Comisión parece haber deducido el reconocimiento o la aceptación generales de una norma a partir de determinados instrumentos internacionales distintos de los tratados, como por ejemplo, resoluciones y declaraciones de organizaciones internacionales. Véanse, por ejemplo, el párr. 3) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 171 (donde se menciona, entre otras cosas, que el principio de la obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles “se encuentra incorporado en cierto número de acuerdos internacionales, ... declaraciones y resoluciones adoptados por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales ...”; y el comentario del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte): párr. 16) del comentario del artículo 2, pág. 24 (donde se indica, entre otras cosas, que el principio de la responsabilidad penal internacional por la incitación se reconoció en el Estatuto del Tribunal de Núremberg); los párrs. 1) a 3) del comentario del artículo 6, pág. 26 (reconocimiento del principio de responsabilidad jerárquica en tratados y en los estatutos de tribunales penales internacionales); el párr. 4) del comentario del artículo 6, pág. 30 (reconocimiento expreso, en los estatutos de tribunales penales internacionales, de que la posición oficial del criminal no puede servir de eximente de responsabilidad); y el párr. 5) del comentario del artículo 14, pág. 43 (donde se mencionan diversos instrumentos en los que no se reconoce ninguna eximente de responsabilidad para esos crímenes).

por sus órganos con respecto a situaciones concretas o cuestiones generales de las relaciones internacionales⁸⁷.

Observación 14

En algunas ocasiones, la Comisión se ha referido a la posibilidad de que la práctica de una organización internacional termine por convertirse en una costumbre específica de esa organización. Esas costumbres pueden referirse a diversos aspectos de las funciones o actividades de la organización, como por ejemplo la potestad de una organización internacional para celebrar tratados o las normas aplicables a los tratados aprobados dentro de la organización⁸⁸.

⁸⁷ Véanse, por ejemplo, los párrs. 7) y 8) del comentario del artículo 41 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 122 y 123, (“[7] Un ejemplo de la práctica del no reconocimiento de hechos realizados en violación de normas imperativas es la reacción del Consejo de Seguridad ante la invasión de Kuwait por el Iraq en 1990 ... [8] En lo que respecta a la denegación por un Estado del derecho de los pueblos a la libre determinación ... Las mismas obligaciones se reflejan en las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General relativas a la situación en Rhodesia y en los bantustanes de Sudáfrica.”); el párr. 3) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 170 (donde se indica que la obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles se reconoce “en declaraciones [...] adoptad[as] por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales”); el párr. 2) del comentario del artículo 17 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 48 (donde se indica que la Asamblea General había afirmado que los crímenes de lesa humanidad y el genocidio constituían crímenes con arreglo al derecho internacional y había aprobado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio); *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), párrs. 1) a 14) del comentario del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, págs. 177 a 181 (donde se menciona la práctica de numerosas organizaciones internacionales, entre ellas las Naciones Unidas y determinados organismos especializados); los párrs. 12) y 13) del comentario del proyecto de artículo 8, págs. 185 y 186 (donde se cita la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas como depositario de tratados multilaterales); el párr. 3) del comentario del proyecto de artículo 16, pág. 222 (*idem*); el párr. 2) del comentario del artículo 24 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, *Anuario ... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 325 (“Las respuestas de las Naciones Unidas y de los organismos especializados indican que se reconoce generalmente la exención prevista en este artículo.”); el párr. 1) del comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 269 (“... la prohibición terminante de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y la práctica de las propias Naciones Unidas han reforzado y confirmado ese progreso jurídico.”); y el párr. 112) del comentario del Principio VI de los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en la sentencia del Tribunal, *Anuario ... 1950*, vol. II (donde se menciona una declaración sobre las guerras de agresión aprobada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones). Véase también el párr. 78 del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor de su segundo período de sesiones, *Anuario ... 1950*, vol. II (“Los documentos en que consta la práctica de las organizaciones internacionales pueden considerarse como pruebas del derecho internacional consuetudinario con referencia a las relaciones entre los Estados y las organizaciones.”).

⁸⁸ Véanse el párr. 14) del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, *Anuario ... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 28 (que se refiere a la transformación de una práctica en una “norma de la organización” por la que se reconoce la

E. Pertinencia de las decisiones judiciales y la doctrina

30. Como se ha indicado más arriba⁸⁹, en muchas ocasiones la Comisión, en su análisis del derecho internacional consuetudinario, ha examinado decisiones judiciales y los escritos de la doctrina⁹⁰. Según se describe más abajo, la Comisión se ha apoyado en esos materiales de diversos modos.

Observación 15

En algunas ocasiones, la Comisión se ha apoyado en las decisiones de tribunales internacionales considerando que expresaban con autoridad el estatus de una norma de derecho internacional consuetudinario⁹¹.

competencia del jefe de la Secretaría para expresar el consentimiento de la organización a quedar obligada por un tratado, sin remitirse a otro órgano de la organización; y se apunta también que “[e]l consentimiento de [todos los demás órganos de la organización que hubieran podido reivindicar esta competencia y no lo han hecho] constituye la práctica”); los párrs. 11) a 13) del comentario del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 180 y 181 (donde se invoca, en general, la posibilidad de que la práctica interna de una organización internacional pueda dar origen a normas consuetudinarias específicas de la organización); y el párr. 2) del comentario del artículo 22 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 236 (donde se indica que la Organización Internacional del Trabajo tiene una práctica consuetudinaria particular con respecto a la fecha a partir de la cual se considera que un Estado de reciente independencia queda obligado por los convenios sobre el trabajo).

⁸⁹ Véase la observación 1 de la sección II.A del presente memorando.

⁹⁰ Puede ser pertinente en general para la presente sección la observación siguiente formulada por la Comisión en el párrafo 30 de su informe sobre los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario: “El artículo 24 del Estatuto de la Comisión parece apartarse de la clasificación que figura en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte, al incluir entre las pruebas del derecho internacional consuetudinario las decisiones judiciales en materia de derecho internacional. Sin embargo, esa divergencia puede defenderse lógicamente, porque tales decisiones, en especial las de los tribunales internacionales, pueden formular y aplicar principios y reglas de derecho internacional consuetudinario. Además, las decisiones de los tribunales nacionales pueden indicar la práctica seguida por un Estado.” (*Anuario ... 1950* vol. II).

