



Asamblea General

Distr. general
8 de marzo de 2016
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

68º período de sesiones

Ginebra, 2 de mayo a 10 de junio y
4 de julio a 12 de agosto de 2016

Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario

por Michael Wood, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Sugerencias formuladas por los Estados y otros agentes sobre el proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente	4
III. Propuestas de modificación del proyecto de conclusiones a la luz de las observaciones recibidas	13
IV. Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario	15
V. Programa de trabajo futuro	22
Anexo	
Modificaciones propuestas al proyecto de conclusiones	23

* El Relator Especial desea agradecer al Sr. Omri Sender su valiosa colaboración en la preparación del presente informe. El Relator Especial también quisiera aprovechar esta oportunidad para dar las gracias al Sr. Jean-Baptiste Merlin por su labor sobre el tema como “punto de contacto de habla francesa” propuesto por la *Société Française pour le Droit International*.



I. Introducción

1. En 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su actual programa de trabajo y celebró un debate inicial sobre la base de una nota preliminar del Relator Especial¹.

2. En 2013, la Comisión celebró un debate general sobre la base del primer informe del Relator Especial² y de un memorando de la Secretaría titulado “Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema”³. La Comisión cambió el título del tema por el de “Identificación del derecho internacional consuetudinario”⁴.

3. En 2014, la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial⁵ y confirmó su apoyo al enfoque basado en “dos elementos” para la identificación del derecho internacional consuetudinario. Tras el debate, los 11 proyectos de conclusiones propuestos en el segundo informe se remitieron al Comité de Redacción, que aprobó provisionalmente 8 de ellos⁶.

4. En un tercer informe del Relator Especial⁷, preparado para el 67º período de sesiones de la Comisión en 2015, se trató de completar todo el proyecto de conclusiones. Para ello, en ese informe se abordaron ciertas cuestiones que no se habían tratado en el segundo informe y otras que, según se acordó, la Comisión retomaría en 2015. En particular, se analizó más a fondo la cuestión de la relación entre los dos elementos constitutivos; se incluyó un estudio más detallado de la inacción como forma de práctica o prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*), y la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales; se examinó el papel de los tratados y las resoluciones, las decisiones judiciales y la doctrina; y se analizó la costumbre particular y la norma del objeto persistente.

5. La Comisión debatió el tercer informe del Relator Especial del 13 al 21 de mayo de 2015⁸. Los miembros de la Comisión reiteraron su apoyo al enfoque basado en “dos elementos” y hubo acuerdo general en que el resultado del examen del tema debía ser un conjunto de conclusiones prácticas con comentarios destinado a ayudar a los profesionales y a otras personas a identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Además, se sugirió que el proyecto de conclusiones

¹ Documento A/CN.4/653: *Nota sobre la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*.

² A/CN.4/663.

³ A/CN.4/659.

⁴ Acta resumida A/CN.4/SR.3186 (25 de julio de 2013), págs. 5 y 6.

⁵ A/CN.4/672.

⁶ Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), que se puede consultar en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E (el Comité de Redacción no pudo examinar dos proyectos de conclusiones por falta de tiempo y se omitió un proyecto de conclusión).

⁷ A/CN.4/682.

⁸ Véanse las actas resumidas A/CN.4/SR.3250, 3251, 3252, 3253 y 3254 (13, 15, 19, 20 y 21 de mayo de 2015); *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 67º período de sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2015)* (A/70/10), párrs. 62 a 107.

presentado en el informe tuviera una mayor concreción y se formularon muchas propuestas específicas a este respecto.

6. Tras el debate, el proyecto de conclusiones presentado en el tercer informe se remitió al Comité de Redacción, que aprobó provisionalmente ocho proyectos de conclusiones más, así como párrafos adicionales para dos de los proyectos de conclusiones aprobados en el período de sesiones anterior. El 29 de julio de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó al plenario un informe acerca de la labor de la Comisión sobre el tema en el 67º período de sesiones, que contenía el conjunto completo de 16 proyectos de conclusiones aprobados provisionalmente por la Comisión en los períodos de sesiones 66º y 67º⁹.

7. El 6 de agosto de 2015, la Comisión tomó nota de los proyectos de conclusiones 1 a 16, tal como fueron aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción¹⁰. Se preveía que la Comisión, en su siguiente período de sesiones, examinaría la aprobación en primera lectura del proyecto de conclusiones y sus comentarios.

8. Además, la Comisión solicitó a la Secretaría que preparase un memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la identificación del derecho internacional consuetudinario. En el memorando se examinan los trabajos preparatorios del artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia antes de proceder a analizar la jurisprudencia de varios tribunales y cortes internacionales con el fin de deducir algunas observaciones generales. Estas se adecuan al tratamiento dado por la Comisión a las decisiones de los tribunales nacionales en el presente tema como una forma de práctica de los Estados o prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*) y como medio subsidiario para determinar la existencia o el contenido del derecho internacional consuetudinario¹¹.

9. En el debate de la Sexta Comisión celebrado en 2015, en general, las delegaciones encomiaron a la Comisión de Derecho Internacional por la labor realizada sobre este tema hasta ese momento y por el enfoque pragmático que había adoptado. En particular, las delegaciones reiteraron su apoyo al enfoque general adoptado en el proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción y manifestaron que esperaban con interés una primera lectura del proyecto de conclusiones por parte de la Comisión de Derecho Internacional en su 68º período de sesiones. Se formularon valiosas observaciones y sugerencias con respecto a las cuestiones abordadas en el proyecto de conclusiones¹². Además, tras haberse recibido previamente información de otros Estados, se recibió una

⁹ A/CN.4/L.869. Véase también la declaración del Presidente del Comité de Redacción, que se puede consultar en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2015_dc_chairman_statement_cil.pdf&lang=EF.

¹⁰ A/70/10, párr. 60.

¹¹ A/CN.4/691: La función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario – memorando de la Secretaría.

¹² La Sexta Comisión debatió el informe de la Comisión de Derecho Internacional en sus sesiones 17ª a 25ª, celebradas los días 2, 3, 4, 6 y 9 a 11 de noviembre de 2015 (A/C.6/70/SR.19 a 23). Véase también A/CN.4/689: Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo período de sesiones, párrs. 15 a 27.

declaración escrita detallada de Suiza en respuesta a la petición de la Comisión de Derecho Internacional a los Estados de información relacionada con el tema.