⁹¹ Por ejemplo, con respecto a la cuestión de las líneas de base rectas, la Comisión interpretó que el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Fisheries* entre el Reino Unido y Noruega “expresaba el derecho en vigor” y “en consecuencia redactó el artículo basándose en el fallo” (párrs. 1) a 4) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 263. Véanse también los párrs. 3) a 5) del comentario del proyecto de artículo 24 (pág. 273) (donde se apoya en el fallo de la Corte en la causa *Corfu Channel* por considerar que expresa la norma consuetudinaria en vigor con respecto al paso inocente por estrechos internacionales que comuniquen dos partes de la alta mar) y el párr. 2) del comentario del artículo 23 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 231 (donde se afirma que “[e]n la jurisprudencia de los tribunales internacionales hay muchos precedentes para sostener que, en el presente contexto, el principio de la buena fe es un principio jurídico que forma parte integrante de la norma *pacta sunt servanda*” y se mencionan decisiones de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Justicia Internacional y tribunales de arbitraje).

Observación 16

Además, la Comisión se ha apoyado con frecuencia en decisiones judiciales como un factor que respaldaba la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario.

31. Cuando la propia Comisión ha emprendido un análisis a efectos de determinar si existía una norma de derecho internacional consuetudinario, el reconocimiento judicial con frecuencia ha constituido un factor importante, si no decisivo, en apoyo de la existencia de la norma. Ese reconocimiento se encontró en decisiones de tribunales internacionales y en laudos arbitrales⁹².

⁹² Véanse, por ejemplo, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 14) del comentario del artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, pág. 88 (“En resumidas cuentas, la práctica de los Estados y las decisiones judiciales apoyan la opinión de que el estado de necesidad puede constituir una circunstancia que excluya la ilicitud en condiciones muy limitadas, y esta opinión se recoge en el artículo 25.”); el párr. 6) del comentario del proyecto de artículo 41, pág. 122 (donde se cita la causa *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* y se indica que “[l]a existencia de una obligación de no reconocimiento en respuesta a violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas imperativas ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia”) y el párr. 2) del comentario del proyecto de artículo 51, pág. 144 (donde se menciona, entre otras cosas, el caso *Naulilaa* por lo que se refiere al requisito de proporcionalidad para tomar contramedidas); *Anuario ... 1966*, vol. II, párr. 4) del comentario de los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, pág. 224 (donde se alude al pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* de que “[e]l principio de la integridad de la convención, por el cual la admisibilidad de una reserva depende del asentimiento expreso o tácito de todas las partes contratantes, no parece haber llegado a ser norma de derecho.”); los párrs. 14) y 15) del comentario del proyecto de artículo 27, pág. 243 (donde se apoya en la jurisprudencia de tribunales internacionales para determinar las normas establecidas de interpretación de los tratados) y el párr. 8) del comentario del proyecto de artículo 29, pág. 247 (donde se analiza si la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su causa *Mavrommatis Palestine Concessions*, tenía o no la intención de establecer una norma general sobre la interpretación de los tratados en casos de divergencia entre los textos auténticos); el párr. 4) del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 26 (donde se mencionan varias decisiones de tribunales internacionales, entre ellas el pronunciamiento de la Comisión de Conciliación franco-italiana de que “el derecho internacional consuetudinario no ha establecido ningún criterio autónomo que permita determinar cuáles son los bienes del Estado”); el párr. 19) del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 35 y 36 (“La jurisprudencia internacional confirma esta norma.”); los párrs. 3) a 8) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 198 a 200 (donde cita numerosas decisiones de tribunales internacionales en su análisis de la cuestión de los tratados territoriales e indica que un pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional “tal vez constituya el apoyo más firme de la existencia de una norma en virtud de la cual el Estado sucesor está obligado a respetar un tratado territorial que afecta al territorio al que se refiere una sucesión de Estados.”); el párr. 18) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 101 (“[l]a existencia de un principio de derecho que exige que los Estados resuelvan mediante consultas las cuestiones relativas a los recursos de agua dulce ha sido confirmada explícitamente por el laudo dictado en el caso *Lac Lanoux*.”); el párr. 3) del comentario del artículo 17 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la

Observación 17

En ocasiones, la Comisión también se ha apoyado en decisiones de tribunales internacionales, incluidos laudos arbitrales, como fuentes secundarias a los efectos de determinar la práctica de los Estados en la materia⁹³.

Observación 18

Con frecuencia, la Comisión ha examinado la doctrina para determinar normas del derecho internacional consuetudinario.

32. En su examen de la doctrina a los efectos de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario, la Comisión, en ocasiones, ha llevado a cabo una evaluación general del peso de la opinión que apoyaba una norma determinada⁹⁴. Esa evaluación parece haberse basado en aspectos cuantitativos y cualitativos⁹⁵.

Humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 48 (“[l]os principios en que la Convención [para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio] se basa han sido reconocidos por la Corte Internacional de Justicia como vinculantes para los Estados aun sin necesidad de una obligación convencional.”); el párr. 6 del comentario del artículo 18 del proyecto de proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 52 (“La inexistencia del requisito de un conflicto armado internacional como condición previa de los crímenes contra la humanidad fue confirmada también por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.”); y el párr. 1) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre la expulsión de los extranjeros, A/67/10, págs. 23 y 24 (“Ese derecho [a expulsar] se ha reconocido en particular en varios laudos arbitrales y decisiones de comisiones de reclamaciones, así como en diversas decisiones de órganos jurisdiccionales y comisiones regionales.”).

Véase también, generalmente, *Anuario ... 1950*, vol. II, párrs. 42) a 51) (donde se examina la disponibilidad de publicaciones en las que figuren decisiones y laudos de tribunales internacionales en una sección titulada “Prueba del derecho internacional consuetudinario”).

⁹³ Véanse el párr. 23) del comentario de los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 228 (“No cabe duda de que el principio de presumir el consentimiento en una reserva, por no haberse hecho objeción a la reserva, ha sido admitido en la práctica de los Estados; la propia Corte [Internacional de Justicia] en la causa *Reservations to the Genocide Convention* dijo que en la práctica internacional ‘se admitía’ la ‘aceptación tácita de reservas’.”); el párr. 10) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde incluye las “decisiones de tribunales internacionales” en su “análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho”). Véase también el párr. 4) del comentario del artículo 39 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 117 (donde se apoya en el caso *Delagoa Bay Railway* y la causa S.S. “*Wimbledon*” como pruebas de la “práctica de los Estados” con respecto a “[l]a pertinencia de la contribución del Estado lesionado al perjuicio para determinar la reparación adecuada”).