10. En la sección II del presente informe se abordan algunas de las principales observaciones y sugerencias que han formulado los Estados y otros agentes en relación con los 16 proyectos de conclusiones aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014 y 2015. Se sugiere que la Comisión examine el proyecto de conclusiones (y sus comentarios) a la luz de esas observaciones antes de aprobar el proyecto de conclusiones en primera lectura. En la sección III, el Relator Especial propone algunas pequeñas modificaciones de los textos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, que podrían introducirse en la etapa actual, si la Comisión así lo decide¹³. A continuación, la sección IV se refiere a los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, asunto que, por supuesto, la Comisión trató hace unos 65 años. En la sección se recuerdan los antecedentes de esa labor anterior, como base para seguir examinando el tema en la Comisión en este momento. Por último, en la sección V se formulan sugerencias sobre el programa de trabajo futuro en relación con este tema.

II. Sugerencias formuladas por los Estados y otros agentes sobre el proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente

11. El Relator Especial ha celebrado amplias consultas sobre el proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción y ha participado en diversas reuniones en las que se examinó dicho proyecto, incluida una reunión del grupo de expertos oficioso de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana (AALCO) sobre el derecho internacional consuetudinario, celebrada en Bangi (Malasia) en agosto de 2015¹⁴. En particular, los representantes que participaron en el debate de la Sexta Comisión proporcionaron valiosas sugerencias, por lo que el Relator Especial está muy agradecido. Como se indica más adelante, algunas de las cuestiones planteadas pueden abordarse en los comentarios. Otras podrían examinarse este año, en la fase de primera lectura, mientras que sería más apropiado dejar otras cuestiones para considerarlas en segunda lectura. El Relator Especial acogería con beneplácito las opiniones de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional en relación con los puntos señalados a continuación. Las propias opiniones del Relator Especial, que se presentan a continuación, son en su mayoría provisionales y, por supuesto, están sujetas a debate en la Comisión de Derecho Internacional.

12. Se planteó una pregunta con respecto al uso del término “conclusiones” para describir el resultado de la labor de la Comisión sobre el presente tema; algunos preguntaron si no sería más apropiado el término “directrices”, habida cuenta del

¹³ Un procedimiento similar fue propuesto por el Relator Especial sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales en su séptimo informe (A/CN.4/610, párrs. 4 y ss. (27 de marzo de 2009)), y asumido por la Comisión.

¹⁴ Algunas de las contribuciones a la reunión de Bangi están pendientes de publicación en 15 *Chinese Journal of International Law* (2016). Véase también S. Yee, “Report on the ILC Project on ‘Identification of Customary International Law’”, 14 *Chinese Journal of International Law* (2015), págs. 375 a 398.

objetivo de proporcionar orientación práctica sobre el modo en que se ha de determinar la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido. El Relator Especial sugiere que esto se considere en segunda lectura, teniendo en cuenta la naturaleza de los textos aprobados entonces.

13. También se indicó que el proyecto de conclusión 1 (“Alcance”) no era, en sentido estricto, una conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y que su contenido, de carácter introductorio, podía incluirse en el comentario general que el Relator Especial iba a proponer a la Comisión. El Relator Especial está de acuerdo con esta sugerencia, del mismo tenor que la decisión adoptada en 2015 por el Comité de Redacción respecto del tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”¹⁵. Ese cambio podría efectuarse este año o cuando se lleve a cabo la segunda lectura.

14. Una delegación sugirió en la Sexta Comisión que el proyecto de conclusiones fuera más detallado. Como indicó el Relator Especial en el pasado, y tal y como se ha demostrado en los debates subsiguientes celebrados en la Comisión de Derecho Internacional, hay que tener siempre en mente la necesidad de lograr un equilibrio entre un proyecto de conclusiones que sea claro y conciso, por una parte, y exhaustivo, por otra. De hecho, varios proyectos de conclusiones propuestos en los informes segundo y tercero se ampliaron tras los debates celebrados en el plenario y en el Comité de Redacción. Cabe esperar que en los proyectos de comentarios se incluyan otros matices importantes. El objetivo del Relator Especial es que dichos comentarios proporcionen el análisis y los detalles adicionales necesarios y que se consideren conjuntamente con el proyecto de conclusiones como una unidad indisoluble. Se agradecerían más sugerencias concretas en este sentido.

15. Se expresó la preocupación en la Sexta Comisión de que la referencia que se hacía en el proyecto de conclusiones a una amplia gama de posibles tipos de prueba del derecho internacional consuetudinario pudiera interpretarse en el sentido de que el derecho internacional consuetudinario se creaba o infería fácilmente. Si bien esta preocupación es comprensible, la referencia a las múltiples formas de práctica de los Estados y las diversas manifestaciones de la conducta de los Estados por medio de las cuales se puede dar a conocer la aceptación como derecho (*opinio juris*) simplemente refleja el hecho de que los Estados ejercen sus facultades de diferentes maneras y que no se limitan solo a ciertos tipos de actos. Esto no implica que la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario deba presumirse a la ligera, en particular cuando, en principio, “quienes participan en la formación de la costumbre son Estados soberanos, que son los que adoptan las decisiones, es decir, los legisladores dentro de la comunidad. Su reconocimiento de la práctica como derecho por su parte es, de manera muy directa, la base esencial del derecho consuetudinario”¹⁶. La intención del Relator Especial es que, en consonancia con el proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente, los proyectos de comentarios aclaren que el establecimiento de la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario entraña la búsqueda de una práctica que ha adquirido tal aceptación entre los Estados que podría considerarse la expresión de

¹⁵ La propuesta del Relator Especial sobre el tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” a tal efecto fue aprobada por el Comité de Redacción en 2015. Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción (30 de julio de 2015), pág. 2.

¹⁶ H. Waldock, “General Course on Public International Law”, 106 *Recueil des Cours* (1962), pág. 49.

un derecho o una obligación jurídica. El criterio que debe regir esa labor es si existe una práctica general aceptada como derecho.

16. Varias delegaciones sugirieron que no se debía pasar por alto la formación del derecho internacional consuetudinario en el proyecto de conclusiones y comentarios y recordaron que inicialmente el tema llevaba por título “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”. El Relator Especial está de acuerdo, en particular teniendo en cuenta que la identificación de la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario puede conllevar el examen de los procesos que ha seguido en su desarrollo. De hecho, el proyecto de conclusiones se refiere en algunos momentos, expresa o implícitamente, a la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario y se tiene la intención de que ocurra lo mismo en los proyectos de comentarios. Asimismo, el objetivo del tema es ayudar a determinar la existencia o no y, en su caso, el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario en un momento concreto. La tarea a la que se enfrentan los abogados, los jueces o los árbitros es determinar el derecho en un momento concreto del presente o del pasado y no conocer la manera en que se desarrolló el derecho a lo largo del tiempo o cómo podría evolucionar en el futuro. Como se ha convenido anteriormente, el objetivo del tema no es explicar la multitud de influencias y procesos que intervienen en la elaboración de las normas de derecho internacional consuetudinario a lo largo del tiempo, especialmente teniendo en cuenta que la pretensión es mantener la flexibilidad de esos procesos, puesto que estos son flexibles por naturaleza.

17. Una cuestión estrechamente relacionada con la anterior es la referencia que hicieron algunas delegaciones a la dificultad que a menudo se plantea al determinar el momento preciso en el que se ha acumulado una masa crítica de práctica, acompañada de la aceptación como derecho (*opinio juris*), y, por consiguiente, ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario. Una delegación mencionó que se planteaba una dificultad similar cuando se trataba de determinar el momento exacto en el que las partes en un tratado adquieren conciencia de estar ante una obligación jurídica que vincula también a otros que no son partes en ese tratado. Esas observaciones reflejan el hecho de que la creación del derecho internacional consuetudinario no es algo que sucede en un momento concreto, sino que “se deriva de un ‘amplio proceso dialéctico’ entre diferentes agentes de la sociedad internacional”¹⁷. Sin embargo, el proyecto de conclusiones tiene por objeto proporcionar orientación sobre si, en un momento dado, puede decirse que ha tenido lugar ese proceso¹⁸. Ello depende en gran medida del momento puntual en el que se examine la prueba.

¹⁷ J.R. Crawford, “The Identification and Development of Customary International Law”, discurso inaugural pronunciado en la conferencia de primavera de la sección británica de la ADI, 23 de mayo de 2014 (citando a P. Allott, “Language, Method and the Nature of International Law”, *45 British Yearbook of International Law* (1971), págs. 103 y ss., en especial pág. 129).

¹⁸ Véase también K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2ª edición revisada (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pág. 54 (“Los autores están de acuerdo, en general, en que no puede determinarse el momento de formación de una costumbre —y, por consiguiente, el momento en el que una norma consuetudinaria empieza a producir efectos vinculantes—, ya que es prácticamente intangible. Solo podemos determinar si la costumbre existe en un momento concreto y, en el mejor de los casos, tras analizar la práctica, prever en cierta medida cuál será la evolución de una costumbre particular”).

18. Varias delegaciones formularon observaciones muy útiles sobre el proceso de evaluación de la prueba para los dos elementos constitutivos, que actualmente se regula en el proyecto de conclusión 3. Se prevé que esas observaciones queden reflejadas en el comentario, en el que se tratará de explicar la referencia que se hace en el proyecto de conclusión al “contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias concretas propias de cada prueba”. Como sugirieron algunas delegaciones, en los comentarios se aclararía además que el requisito de un análisis separado de cada uno de los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario no excluye la posibilidad de que, en algunos casos, se pueda utilizar el mismo material para determinar tanto la práctica como la aceptación como derecho (*opinio juris*).

19. Se expresó la inquietud de que la referencia que se hacía en el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, en el sentido de que la práctica de las organizaciones internacionales “también” contribuía a la formación o expresión del derecho internacional consuetudinario situara esa práctica al mismo nivel que la práctica de los Estados, a pesar de la inclusión de las palabras “en algunos casos”. Se alegó que esa idea no encontraba apoyo en el derecho internacional vigente, en el que la práctica de las organizaciones internacionales (con la excepción de la Unión Europea), aunque podía desempeñar una importante función indirecta, no contribuía directamente a la formación o expresión del derecho internacional consuetudinario. A este respecto, se sugirió que se suprimiera el párrafo 2 y que se explicara en el comentario la función que desempeñaban las organizaciones internacionales o que se abordara la cuestión en otro proyecto de conclusión aparte. Sin embargo, otros apoyaron el texto actual del párrafo 2 y algunos sugirieron que no se diera un tratamiento aislado a las organizaciones internacionales (y también ofrecieron algunas propuestas de redacción a tal efecto). También se observó que la referencia a las organizaciones internacionales no era totalmente coherente en todo el proyecto de conclusiones en su conjunto en su actual versión, ya que en algunos lugares este se refería explícitamente tan solo a la práctica de los Estados.

20. El Relator Especial sigue considerando que la práctica de las organizaciones internacionales (intergubernamentales) como tal puede contribuir en algunos casos a la creación o expresión del derecho internacional consuetudinario. Es difícil negar la pertinencia de esta práctica en el caso de la Unión Europea, o de hecho, en todos los casos en los que los Estados miembros pueden ordenar a una organización internacional que realice en su nombre actos que entran dentro del ámbito de sus propias competencias. Además, la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales no debería ser un elemento controvertido si se acepta que la práctica de las organizaciones internacionales en sus relaciones entre sí, al menos, podría originar normas de derecho internacional consuetudinario que rigen esas relaciones o dar fe de dichas normas¹⁹. Asimismo, tal como han puesto de relieve varias

¹⁹ Parece que esta noción es aceptada en la *Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, que se refiere en su preámbulo a “la codificación y el desarrollo progresivo de las normas relativas a los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales”, y en la que se afirma (también en el preámbulo) que “las normas del derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”; véase también el art. 38 de la Convención. Cabe también señalar que en las condiciones estándar para los acuerdos de préstamo, garantía y otras formas de financiación actualmente vigentes del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo se reconoce que entre las fuentes de derecho internacional público

delegaciones, habida cuenta de que las organizaciones internacionales no son Estados y existen grandes diferencias entre ellas (no solo en relación con sus facultades, sino también en cuanto a su composición y funciones), en cada caso deberá evaluarse su práctica con cautela. Este extremo debería quedar claro en el comentario del actual párrafo 2. Como alternativa, aparte de los posibles cambios que se mencionan en el párrafo 19 *supra*, se pueden introducir cambios en la redacción del párrafo 2 en este momento o en segunda lectura, después de que los Estados hayan tenido la oportunidad de leer el proyecto de comentario que lo acompaña. El Relator Especial acogería con agrado las opiniones de los miembros de la Comisión al respecto.