⁹⁴ Véase, por ejemplo, el párr. 2) del comentario de los artículos 11 y 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 198 (“La mayoría de los autores modernos apoyan la doctrina tradicional ... En general, sin embargo, la diversidad de opiniones de los autores hace difícil encontrar en ellos una guía clara en cuanto a la medida en que el derecho internacional reconoce que los tratados territoriales constituyen una categoría especial para efectos del derecho aplicable a la sucesión de Estados o en cuanto a las bases precisas en que se funda para ello.”).

⁹⁵ Véanse *Anuario ... 1966*, vol. II, párr. 8) del comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, págs. 270 y 271 (“[L]a mayoría de los internacionalistas sostienen sin vacilar que el párrafo 4 del Artículo 2, ... enuncia con autoridad el derecho

33. En otras ocasiones, la Comisión se ha apoyado en la doctrina como fuente secundaria de la práctica de los Estados⁹⁶.

consuetudinario moderno en lo referente a la amenaza o al uso de la fuerza.”), el párr. 2) del comentario del proyecto de artículo 53, pág. 274 (“Algunos juristas ... sostienen que una parte puede denunciar un tratado o retirarse de él solo cuando el tratado prevé expresamente la denuncia o la retirada o cuando todas las demás partes dan su asentimiento; pero otros juristas sostienen que en algunos tipos de tratado se reconoce implícitamente el derecho a denunciarlo o a retirarse de él en determinadas condiciones.”), el párr. 1) del comentario del proyecto de artículo 57, pág. 277 (“La gran mayoría de los juristas reconocen que una violación de un tratado por una parte puede resultar en un derecho de la otra parte ...”) y el párr. 1) del comentario del proyecto de artículo 59, págs. 280 y 281 (“Casi todos los juristas modernos admiten, aunque sea de mal grado, la existencia en derecho internacional del principio al que se refiere este artículo ...”); el párr. 9) del comentario del artículo 17 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y 48 (“La norma precedente está en consonancia con las opiniones de los autores, que en general estiman que ...”); el párr. 3) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 213 (“La mayoría de los autores aceptan la idea, apoyada por la práctica de los Estados, ...”); el párr. 15) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 215 (“Los autores y la práctica de los Estados apoyan en gran medida la idea de que el derecho internacional general impone una obligación ...”); y el párr. 1) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre la expulsión de los extranjeros, A/67/10, págs. 23 y 24 (“Se trata de un derecho [el derecho a expulsar] cuya existencia se reconoce sin discusión tanto en la práctica como en la jurisprudencia y en la doctrina.”). Véanse también el párr. 10) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde se alude en términos generales a “las opiniones de prestigiosos tratadistas”) y los párrs. 3) a 5) del comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 250 y 251 (donde se llega a la conclusión de que la divergencia de opiniones entre los juristas “tenía ante todo un carácter doctrinal” y que “probablemente [...] sólo producirían resultados distintos en circunstancias muy excepcionales”).

⁹⁶ Véanse, por ejemplo, el párr. 3) del comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 100 (donde se cita un ejemplo de la práctica de los Estados en la materia que se encuentra en un artículo de R. L. Buell en *Political Science Quarterly*); el párr. 3) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 213 (donde se menciona *The Law of Treaties* de A. D. McNair y se cita una declaración formulada por el Reino Unido sobre la postura de Finlandia con respecto a los tratados de su predecesor); el párr. 2) del comentario del artículo 18 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, A/61/10, págs. 102 y 103 (donde se cita doctrina en apoyo de la proposición de que “[l]a tesis de que el Estado de la nacionalidad ... puede exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación del buque que no tengan su nacionalidad encuentra apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina”); y el párr. 10) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde se incluyen “las opiniones de prestigiosos tratadistas” en un “análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho”).

III. La operación del derecho internacional consuetudinario en el sistema jurídico internacional

34. En esta sección se presentan observaciones acerca de lo que parece ser la opinión de la Comisión sobre la naturaleza vinculante y las características de las normas de derecho internacional consuetudinario, y sobre la relación que existe entre el derecho internacional consuetudinario y otras normas jurídicas internacionales.

A. La naturaleza vinculante y las características del derecho internacional consuetudinario

Observación 19

La Comisión se ha referido sistemáticamente al derecho internacional consuetudinario como un conjunto de normas generalmente vinculantes para los sujetos del derecho internacional⁹⁷. En varias ocasiones, la Comisión ha señalado la diferencia que existe entre esas normas y las disposiciones de los tratados, que, por definición, solo obligan a las partes en el tratado⁹⁸.

⁹⁷ Véanse, por ejemplo, los párrs. 1) a 4) del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 253 (se reproducen extractos en la nota de pie de página 124 *infra*) y el párr. 30) del comentario del artículo 12 y 8) del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 205 y 206, y 214, respectivamente. Véase también la nota de pie de página 133. En su Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, la Comisión hizo referencia a la denominada teoría del “objeto persistente”, según la cual una norma de derecho internacional consuetudinario no sería oponible a un Estado que ha objetado persistentemente a esa norma durante su proceso de formación; véase el párr. 7) del comentario de la directriz 3.1.5.3. sobre reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, págs. 382 y 383. Al hacerlo, la Comisión parece haber excluido la posibilidad de que esa teoría se aplique a las normas del *jus cogens*; véase el párr. 19) del comentario de la directriz 3.1.5.3, A/66/10/Add.1, pág. 387.

⁹⁸ Véanse, por ejemplo, los párrs. 1) a 4) del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 253; el párr. 2) del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 181 (donde se hace referencia a “obligaciones ... a las que [un Estado] estaría sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”); el párr. 30) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de los Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974* (vol. II) (primera parte), págs. 205 y 206 (“Si bien reconoció que un tratado de tal naturaleza podía traducirse en un régimen objetivo [la Comisión], estimó que este régimen objetivo era más bien resultado de la ejecución del tratado, y de la incorporación a éste de una costumbre internacional”); y el párr. 7) del comentario de la directriz 3.1.5.3 sobre reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, págs. 382 y 383 (“Las normas consuetudinarias obligan a los Estados con independencia de la manifestación de su consentimiento con respecto a una norma convencional”). Véase, sin embargo, la sección III.B *infra*, relativa a la relación entre las normas de tratados y el derecho internacional consuetudinario.

Observación 20

En su labor, la Comisión hizo referencia a la posible existencia de normas de derecho internacional consuetudinario de índole regional⁹⁹. Al respecto, también se mencionó la cuestión de si una norma jurídica de carácter regional sería vinculante para un Estado que no la ha adoptado o aceptado expresamente¹⁰⁰. Además, la Comisión se ha referido a la posible existencia de normas especiales, entre ellas, normas consuetudinarias o derechos históricos, que regulan la delimitación de ciertas zonas marítimas¹⁰¹ o el establecimiento de un régimen territorial, fluvial o marítimo específico¹⁰².

Observación 21

La Comisión, en algunas ocasiones, ha hecho referencia a la existencia de normas consuetudinarias de derecho internacional que se considera dan lugar a las llamadas “obligaciones *erga omnes*”¹⁰³.

⁹⁹ Véase el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional, A/CN.4/L.682, párrs. 213 a 215.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 213 (“Un caso separado, mucho más difícil, es el que se produce cuando se alega que una norma regional (ya sea sobre la base de la práctica de los tratados o de la costumbre) vincula a un Estado aun cuando el Estado no la haya adoptado o aceptado específicamente. Esta es la pretensión examinada (aunque de forma no concluyente) por la Corte Internacional de Justicia en el asunto Asilo (1950) y el asunto Haya de la Torre (1951)”).

¹⁰¹ Véase el párr. 6) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 267 (donde se reconoce la posible existencia de un “régimen especial” y se alude a la posibilidad de que exista un “derecho consuetudinario divergente” en la esfera de la delimitación marítima). Véase también el párr. 4) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 261 (“La validez de una anchura del mar territorial inferior a 12 millas podría ser defendida *erga omnes* por cualquier Estado que pudiera hacer valer un derecho histórico a ese respecto”).

¹⁰² Véase el párr. 1) del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 253 (“Se reconoce generalmente la función que desempeña la costumbre en cuanto a la extensión eventual de la aplicación de normas que figuran en un tratado más allá de los Estados contratantes. Un tratado concertado entre determinados Estados puede enunciar una norma o establecer un régimen territorial, fluvial o marítimo, que con posterioridad llegue a ser aceptado con carácter general por otros Estados y llegue a ser obligatorio mediante costumbre”). Véase también el párr. 8) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 200 (donde se hace referencia al *Asunto del derecho de paso (I.C.J. Reports 1960*, pág. 6) al sugerir que el derecho de paso por el territorio puede existir como costumbre local o bilateral).

¹⁰³ Véase, en particular, el párr. 9) del comentario del artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 136 (“Aun cuando reconocen la esencia de esta declaración [el *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Barcelona Traction*, en relación con las obligaciones *erga omnes*] los artículos evitan utilizar las palabras ‘obligaciones *erga omnes*’, que transmiten menos información que la referencia hecha por la Corte a la comunidad internacional en su conjunto y que se han confundido en ocasiones con las obligaciones debidas a todas las partes en un tratado. Tampoco es función de los artículos ofrecer una lista de aquellas obligaciones que, con arreglo al derecho internacional vigente, existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto. Esto excedería con mucho la tarea de codificar las normas secundarias de responsabilidad del Estado y, en cualquier caso, tal lista solo tendría un valor limitado, ya que el ámbito del concepto evolucionará necesariamente con el tiempo. La propia

Observación 22

La Comisión, en varias ocasiones, ha mencionado la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario¹⁰⁴ que, en razón de la materia, no son normas derogables (normas imperativas/*jus cogens*).

35. La Comisión ha señalado que “el concepto de norma imperativa de derecho internacional se reconoce en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica¹⁰⁵. Entre los ejemplos de normas imperativas presentados por la Comisión como normas que gozan de reconocimiento general figuran la prohibición de la agresión¹⁰⁶; las prohibiciones de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial y el apartheid¹⁰⁷, así como la prohibición de la tortura y la obligación de respetar el derecho a la libre determinación¹⁰⁸. La Comisión destacó, sin embargo, que la lista no era exhaustiva¹⁰⁹.

36. Cabe recordar que la Comisión, en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, propuso varias disposiciones relativas al *jus cogens*¹¹⁰. La Comisión ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la disposición de un tratado que está en oposición con una norma del *jus cogens* es (o se vuelve) nula¹¹¹. Además, la

Corte ha proporcionado una útil orientación: en su fallo de 1970 se refirió, por vía de ejemplo a la ‘proscripción de los actos de agresión y de genocidio’ y a los ‘principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial’. En su fallo en el asunto de Timor Oriental, la Corte añadió a esta lista el derecho de los pueblos a la libre determinación”). Véase también el comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, A/66/10, págs. 155 a 159.

¹⁰⁴ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define las normas de *jus cogens* como normas “imperativas de derecho internacional general” (sin cursiva en el original). La Comisión ha señalado, en el párr. 14) de su comentario de la directriz 3.1.5.3 sobre reservas a los tratados, que “una norma imperativa de derecho internacional general es [e]n casi todos los casos ... de naturaleza consuetudinaria” (A/66/10/Add.1, págs. 385 y 386), aunque también reconoció que “la redacción del artículo 53 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no excluye que una norma convencional pueda, por sí misma, ser imperativa” (A/66/10/Add.1, nota de pie de página 1712).

¹⁰⁵ Párr. 2) del comentario del artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 120.

¹⁰⁶ Véase *ibid.*, párr. 4) del comentario del proyecto de artículo 40.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 5), págs. 120 y 121.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 6). En el mismo pasaje, la Comisión también recordó la posibilidad de que surgieran nuevas normas imperativas, como prevé el artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹¹⁰ Véanse los artículos 41 5), 50, 61 y 67 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y sus comentarios; *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 261, 271, 285 y 290, respectivamente.

¹¹¹ Véase el *Anuario ... 1966*, vol. II, artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y su comentario, pág. 271 y siguientes (el proyecto de artículo 50 dice así: “Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ...”). Véase también el párr. 8) del comentario del proyecto de artículo 41, pág. 261, y el párr. 1) del comentario del proyecto de artículo 61, pág. 285 (“Es evidente que si aparece una nueva norma que tenga ese carácter, una nueva norma de *jus cogens*, su efecto será volver nulos no solo los tratados futuros, sino también los existentes”). En cuanto a las consecuencias de la nulidad o de la terminación de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, véase el artículo 67 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y su comentario (*Anuario...1966*, vol. II, pág. 290). Asimismo, la Comisión ha

Comisión ha reconocido que el carácter imperativo de una norma de derecho internacional consuetudinario también afecta la operación de ciertas normas secundarias relativas a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos¹¹².

Observación 23

La Comisión ha señalado que las normas imperativas se crean como consecuencia de un proceso de aceptación y reconocimiento generales, por la comunidad internacional en su conjunto, de que dichas normas constituyen normas imperativas de derecho internacional¹¹³.