21. Un par de delegaciones manifestaron su preocupación por el hecho de que la redacción del proyecto de conclusión 4, párrafo 3, relativo al comportamiento de los actores distintos de los Estados y las organizaciones internacionales, era demasiado estricta, en el sentido de que no reconocía adecuadamente la importante contribución que esos actores podían hacer a la práctica internacional relacionada con su labor y el posible desarrollo del derecho internacional consuetudinario. En este contexto, se hizo referencia en particular al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). El Relator Especial desearía llamar la atención sobre el enunciado del párrafo 3 (“pero puede ser pertinente al valorar la práctica [de los Estados y las organizaciones internacionales]”), que reconoce que, si bien el comportamiento de “otros actores” no crea ni expresa directamente normas de derecho internacional consuetudinario, puede desempeñar una importante función (indirecta) en la elaboración e identificación del derecho internacional consuetudinario. De hecho, fue la labor del CICR y su destacada contribución al desarrollo del derecho internacional humanitario consuetudinario (estimulando o registrando la práctica y la aceptación como derecho (*opinio juris*) de los Estados)²⁰ la que, en gran medida, inspiró el texto del párrafo 3.

que pueden aplicarse en el supuesto de que surja una controversia entre el Banco y una parte en el acuerdo de financiación figuran, entre otras, “[...] formas de costumbre internacional, incluida la práctica de los Estados y de las instituciones financieras internacionales, de una generalidad, consistencia y duración que permitan crear obligaciones jurídicas” (sin cursiva en el original): *European Bank for Reconstruction and Development, Standard Terms and Conditions (1 de diciembre de 2012)*, secc. 8.04 b) vi) C)).

²⁰ Véase también *Prosecutor v. Tadić*, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones (2 de octubre de 1995), párr. 109 (“Como es bien sabido, el CICR ha trabajado muy activamente en la promoción del desarrollo, la aplicación y la difusión del derecho internacional humanitario. Desde el punto de vista que reviste importancia para nosotros, a saber, la aparición de las normas consuetudinarias sobre los conflictos armados internos, el CICR ha hecho una aportación notable haciendo un llamamiento a las partes en conflictos armados para que respeten el derecho internacional humanitario. Cabe destacar que, cuando se enfrenta a conflictos armados no internacionales, el CICR ha promovido la aplicación por las partes contendientes de los principios básicos del derecho humanitario. Además, en la medida de lo posible, ha tratado de persuadir a las partes en conflicto para que respeten los Convenios de Ginebra de 1949 o, al menos, sus disposiciones principales. Cuando las partes, o una de ellas, se han negado a acatar el grueso del derecho internacional humanitario, el CICR ha declarado que deberían respetar, como mínimo, el artículo 3 común, lo que demuestra que el CICR ha promovido y facilitado la extensión de los principios generales del derecho humanitario a los conflictos armados internos. Por consiguiente, los resultados prácticos que ha logrado el CICR induciendo a respetar el derecho internacional humanitario deberían considerarse un elemento de la propia práctica internacional; este es un elemento que ha sido notoriamente decisivo en el

22. Las referencias revisadas a la inacción que figuran en el proyecto de conclusiones como forma de práctica o prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*) recibieron un amplio apoyo tras el examen más detenido de la cuestión llevado a cabo en 2015 por la Comisión. Numerosas delegaciones subrayaron una vez más que la pertinencia de la inacción como prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*) debía evaluarse con cautela: no se debía esperar que los Estados reaccionasen ante todo y la atribución de una significación jurídica a su inacción dependía de las circunstancias particulares de cada situación. A este respecto, se expresó apoyo a la elaboración del proyecto de conclusión 10, párrafo 3, por el Comité de Redacción en 2015, y se sugirió que el comentario que lo acompaña aclarara aún más los requisitos para la atribución de valor probatorio a la inacción. El Relator Especial está de acuerdo y tratará de aclarar en el proyecto de comentario no solo que es esencial que se haya pedido una reacción a la práctica pertinente, sino también que, cuando un Estado no conozca o no pueda haber conocido una práctica determinada, o todavía no haya tenido un tiempo razonable para responder, no puede atribuirse a su inacción la convicción de que dicha práctica está exigida (o es permitida) por el derecho internacional consuetudinario.

23. Una delegación expresó su preocupación por que el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, que en su redacción actual establece que en los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, se podrá otorgar menos peso a esa práctica, supusiera una desventaja para los Estados en los que la independencia del poder judicial y la yuxtaposición del gobierno y el parlamento pueden generar opiniones diferentes o, al menos, pueden conducir a que se manifiesten diferentes matices. El Relator Especial desea observar en este sentido que los Estados generalmente intentan hablar con una sola voz sobre las cuestiones relativas a los asuntos internacionales y que en el proyecto de conclusión no se pretende adoptar ninguna posición con respecto al orden interno de ningún Estado. Más concretamente, y tal y como se trataría de aclarar en el proyecto de comentario, la palabra “podrá” que figura en el proyecto de conclusión indica que la evaluación de la práctica de un Estado en su conjunto debe efectuarse con cuidado. Un ejemplo en el que es evidente ese enfoque puede encontrarse en la *causa de las pesquerías*, en la que la Corte Internacional de Justicia afirmó en relación con la práctica pertinente que “no debe concederse demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes [...], fácilmente entendibles a la luz de los diferentes hechos que se produjeron y condiciones prevalecientes en el dilatado período [...]”²¹. En cualquier caso, esa evaluación debería tener en cuenta la posición constitucional de los

surgimiento o la cristalización de normas consuetudinarias”); T. Meron, “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, 90 *American Journal of International Law* (1996), págs. 238, 245 y 247 (“El CICR no es, por supuesto, ni un Estado ni una organización intergubernamental, sino una asociación conforme al derecho civil suizo. Por consiguiente, no es un participante directo en la creación del derecho internacional, función que, según la teoría de las fuentes imperante, sigue estando reservada a los Estados, con cierta relevancia de la función que desempeñan las organizaciones intergubernamentales [...]; [sin embargo,] influye en la práctica de los Estados y, por lo tanto, indirectamente en el desarrollo del derecho consuetudinario”).

²¹ *Fisheries Case, fallo de 18 de diciembre de 1951: I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., en especial pág. 138.

órganos estatales competentes, incluida la cuestión de cuál de ellos tiene la última palabra en el asunto de que se trate²².

24. Se observó que mientras que el proyecto de conclusión 12 afirmaba correctamente que las resoluciones, de por sí, no pueden crear normas de derecho internacional consuetudinario, lo mismo ocurría con los tratados y, sin embargo, el proyecto de conclusión que se ocupaba de estos (proyecto de conclusión 11) no contenía una declaración explícita de ese mismo tenor. La redacción del proyecto de conclusión 11 da por sentado que se sobreentiende la regla fundamental según la cual un tratado no puede en principio crear obligaciones para terceros. La orientación que se consideró que faltaba en el proyecto de conclusión 11 se refería más bien a la forma en que los tratados podían aclarar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario²³. No obstante, en el comentario se explicará que las palabras “si se demuestra que” aclaran que no es posible determinar si una formulación convencional corresponde de hecho a una presunta norma de derecho internacional consuetudinario simplemente examinando el texto del tratado. En cada caso debe confirmarse la existencia de la norma por medio de la práctica (y la aceptación como derecho (*opinio juris*)).