Observación 24

Si bien la Comisión señaló que una norma de *jus cogens* “solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que

señalado, en el principio rector 8 aplicable a las declaraciones unilaterales de los Estados que pueden dar lugar a la creación de obligaciones jurídicas que “[e]s nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general” (A/61/10, pág. 419).

¹¹² Véanse los artículos 26 (con respecto al *jus cogens*, en relación con las circunstancias que excluyen la ilicitud), 40 y 41 (contenido de la responsabilidad internacional cuando existen violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general) y 50 (obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y sus comentarios, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 91; 120 y 121; y 140 y 141. Véanse también los artículos 26, 41 y 42 y 53 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y sus comentarios, A/66/10, págs. 128 y 129; 142 a 145; 164 y 165.

¹¹³ En cuanto al requisito sustantivo de aceptación y reconocimiento generales, véase en particular el párr. 7) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 58, (“Incluso los principios fundamentales del ordenamiento jurídico no se basan en ninguna fuente especial de derecho o procedimiento legislativo específico, a diferencia de las normas de carácter constitucional en los sistemas jurídicos internos. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma ‘aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga en el mismo carácter’. El artículo 53 reconoce tanto que se pueden crear normas de carácter imperativo como que los Estados desempeñan una función especial a este respecto como titulares por excelencia de la potestad normativa en nombre de la comunidad internacional”). Véase también, sobre esta cuestión, el *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 5) del comentario del artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, págs. 90 y 91, y el párr. 6) del comentario del proyecto de artículo 40, pág. 121 (donde se hace referencia a la formación de nuevas normas imperativas a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto). Cabe señalar que, si bien el artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (*Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 271) y el artículo 53 del proyecto de artículos sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (*Anuario ... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 60) se refieren en ese contexto a “la comunidad internacional de Estados en su conjunto”, en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (artículos 25, 33, 42 y 48, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte)) y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (artículos 25, 33, 43 y 49; A/66/10, párr. 87), se hace referencia en un sentido más general a “la comunidad internacional en su conjunto”.

tenga el mismo carácter”¹¹⁴, la Comisión ha indicado que, en la actualidad, la modificación de una norma del *jus cogens* muy probablemente se efectuaría mediante un tratado multilateral general¹¹⁵.

B. Relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados

37. La cuestión de la relación entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados fue abordada en términos generales en el proyecto de artículo 34 sobre el derecho de los tratados, que establecía lo siguiente:

Artículo 34. Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias mediante costumbre internacional

Lo dispuesto en los artículos 30 a 33 [las disposiciones relativas a los tratados y los terceros Estados] no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional¹¹⁶.

38. En el comentario de ese proyecto de artículo figuraban, entre otras cosas, las siguientes observaciones:

“1) Se reconoce generalmente la función que desempeña la costumbre en cuanto a la extensión eventual de la aplicación de normas que figuran en un tratado más allá de los Estados contratantes. Un tratado concertado entre determinados Estados puede enunciar una norma o establecer un régimen territorial, fluvial o marítimo, que con posterioridad llegue a ser aceptado con carácter general por otros Estados y llegue a ser obligatorio mediante costumbre, como, por ejemplo, las Convenciones de La Haya sobre las reglas de la guerra terrestre, los acuerdos para la neutralización de Suiza y diversos tratados relativos a ríos internacionales y vías navegables marítimas. Asimismo, una convención codificadora que tienda a afirmar unas normas de derecho consuetudinario ya existentes puede llegar a considerarse como la formulación aceptada generalmente de las normas consuetudinarias de que se trate, incluso para los Estados que no sean parte en la Convención.

¹¹⁴ Véanse, al respecto, el artículo 50 *in fine* del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (*Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 271), y el artículo 53 *in fine* del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (*Anuario ... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 60). Esa frase fue incluida en el artículo 53 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En cuanto a la “fuerza obligatoria” de las normas de *jus cogens*, véase también el párr. 3) del comentario a la directriz 4.4.3 sobre reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, págs. 517 y 518 (“... seguramente las normas de *jus cogens* continuarán evolucionando, pero parece dudoso que una reserva pueda contribuir a desestabilizar una norma que posee ese grado de fuerza obligatoria”).

¹¹⁵ Véase, sobre esta cuestión el párr. 4) del comentario del artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 271 “[S]ería indudablemente erróneo considerar ni siquiera las normas de *jus cogens* como inmutables y no modificables en lo futuro con arreglo a las situaciones. Como la modificación de una norma de *jus cogens* probablemente habría de hacerse ahora mediante un tratado multilateral general, la Comisión estimó conveniente indicar que tal tratado que estableciese una nueva norma de *jus cogens* quedaría fuera del alcance del artículo”.

¹¹⁶ *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 200.

2) Sin embargo, no puede decirse con propiedad en ninguno de estos casos que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como normas obligatorias de derecho consuetudinario. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la costumbre y no el tratado. Por esta razón, la Comisión no creyó que debía incluirse este proceso en el proyecto de artículos como un ejemplo de tratado que tiene efectos jurídicos para terceros Estados. Por consiguiente, no se redactó ninguna disposición concreta concerniente a la intervención de la costumbre en la extensión de la aplicación de las normas convencionales más allá de los propios Estados contratantes. Por otra parte, habida cuenta de la importancia de este proceso y de la naturaleza de las disposiciones que aparecen en los artículos 30 a 33, decidió incluir en el presente artículo una reserva general, expresando que nada de cuanto se dispone en dichos artículos impide que las normas convencionales lleguen a ser obligatorias para los Estados que no sean parte, como normas consuetudinarias de derecho internacional¹¹⁷.”

39. La sustancia del proyecto de artículo 34 fue mantenida posteriormente en el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹¹⁸, en que se añadieron las palabras “reconocida como tal” para calificar la norma de derecho internacional consuetudinario a la que se hace referencia en esa disposición¹¹⁹. El artículo 38 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, aprobado por la Comisión en 1982, que más tarde pasó a ser el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986¹²⁰, reiteraba esa disposición, e incluía la frase adicional introducida en la Conferencia de Viena de 1969¹²¹.

40. Al examinar los distintos temas de su programa, la Comisión ha abordado una serie de aspectos relativos a la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados, que se resume en las observaciones siguientes:

¹¹⁷ *Ibid.*, pág. 253.

¹¹⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232.

¹¹⁹ Esta otra frase fue añadida sobre la base de una modificación propuesta por la República Árabe Siria; véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (1968-1969), *Documentos Oficiales, Documentos de la Conferencia*, A/CONF.39/11/Add.2, pág. 166, párrs. 311 y 312.

¹²⁰ Esta Convención todavía no ha entrado en vigor; véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Viena, 18 de febrero a 21 de marzo de 1986*, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.94.V.5, documento A/CONF.129/15).

¹²¹ *Anuario ... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 50.

Observación 25

La Comisión, reconociendo que mediante un tratado se pueden codificar normas vigentes de derecho internacional consuetudinario¹²², se ha referido con frecuencia a los tratados como posible prueba de la existencia de una norma consuetudinaria¹²³.

Observación 26

Si bien la Comisión ha indicado que el tratado no obliga de por sí a terceros Estados¹²⁴, en varias ocasiones, reconoció que los tratados podían contribuir a la cristalización¹²⁵ o el desarrollo¹²⁶ de una norma de

¹²² Véase, en términos generales, *Anuario ... 1950*, vol. II, informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, párr. 29 (“quizá no debería insistirse con demasiada rigidez en la diferenciación entre derecho internacional contractual y derecho internacional consuetudinario. Un principio o regla de derecho internacional consuetudinario puede estar incluido en un acuerdo bilateral o multilateral de manera que tenga, dentro de los límites establecidos, fuerza contractual para los Estados partes en el acuerdo, mientras tal acuerdo esté en vigor; aun así, continuará siendo obligatorio como principio o regla de derecho internacional consuetudinario para otros Estados. Ocurre con alguna frecuencia que ciertos Estados, en su esfuerzo por determinar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario, se basan en la formulación contractual de una práctica seguida también por otros Estados. Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario”).

¹²³ Véanse las secciones II.B.2 y II.C.2 del presente memorando relativas a los tratados como prueba de la práctica de los Estados y/o la *opinio juris*. Sin embargo, la Comisión también ha señalado que existe una diferencia entre un régimen convencional y el derecho internacional consuetudinario aplicable; véase el párr. 8) del comentario del artículo 8 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 32 (donde se hace referencia al crimen de genocidio como “un crimen de derecho internacional respecto del cual existía jurisdicción universal según el derecho consuetudinario para los Estados que no eran partes en la Convención, y, por consiguiente no estaban supeditados a la restricción que en ella se imponía [en particular en su artículo 6, que restringe la jurisdicción nacional respecto del genocidio al Estado en cuyo territorio se cometió el delito]”).

¹²⁴ Véanse, en particular, los párrs. 1) a 4) del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 253 (en particular, 1) “*Se reconoce generalmente la función que desempeña la costumbre en cuanto a la extensión eventual de la aplicación de normas que figuran en un tratado más allá de los Estados contratantes*. Un tratado concertado entre determinados Estados puede enunciar una norma o establecer un régimen territorial, fluvial o marítimo, que con posterioridad llegue a ser aceptado con carácter general por otros Estados y llegue a ser obligatorio mediante costumbre ... Asimismo, una convención codificadora que tienda a afirmar unas normas de derecho consuetudinario ... puede llegar a considerarse como la formulación aceptada generalmente de las normas consuetudinarias de que se trate, incluso para los Estados que no sean parte en la Convención ... 2) Sin embargo, no puede decirse con propiedad en ninguno de estos casos que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como normas obligatorias de derecho consuetudinario. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la costumbre y no el tratado ...”) (sin cursiva en el original). Esta cuestión fue abordada en términos similares en el párr. 30) del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de los Estados en materia de tratados y en el párr. 8) del comentario del artículo 15 de ese mismo proyecto de artículos; véase *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 205 y 206 y pág. 214, respectivamente.

¹²⁵ Véase el párr. 11) del comentario a la directriz 3.1.5.3 sobre reservas a los tratados, A/66/10/Add.1, págs. 384 y 385 (“... una ‘convención de codificación’ cristaliza en normas de derecho internacional general normas que no tenían ese carácter en el momento de su adopción”).

¹²⁶ Véase, por ejemplo, el párr. 34) del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre sucesión de los Estados en materia de tratados, *Anuario ... 1974*, vol. II (primera parte), pág.

derecho internacional consuetudinario. La Comisión, sin embargo, decidió que la frecuente enunciación de una disposición en los tratados internacionales no indicaba necesariamente que dicha disposición hubiera pasado a ser una norma de derecho internacional consuetudinario ¹²⁷.

Observación 27

La Comisión ha mencionado la posibilidad de que la aparición de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario pueda modificar un tratado, según las circunstancias particulares y las intenciones de las partes en él ¹²⁸.

Observación 28

La Comisión ha reconocido que, con la excepción de las normas del *jus cogens* ¹²⁹, **los Estados pueden apartarse de las normas de derecho internacional consuetudinario mediante la concertación de acuerdos**

207 (donde se hace referencia al derecho de libre paso por el Canal de Suez “ya sea en virtud del tratado o del régimen consuetudinario a que dio lugar”); y el párr. 3) del comentario del artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, A/63/10, págs. 87 y 88 (“[La cláusula de Martens] que se insertó originalmente en el preámbulo de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y se ha incluido posteriormente en varias convenciones y protocolos, ha pasado a formar parte del derecho internacional general”). Como ejemplo de las posibles repercusiones de la aprobación de una norma convencional en la opinión de la Comisión acerca de una cuestión jurídica, véase el párr. 5) del comentario del artículo 11 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales, *Anuario ... 1967*, vol. II, pág. 367 (“Una regla observada frecuentemente en la práctica exigía que el Estado receptor garantizase la posibilidad de esa contratación [la contratación de local de personal necesario para misiones especiales], indispensable a menudo para el desempeño de las funciones de la misión especial. En 1960, la Comisión de Derecho Internacional se inclinaba a considerar que esa regla confería un verdadero privilegio a la misión especial. No obstante, *habida cuenta de las dos Convenciones de Viena*, la Comisión cambió de opinión y adoptó en 1965 el principio enunciado en el párrafo 2 del artículo 10 del presente proyecto [donde se establecía que “[l]os nacionales del Estado receptor no podrán formar parte de la misión especial sin el consentimiento de dicho Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento”]) (sin cursiva en el original).

¹²⁷ Véase el párr. 3) del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, *Anuario ... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 25 (“Aunque la concesión del trato de la nación más favorecida es frecuente en los tratados comerciales, nada demuestra que esta práctica haya llegado a constituir una norma de derecho internacional consuetudinario. De ahí que se sostenga en general que solo los tratados son fundamento del trato de la nación más favorecida”).