25. Varias delegaciones destacaron que se debía actuar con mucha cautela al evaluar la pertinencia e importancia de las resoluciones de las organizaciones internacionales y las conferencias intergubernamentales en la identificación del derecho internacional consuetudinario. Se convino en que, como se había señalado en el tercer informe, únicamente algunas resoluciones podían constituir prueba del derecho vigente o emergente, en función de diversos factores que debían evaluarse cuidadosamente en cada caso. El Relator Especial tiene la intención de que en el comentario se explique con más detalle el enunciado del proyecto de conclusión 12, que se ha redactado con gran cautela, y se especifiquen los factores que se deben tener en cuenta. También se pretende que, tal como se sugirió en la Sexta Comisión, se resalte en este contexto la particular pertinencia de la Asamblea General como foro de participación prácticamente universal.

26. Algunas delegaciones sugirieron que se dedicara una conclusión aparte o, al menos, se hiciera una referencia concreta en el comentario que acompaña al proyecto de conclusión 14 (“Doctrina”), al papel que desempeña la labor de la

²² Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 136, párr. 83 (en donde la Corte señaló que, “conforme a la legislación griega”, la opinión expresada por el Tribunal Supremo Especial de Grecia prevalecía sobre la del Tribunal Supremo Helénico).

²³ Cabe también destacar que la Corte Internacional de Justicia señaló en las *causas de la plataforma continental del mar del Norte* que si se registraba “una participación muy amplia y representativa en una convención [...], siempre que incluya a los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados”, ello “podía” bastar para convertir una norma convencional en una norma de derecho internacional consuetudinario (*North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 42, párr. 73). En otras palabras, en determinadas circunstancias, un tratado multilateral podría, “debido a su propia repercusión” (párr. 70), dar lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, tal como se ha escrito en fecha reciente, “la Corte tuvo cuidado en no determinar de forma definitiva si el método era siquiera posible [...]. En cualquier caso, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, la participación generalizada en un convenio de codificación nunca ha sido suficiente, por sí sola, para confirmar una norma consuetudinaria”: P. Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, *12 The Law & Practice of International Courts and Tribunals* (2013), págs. 195 y ss, en especial pág. 207.

Comisión de Derecho Internacional en la identificación del derecho internacional consuetudinario. Según se dijo, no parecía que esa labor pudiera equipararse a la de la doctrina, habida cuenta de la condición de la Comisión y su relación con los Estados en su calidad de órgano subsidiario de la Asamblea General. El Relator Especial está de acuerdo en que la Comisión no ocupa un lugar especial en este contexto y recuerda que esta misma idea también fue destacada por los miembros de la Comisión en el debate celebrado en 2015. Se pretende que en el proyecto de comentario se reconozca el valor particular que se puede atribuir a la determinación de la Comisión cuando afirme la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario (o a la conclusión alcanzada por la Comisión en el sentido de que no existe dicha norma) y se explique por qué. Asimismo, la importancia de la labor de la Comisión como impulsora de la práctica de los Estados y la expresión de la *opinio juris* se menciona en otros proyectos de conclusiones, en particular los que versan sobre las formas de práctica, las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*) y la posible pertinencia de los tratados. Como observó una delegación, la labor de la Comisión también puede servir de base a las resoluciones de la Asamblea General. Los comentarios a los proyectos de conclusiones pertinentes procurarían reflejar estos aspectos.

27. La inclusión de un proyecto de conclusión sobre la norma del objeto persistente obtuvo el respaldo de casi todas las delegaciones que abordaron esta cuestión en la Sexta Comisión, lo cual indica un acuerdo generalizado con respecto a que la norma forma parte del corpus del derecho internacional²⁴. Sin embargo, algunas delegaciones expresaron su preocupación por que el reconocimiento de la norma en el proyecto de conclusiones pueda desestabilizar el derecho internacional consuetudinario o invocarse como medio para eludir obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario. En este sentido, el Relator Especial se propone que en el comentario, al igual que en el propio proyecto de conclusión 15, se pongan de relieve los estrictos requisitos relacionados con esa norma y, en particular, que una vez que ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, un Estado que desee quedar exento de su fuerza vinculante no

²⁴ Como ejemplo de la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales, véase el tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, A/CN.4/682, párrs. 86 y 87 y las correspondientes notas de pie de página. J.A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford University Press, 2016), en general, y en particular su capítulo dos (pág. 55: “hay [...] pruebas más que suficientes para apoyar la existencia de la norma del objeto persistente en la actualidad. La aceptación y la utilización de la norma por los Estados, especialmente cuando se consideran junto con el notable respaldo judicial cada vez mayor de esa norma y la frecuencia con la que se trata en la doctrina, confirman que la norma es, de hecho, una norma secundaria del sistema jurídico internacional”). Véase también Wolfke, nota 18 *supra*, pág. 66 (“El argumento de que, en la práctica, esas objeciones [de un objeto persistente] raramente se mantienen y los objetores finalmente se suman a la práctica general y la costumbre incipiente no menoscaba el principio del objeto persistente. Por el contrario, simplemente pone de manifiesto que por razones ajenas al ámbito jurídico, el denominado ‘contexto social’, en la práctica, a los Estados concretos les resulta difícil, si no imposible, abstraerse a largo plazo de la evolución general del derecho internacional”); G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 112 (“La experiencia demuestra que la presión de la comunidad a menudo genera situaciones en las que los Estados objetores se ven obligados a reconocer nuevas normas que han recibido un amplio apoyo en el marco de la comunidad internacional. Sin embargo, la posibilidad de preservar efectivamente la condición de objeto persistente no debe confundirse con el derecho reconocido legalmente a no estar de acuerdo con nuevas normas consuetudinarias”).

podrá ampararse en una objeción que no se haya expresado anteriormente. Varias delegaciones sugirieron que en el proyecto de comentario se debía hacer referencia a la cuestión de la objeción persistente frente a las normas de *jus cogens*. Sin embargo, la Comisión decidió en una etapa temprana no abordar el *jus cogens* en el marco del presente tema y lo está tratando como un tema aparte.

28. Una delegación cuestionó la necesidad de que se reiterara y mantuviera la objeción a una norma de derecho internacional consuetudinario emergente (también después de que haya nacido la norma) a fin de obtener la condición de objeto persistente. Por el contrario, se sugirió que una vez que un Estado ha dejado claro que no desea verse obligado por una norma emergente, no tiene la obligación de reiterar esa posición una y otra vez; el Estado perdería su condición de objeto persistente únicamente cuando su práctica ulterior o sus opiniones jurídicas demostraran explícitamente su apoyo a la nueva norma y se apartaran de su postura anterior. Si bien este enfoque resulta persuasivo, parece ignorar la fuerza jurídica que en ocasiones se puede atribuir al silencio (cuando equivale a la aquiescencia) y restar importancia a la inacción tanto en el desarrollo como en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. No obstante, no se exige que los Estados manifiesten su objeción constantemente; se pretende que en el comentario se aclare que cabe esperar la objeción únicamente cuando las circunstancias sean tales que se supone que esta se debe reafirmar (es decir, cuando el silencio o la inacción pueden llevar a la conclusión de que el Estado ha renunciado a su objeción)²⁵. Como también se sugirió, este requisito debería abordarse de una manera equilibrada y pragmática.