¹²⁸ Véase el párr. 3) del comentario del artículo 38 (“Modificación de los tratados por práctica ulterior”) del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, pág. 259 (“En cuanto a la modificación por aparición de una nueva norma de derecho consuetudinario [la Comisión] decidió que la cuestión siempre dependería en gran medida de las circunstancias concretas y de la intención de las partes en el tratado.”). Este comentario se formuló respecto de la explicación que dio la Comisión de su decisión de eliminar, en la versión del proyecto de artículo un apartado que figuraba en el artículo 68 del proyecto de artículos de 1964, que establecía que “[l]a aplicación de un tratado puede también ser modificada ... c) por la aparición posterior de una nueva norma de derecho consuetudinario, obligatoria para todas las partes, relativa a la materia objeto del tratado”. En relación con el comentario a esta última disposición, véase el *Anuario ... 1964*, vol. II, pág. 193, párr. 3). Como se sabe, el proyecto de artículo 38 propuesto no fue mantenido en la Conferencia de Viena de 1969.

¹²⁹ Véase la sección III.A. del presente memorando.

bilaterales o multilaterales¹³⁰. Al mismo tiempo, la Comisión ha destacado que un tratado, a menos que establezca otra cosa, debe interpretarse y aplicarse a la luz de las normas de derecho internacional vigentes, incluido el derecho consuetudinario¹³¹.

C. Relación entre el derecho internacional consuetudinario y el “derecho internacional general”

Observación 29

En ciertos casos, la Comisión ha empleado la frase “derecho internacional general” para referirse, de manera genérica, a normas de derecho internacional distintas de las disposiciones convencionales¹³². Asimismo,

¹³⁰ Véanse, por ejemplo, el párr. 15) del comentario del artículo 17 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado, *Anuario ... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 48 y 49 (“[e]s evidente que los Estados están facultados para establecer convencionalmente una excepción a un principio”) y el párr. 2) del comentario del artículo 30 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 275 (donde se hace alusión a la posibilidad de que se atribuyan derechos de policía a los buques de guerra frente a buques extranjeros, apartándose así del derecho internacional consuetudinario).

¹³¹ Véanse, por ejemplo, el párr. 3) del artículo 60 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 290 (“La regla consuetudinaria existente, en virtud de la cual los nacionales de otros Estados están autorizados para dedicarse a la pesca en las mismas condiciones que los del Estado ribereño, ha de continuar siendo aplicada. La práctica de otra clase de pesca en esos parajes no ha de poder ser dificultada más que en lo estrictamente necesario para la protección de las pesquerías de que trata el presente artículo”) y el párr. 1) del comentario del artículo 24 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 232 (en que se hace referencia a la “[n]orma general ... [según la cual] no ha de considerarse que un tratado tenga efecto retroactivo sino cuando esta intención se halle expresada en el tratado o pueda inferirse claramente de sus estipulaciones”).

¹³² Véanse, por ejemplo, el párr. 2) del comentario del artículo 30 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 275 (donde se indica que las disposiciones que figuran en tratados que atribuyen ciertos derechos de policía a los buques de guerra frente a buques extranjeros aún no podían considerarse parte del “derecho internacional general”); la observación formulada por la Comisión con respecto a las disposiciones del preámbulo del Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral, *Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 94, párr. 24 (esas disposiciones ... “rigen [tal procedimiento] como principios de derecho internacional general más bien que como consecuencia del acuerdo de las partes”); el artículo 1 b) del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, *Anuario ... 1972*, vol. II, pág. 341 (“[Se entiende por ‘persona internacionalmente protegida’] cualquier funcionario de un Estado o de una organización internacional que, conforme al derecho internacional general o un acuerdo internacional, tenga derecho a una protección especial ...” (sin cursiva en el original)); el párr. 8) del comentario de ese proyecto de artículo, *Anuario ... 1972*, vol. II, pág. 342 (“La expresión ‘derecho internacional general’ se utiliza como complemento de la referencia a ‘un acuerdo internacional’”); el párr. 3) del comentario del artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, A/63/10, pág. 88 (“[La ‘cláusula Martens’], que se insertó originalmente en el preámbulo de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y se ha incluido posteriormente en varias convenciones y protocolos, ha pasado a formar parte del derecho internacional general”); el párr. 2) del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, A/66/10, pág. 205; el párr. 4) del comentario del artículo 14 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, A/67/10, pág. 45 (“Huelga decir que el Estado expulsor debe respetar, con respecto al extranjero objeto de expulsión, todas las obligaciones de protección de los derechos humanos que le

en algunas ocasiones, la Comisión parece haber utilizado indistintamente “derecho internacional general” y “derecho internacional consuetudinario”¹³³. La Comisión también ha utilizado la expresión “derecho internacional general” como término genérico que incluye tanto el derecho internacional consuetudinario como los principios generales¹³⁴.

Observación 30

En algunas ocasiones, la Comisión se ha referido a los principios generales del derecho —posiblemente en el sentido del Artículo 38, párr. 1) c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³⁵— o a los denominados

incumben tanto en virtud de los tratados internacionales en que es parte como en virtud del derecho internacional general”) y, de modo similar, el comentario del artículo 25 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, A/67/10, pág. 66.

¹³³ Véanse, por ejemplo, los siguientes pasajes del comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 269 a 271 (“[1] El reconocimiento del carácter criminal de la guerra de agresión en los estatutos de los tribunales militares aliados encargados de juzgar a los criminales de guerra de los países del Eje, la prohibición terminante de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y la práctica de las propias Naciones Unidas han reforzado y confirmado ese progreso jurídico ... [5] *Los principios relativos a la amenaza o el uso de la fuerza que figuran en la Carta son, a juicio de la Comisión, normas generales de derecho internacional cuya aplicación es ahora universal* ... [8] Como se indica en el anterior párrafo 1, la invalidez de un tratado obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza es un principio que constituye *lex lata* ... *La inmensa mayoría de los internacionalistas sostienen sin vacilar que el párrafo 4 del Artículo 2, junto con otras disposiciones de la Carta, enuncia con autoridad el derecho consuetudinario moderno en lo referente a la amenaza o al uso de la fuerza*” (sin cursiva en el original)).

¹³⁴ Véanse las explicaciones que figuran en el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional, A/CN.4/L.682, párr. 194 2) a) (“*El derecho internacional general (esto es, la costumbre general y los principios generales del derecho)* colma las lagunas del régimen especial y facilita orientación interpretativa para su aplicación” (sin cursiva en el original)) y párr. 493 3) (“El término ‘derecho internacional general’ se refiere claramente al derecho consuetudinario general, así como a los ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’, con arreglo al apartado c) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pero también puede referirse a los principios de derecho internacional propiamente dichos y a las analogías derivadas de los derechos internos, en especial los principios del procedimiento jurídico (*audiat et altera pars, in dubio mitius*, reclusión y otros). En la práctica de los tribunales internacionales, incluidos el Órgano de Apelación de la OMC, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constantemente se hace referencia a diversos tipos de ‘principios’ a veces derivados del derecho interno, a veces derivados de la práctica internacional, pero frecuentemente de una manera que no especifica su autoridad”).