29. Algunas delegaciones expresaron su preocupación por que la referencia al derecho internacional consuetudinario particular, que, por definición, se aplica únicamente a un número limitado de Estados, pudiera considerarse una manera de alentar la fragmentación del derecho internacional. Si bien esa inquietud es comprensible, es indiscutible que las normas de derecho internacional consuetudinario particular existen (como se confirma, entre otras instancias, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia)²⁶. Aunque no se encuentran frecuentemente en la práctica, las normas de derecho internacional consuetudinario particular a veces desempeñan un papel importante en las relaciones entre los Estados, ya que permiten armonizar intereses y valores contrapuestos de algunos Estados únicamente. Por lo tanto, puede ser útil una orientación acerca de la manera en que se han de determinar esas normas (incluida la aclaración de que se aplican criterios más estrictos). Sin embargo, el Relator Especial quisiera que en los

²⁵ Véase también *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, fallo, I.C.J. Reports 1984*, págs. 246 y ss., en especial pág. 305, párr. 130; M. Bos, “The Identification of Custom in International Law”, 25 *German Yearbook of International Law* (1982), págs. 9 y ss., en especial pág. 37 (“cabe recalcar que no siempre se puede equiparar el silencio con la aquiescencia: no se puede pedir que los Estados vivan con la obligación de una protesta permanente contra todo lo que les disguste. Para que se deriven consecuencias jurídicas, debe haber un buen motivo que requiera alguna forma de acción”); I.C. MacGibbon, “The Scope of Acquiescence in International Law”, 31 *British Yearbook of International Law* (1954), pág. 143 (“Por ende, la aquiescencia reviste la forma de silencio o falta de protesta en circunstancias que generalmente exigen una reacción positiva que denote una objeción”). Esto es coherente con el enfoque adoptado en el proyecto de conclusión 10, párrafo 3, que se refiere a la inacción como forma de prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*).

²⁶ Véase el tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, A/CN.4/682, párr. 80.

comentarios se aclarara que no hay que descartar que las normas de derecho internacional consuetudinario particular puedan evolucionar con el tiempo y convertirse en normas de derecho internacional consuetudinario general²⁷.

III. Propuestas de modificación del proyecto de conclusiones a la luz de las observaciones recibidas

30. A la luz de las sugerencias formuladas desde el 67º período de sesiones, el Relator Especial propone que se introduzca un número limitado de pequeñas modificaciones en el texto del proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014 y 2015. Como se ha señalado anteriormente, se podrían considerar otros posibles cambios, o bien este año o bien en segunda lectura. Por razones de conveniencia, las modificaciones que se sugiere introducir en el proyecto de conclusiones figuran (con cambios marcados) en el anexo del presente informe.

31. En el proyecto de conclusión 3 (“*Valoración de la prueba respecto a los dos elementos*”), párrafo 2, se sugiere que se aclare el texto y se ponga de relieve su contexto sustituyendo la frase “Cada elemento se ha de determinar por separado”, que se refiere a los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, por la siguiente: “Cada uno de los dos elementos se ha de determinar por separado”.

²⁷ Véase también *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional – informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/L.682 (13 de abril de 2006), párr. 201 (“esas influencias regionales parecen importantes precisamente porque han perdido su carácter geográfico originalmente limitado y han acabado contribuyendo al desarrollo del derecho internacional universal”); R.Y. Jennings, “Universal International Law in a Multicultural World”, en M. Bos e I. Brownlie (eds.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford University Press, 1987), pág. 41 (“[La universalidad del derecho internacional] no implica, por supuesto, que no haya lugar para las variaciones regionales, quizás incluso en cuestiones de principio [...]. Todas las leyes, incluida la legislación de los Estados soberanos, admiten esas variaciones sin dificultad. Universalidad no significa uniformidad. No obstante, eso implica que el derecho internacional regional, si bien es una variante, forma parte del sistema en su conjunto y no constituye un sistema aparte y, en última instancia, obtiene su validez del sistema en su conjunto”); B. Sepúlveda-Amor, “Comments on Fawcett and Obregón”, en M.J. Aznar y M.E. Footer (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, cuarto volumen (Hart Publishing, 2015), págs. 39 a 43 (“Cabe destacar que algunas de las doctrinas y normas que se originaron en esta región [de América Latina] en los siglos XIX y XX en un primer momento fueron consideradas como extravagantes y contrarias a las leyes de las naciones civilizadas. Sin embargo, en última instancia, algunas de ellas llegaron a ser aceptadas como parte integrante del derecho internacional general. El principio de *uti possidetis juris* es un ejemplo paradigmático [...].”); D. Pulkowski, “Theoretical Premises of ‘Regionalism and the Unity of International Law’”, en M.J. Aznar y M.E. Footer (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, cuarto volumen (Hart Publishing, 2015), págs. 77 y ss., en especial págs. 84 y 85 (“El regionalismo no afecta a la unidad jurídica de una manera cualitativamente diferente a como lo hacen otros fenómenos en el ámbito de la creación de normas internacionales en la actualidad. El derecho regional es una subcategoría del derecho internacional particular [que abarca desde los tratados plurilaterales con adhesión limitada hasta las convenciones multilaterales cuasi universales], y, como tal, no es ni más ni menos proclive a provocar desorden en el sistema internacional que otras formas de particularidad”).

32. En el proyecto de conclusión 4 (“*Requisito de la práctica*”), párrafo 1, se sugiere que se introduzcan pequeñas modificaciones a fin de indicar de mejor manera no solo de quién es la práctica que es principalmente pertinente para determinar el derecho internacional consuetudinario, sino también cuál es la función de esa práctica. Esto permitiría dar una orientación más clara y se adecuaría mejor al título del proyecto de conclusión. Entre las modificaciones sugeridas figuran reemplazar las palabras “formación o expresión” por las palabras “que expresa o crea”, lo cual se inspira en el lenguaje utilizado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la plataforma continental (*Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia*), en la que se afirmaba que la práctica efectiva de los Estados “expresa o crea normas consuetudinarias”²⁸. También podría servir para centrar la atención del párrafo en la tarea de determinación de una norma. Por tanto, el párrafo podría redactarse como sigue:

“El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, se refiere principalmente a la práctica de los Estados que expresa o crea las normas de derecho internacional consuetudinario”.