¹³⁵ Véanse, por ejemplo, el párr. 4) del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 281 (principio *rebus sic stantibus*); el párr. 1) del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario ... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 33 (“La Comisión reconoce que uno de los principios generales del derecho es el de la no retroactividad de las leyes”); y el párr. 3) del comentario del artículo 14 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 43 (donde se explica que “las posibles circunstancias eximentes para los crímenes comprendidos en el código [son] las que estén bien establecidas y sean ampliamente reconocidas como admisibles con respecto a crímenes graves similares, en virtud del derecho nacional o internacional”). Para otros ejemplos, véase la nota 137 *infra*.

principios generales del derecho internacional¹³⁶. La Comisión también ha indicado que esos principios generales pueden informar la regulación internacional de cuestiones particulares¹³⁷ o incluso el sistema jurídico internacional en su conjunto¹³⁸.

¹³⁶ Véanse, por ejemplo, *Anuario ... 1949*, párr. 52 (donde se explica que los artículos del proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados enuncian “principios generales del derecho internacional”); y párr. 8) del comentario del artículo 68 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 295 (“[El principio de los derechos soberanos del Estado ribereño], que descansa sobre principios generales que responden a las necesidades actuales de la comunidad internacional, no es de ningún modo incompatible con el principio de la libertad del mar”). Véanse también las dos notas siguientes.

¹³⁷ En este contexto se ha hecho alusión tanto a los principios generales del derecho como a los principios generales del derecho internacional. En lo que respecta a los principios generales del derecho, véanse, en particular, el párr. 1) del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario ... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 33 (donde se hace referencia a la no retroactividad de las leyes como principio general del derecho que “desempeña un papel importante” en las cuestiones de nacionalidad); el artículo 14 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 43 (“El tribunal competente apreciará la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales del derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen”); y el párr. 1) del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 163 (“El artículo 3 se basa en el principio fundamental *sic utere tuo ut alienum non laedas*, recogido en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo ...”) (se ha omitido la nota de pie de página).

En cuanto a los principios generales del derecho internacional, véanse, en particular, el párr. 8) del comentario del artículo 3 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 262 (“De lo que antecede resulta que la Comisión se ha manifestado claramente contra las pretensiones que tienden a extender el mar territorial hasta una anchura que, a juicio de la Comisión, envuelve una amenaza para el principio que desde Grocio ha regido el derecho marítimo: el de la libertad de la alta mar”); el párr. 1) del comentario del artículo 27 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 274 (“El principio de derecho internacional generalmente admitido de que la alta mar está abierta a todas las naciones domina toda la reglamentación de esta materia”); el comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que seguía “siendo generalmente aplicable”: véase *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 23 y 24), *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 141, párr. 12) (“Esta explicación de la inmunidad soberana parece apoyarse en una serie de principios básicos como el uso o común acuerdo, la cortesía internacional, la independencia, soberanía y dignidad de toda autoridad soberana, que representan una evolución progresiva de los atributos de la persona de los soberanos a la teoría de la igualdad y soberanía de los Estados y el principio del consentimiento”); y *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 152 y 153, párr. 55) (donde se analizan las “bases racionales de la inmunidad de los Estados” y se hace referencia a la “soberanía, independencia, igualdad y dignidad de los Estados” como nociones que “parecen fundirse para constituir juntas una sólida base jurídica internacional de la inmunidad de los Estados”).

¹³⁸ Véase, a este respecto, la siguiente observación formulada por la Comisión respecto del proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados:

En conclusión, se observará que los derechos y deberes consignados en el proyecto de Declaración han sido formulados en términos generales, sin restricciones o excepciones, como conviene a una declaración de derechos y deberes fundamentales. *Los artículos del proyecto de Declaración enuncian principios generales de derecho internacional, debiendo determinarse en reglamentos más precisos la extensión y las modalidades de la aplicación de dichos principios.* El artículo 14 del proyecto de Declaración es un

Observación 31

Por otra parte, en los trabajos de la Comisión, la frase “derecho internacional general” también se ha utilizado para referirse a las normas generales del derecho internacional frente a las normas que pertenecen a sectores específicos, como por ejemplo el derecho de los derechos humanos, el derecho ambiental o el derecho del mar¹³⁹.

reconocimiento de este hecho. Es, en realidad, una disposición global que domina todo el proyecto, y en opinión de la Comisión sirve adecuadamente como clave de las otras disposiciones del proyecto de Declaración al proclamar “la supremacía del derecho internacional” (sin cursiva en el original) (*Anuario ... 1949*, párr. 52).

Véanse también el párrafo 2) del comentario del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 166 (donde se observa que el principio de buena fe abarca “toda la estructura de las relaciones internacionales” (reproduciendo una cita de R. Rosenstock, “The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey”, *American Journal of International Law*, vol. 65 (1971), pág. 734)); así como las observaciones formuladas por la Comisión en relación con la cláusula de la nación más favorecida y el principio de no discriminación, *Anuario ... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 48 (“La Comisión reconoció hace ya algunos años que la regla de la no discriminación es ‘una regla general que es una consecuencia de la igualdad de los Estados’, y que la no discriminación es ‘una norma general que se deduce de la igualdad soberana de los Estados’...” y pág. 13, párr. 50 (donde se hace referencia a “la norma evidente de que, si bien los Estados están obligados por el deber que les impone el principio de la no discriminación, tienen, no obstante, libertad para conceder ventajas especiales a otros Estados por motivo de alguna relación especial geográfica, económica, política o de otro carácter”).

¹³⁹ Véase, en particular, el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional, A/61/10, párr. 243 (“La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el ‘derecho internacional general’ se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el ‘derecho mercantil’, el ‘derecho de los derechos humanos’, el ‘derecho ambiental’, el ‘derecho del mar’, el ‘derecho europeo’, e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el ‘derecho de las inversiones’ o el ‘derecho internacional de los refugiados’, etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones”). Véase también el párr. 251 10), nota 1017 (“No existe una definición aceptada de ‘derecho internacional general’. A los efectos de las presentes conclusiones, sin embargo, es suficiente definir qué es ‘general’ haciendo referencia a su contrapartida lógica, a saber, qué es ‘especial’.”)