33. Si se modifica el proyecto de conclusión 4, párrafo 1, en este sentido, habría que modificar también en consecuencia el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, y el proyecto de conclusión 4, párrafo 3.

34. En el proyecto de conclusión 6 (“*Formas de práctica*”), párrafo 2, se sugiere que se supriman las palabras “el comportamiento relativo a las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental”. Si bien en ocasiones este comportamiento puede ser pertinente como práctica de los Estados, en realidad a menudo es más útil como prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*) o de su ausencia, y, en todo caso, en el proyecto de conclusión 6, párrafo 2, no se ofrece una lista exhaustiva de las formas de práctica. Por supuesto, la referencia al “comportamiento relativo a las resoluciones” se mantendría en el proyecto de conclusión 10, párrafo 2, en el que se enumeran las posibles formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*).

35. En el proyecto de conclusión 9 (“*Requisito de la aceptación como derecho (opinio juris)*”), párrafo 1, se sugiere que se sustituyan las palabras “observarse con” por las palabras “ir acompañada de”. Se podría interpretar más fácilmente que las palabras “observarse con” abarcan la opinión jurídica tanto de los Estados que siguen la práctica pertinente como la de quienes están en condiciones de reaccionar ante ella. Además, la formulación sugerida fue empleada recientemente por la Corte Internacional de Justicia en su fallo dictado en 2012 en la *causa relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado*²⁹.

²⁸ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial pág. 46, párr. 43 (“[...] cabe tener presente que, como la propia Corte aclaró en ese fallo [de 1969], se realizó un análisis de los conceptos y principios que, a su juicio, fundamentaban la práctica efectiva de los Estados que expresa o crea normas consuetudinarias”).

²⁹ Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 123, párr. 55 (“[...] lo importante es que el otorgamiento de la inmunidad en este caso no va acompañado del requisito de la *opinio juris* y, por tanto, no arroja ninguna luz sobre la cuestión que la Corte está examinando en este momento”), y pág. 135, párr. 77 (“Esa práctica va acompañada de la *opinio juris*, como

36. En el proyecto de conclusión 12 (“*Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales*”), párrafo 1, se sugiere que se sustituyan las palabras “no puede crear” por las palabras “no crea”, ya que estas reflejarían mejor el carácter fáctico en lugar de normativo de la declaración y además se mejoraría la redacción.

37. En el proyecto de conclusión 12, párrafo 2, se sugiere, en primer lugar, que se sustituya en la versión en inglés la palabra “establishing” [traducida en la versión en español como “determinar”] por la palabra “determining”, a fin de lograr una mayor coherencia en el proyecto de conclusiones en su conjunto (la palabra “determine”, en inglés, se utiliza en los proyectos de conclusiones 1, 2, 13, 14 y 16 en relación con las normas de derecho internacional consuetudinario). También se sugiere que se supriman las palabras “o contribuir a su desarrollo”, para centrar más la atención del proyecto de conclusiones en la identificación del derecho internacional consuetudinario; la posible contribución de las resoluciones de las organizaciones internacionales y las conferencias intergubernamentales al desarrollo del derecho podría abordarse en el comentario.

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

38. Desde hace mucho tiempo se han reconocido los problemas prácticos de acceso a la documentación a fin de determinar la práctica de los Estados y su *opinio juris*. Esas dificultades, que, por supuesto, están estrechamente vinculadas a la naturaleza del derecho internacional consuetudinario como *lex non scripta*³⁰, también fueron reconocidas por la Comisión de Desarrollo Progresivo y Codificación del Derecho Internacional (“la Comisión de los Diecisiete”) en 1947³¹. Por consiguiente, dicha Comisión recomendó en su informe a la Asamblea General que la Comisión de Derecho Internacional examinara “los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional

demonstraron las posiciones adoptadas por los Estados y la jurisprudencia de diversos tribunales nacionales que han dejado claro que consideraban que el derecho internacional consuetudinario exigía el reconocimiento de inmunidad”).

³⁰ Véase también S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), pág. 56 (“La prueba del derecho consuetudinario [habida cuenta de que se basa esencialmente en la práctica] es, por tanto, dispersa, difícil de concretar y, en su conjunto, poco sistemática”). R.M. Mersky, J. Pratter, “A Comment on the Ways and Means of Researching Customary International Law a Half-Century after the International Law Commission’s Work”, *24 International Journal of Legal Information* (1996), págs. 302 y ss., en especial pág. 304.

³¹ Sir Dalip Singh, Presidente de la Comisión de los Diecisiete, explicó que “la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario no resultaba fácilmente asequible, a diferencia de la prueba del derecho internacional doctrinal, que siempre queda establecida en los libros” (A/AC.10/SR.27 (20 de junio de 1947), pág. 11). Por esas fechas se observó, en relación con la identificación del derecho internacional consuetudinario, que “nada podría ser peor que la actual repetición de citas del limitadísimo repertorio de notas diplomáticas que pasan de un manual a otro y en contadas ocasiones se complementan con la incursión puntual de los autores en el terreno ignoto de los documentos de los Estados”: G. Schwarzenberger, “The Inductive Approach to International Law”, *60 Harvard Law Review* (1947), págs. 539 y ss., en especial pág. 564.

consuetudinario”³² y ello condujo a la inclusión del artículo 24 en el Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional (1947), en la sección titulada “Codificación del derecho internacional”. En el artículo 24 se estipula lo siguiente:

“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”³³.

39. La cuestión de la aplicación del artículo 24 fue uno de los primeros temas incluidos en el programa de la Comisión de Derecho Internacional³⁴. A este respecto, la Comisión tuvo ante sí en su primer período de sesiones un memorando presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas titulado “Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission”³⁵. El memorando constaba de tres partes: a) una breve introducción sobre el problema de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario; b) un amplio estudio de la situación de la documentación relativa al derecho internacional

³² *Report of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification on the Methods for Encouraging the Progressive Development of International Law and its Eventual Codification*, A/AC.10/51 (17 de junio de 1947), párr. 18 (“En relación con el desarrollo del derecho internacional consuetudinario, así como con el desarrollo del derecho por medio del procedimiento judicial, la Comisión quisiera recomendar que la CDI examine los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario mediante la reunión de compendios de la práctica de los Estados y la recopilación y publicación de las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales sobre cuestiones de derecho internacional”). En un memorando presentado a la Comisión de los Diecisiete por su secretaria se sugirió que “si bien el derecho internacional consuetudinario se desarrolla como resultado de la práctica de los Estados y su evolución no depende de que se realicen esfuerzos de manera consciente a nivel internacional, las Naciones Unidas pueden estimular su desarrollo adoptando medidas para hacer más accesible la prueba de la práctica de los Estados en forma de compendios del derecho internacional [...]; [un enfoque útil para determinar y compilar esos compendios] podría consistir en examinar los métodos por medio de los cuales puede hacerse más asequible esa documentación” (A/AC.10/7 (7 de mayo de 1947), págs. 5 y 6 (se omite la cita).

³³ La tarea asignada a la Comisión de Derecho Internacional en virtud del artículo 24 de su Estatuto era “distinta de las demás funciones de la Comisión, a saber, el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional [...]; se refiere exclusivamente a la prueba del derecho internacional consuetudinario, aunque no se limita simplemente a un determinado tema, sino al derecho internacional consuetudinario en su totalidad. La tarea, indicada específicamente, consiste en examinar los medios de poner remedio a la presente situación de la documentación, que resulta insatisfactoria. Este extremo queda más claro en el texto en francés, que se refiere a la “documentation” (documentación) que en el texto en inglés, en el que se emplea la palabra “evidence” (prueba): *Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission – Memorandum submitted by the Secretary-General: A/CN.4/6* (1949), pág. 5.

³⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1949*, vol. I, págs. 283 y 284, párrs. 35 a 37. Véase también, de manera más general, H.W. Briggs, *The International Law Commission* (Cornell University Press, 1965), págs. 203 a 206.

³⁵ A/CN.4/6 y Corr.1. La Comisión tuvo también ante sí un documento de trabajo preparado por la Secretaría sobre la base del memorando (A/CN.4/W.9).

consuetudinario en ese momento y las sugerencias formuladas hasta entonces para su mejora; y c) una evaluación del estado de la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario en ese momento y las posibles formas de mejorarlo³⁶. Tras un debate sobre el memorando y el tema de manera más amplia, la Comisión invitó a uno de sus miembros, Manley O. Hudson, a que preparara un documento de trabajo sobre el asunto para su examen durante su segundo período de sesiones³⁷.

40. Sobre la base del documento de trabajo elaborado por el Sr. Hudson³⁸, la Comisión observó en su informe a la Asamblea General de 1950 que “la prueba de la práctica de los Estados debe buscarse en diversos tipos de documentos”, pero consideró que no era práctico enumerar “todos los diversos tipos de documentos que revelan la práctica de los Estados sobre cada uno de los numerosos problemas que surgen de las relaciones internacionales”³⁹. En cambio, la Comisión sí consideró útil enumerar y estudiar “sin ninguna exclusión expresa, ciertas categorías” o tipos de prueba del derecho internacional consuetudinario, a saber, los textos de los instrumentos internacionales, las decisiones de los tribunales internacionales, las decisiones de los tribunales nacionales, la legislación nacional, la correspondencia diplomática, las opiniones de los asesores jurídicos nacionales y la práctica de las organizaciones internacionales⁴⁰.

41. En cuanto a la disponibilidad de esa documentación, la Comisión sugirió que “puede considerarse en tres aspectos. En primer lugar, la disponibilidad para satisfacer las necesidades de determinados grupos de personas [particulares que estudian el derecho internacional y funcionarios gubernamentales e internacionales]. En segundo lugar, la medida en que materiales ya publicados están disponibles en todo el mundo. En tercer lugar, la medida en que los materiales que aún no se han publicado pueden estar disponibles en todo el mundo”⁴¹. A este respecto, se señaló, entre otras cosas, que amplias colecciones de materiales publicados podían “encontrarse solo en grandes bibliotecas de derecho internacional” que “lamentablemente son escasas”; y que, si bien “es extremadamente difícil estimar la actual disponibilidad de muchas de las principales colecciones de documentación

³⁶ Se dijo que el memorando era “el manual bibliográfico más completo y manejable que ha aparecido en este ámbito [...]; cumple admirablemente su finalidad inmediata de suministrar información completa y un programa sólido y progresivo para la labor de la Comisión de Derecho Internacional y la Asamblea General”: L Preuss, “[Review]: Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available. Memorandum submitted by the Secretary-General (A/CN.4/6)”, 43 *American Journal of International Law* (1949), págs. 834 y 835. Véase también Mersky y Pratter, nota 30 *supra*, pág. 308 (“Este es un impresionante estudio de la documentación del derecho internacional relativa a la costumbre. No hay tiempo para analizar los pormenores de su contenido. Basta con decir que este documento todavía hoy se puede recomendar plenamente como un recurso para los bibliotecarios jurídicos y otros investigadores”).

³⁷ Los miembros de la Comisión, con una excepción, se mostraron muy agradecidos por el memorando: véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1949*, vol. I, págs. 228 a 235. La decisión de la Comisión fue la siguiente: “Se decidió no nombrar a ningún relator para ocuparse de la cuestión de los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario y que un miembro de la Comisión preparara un documento de trabajo sobre ese tema, que se presentaría al segundo período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional” (pág. 235).

³⁸ A/CN.4/16 y A/CN.4/16/Add.1.

³⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1950*, vol. II, pág. 368, párr. 31.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 368 a 372, párrs. 32 a 78.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 327, párr. 80.

relativa al derecho internacional consuetudinario que se han publicado [...], en muchos casos probablemente se carece de existencias que puedan servir para satisfacer la demanda presente o futura”⁴².

42. En este contexto, la Comisión sugirió a continuación “medios concretos” de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario. Entre esos medios figuraban los siguientes: a) la más amplia difusión posible, y al precio más bajo posible, de las publicaciones relativas al derecho internacional preparadas por órganos de las Naciones Unidas y la pronta publicación de los textos de los instrumentos internacionales registrados, archivados e inscritos en la Secretaría; b) la autorización a la Secretaría, en la medida en que aún no se hubiera hecho, para que preparara y difundiera ampliamente diversas publicaciones que contuvieran materiales jurídicos de los distintos Estados y abarcaran su práctica (y la de las Naciones Unidas), informaran de los laudos arbitrales internacionales y dieran cuenta de novedades importantes; c) la publicación de compendios ocasionales de los informes de la Corte Internacional de Justicia; d) el llamamiento de la Asamblea General a los gobiernos sobre la conveniencia de que publicaran compendios de su correspondencia diplomática y otros documentos relativos al derecho internacional; y e) la consideración por la Asamblea General de la conveniencia de una convención internacional sobre el intercambio, con carácter general, de publicaciones oficiales relativas al derecho internacional y las relaciones internacionales⁴³.

43. La mayoría de esas recomendaciones han sido puestas en práctica⁴⁴, lo cual ha dado lugar a que haya aparecido una importante documentación que es frecuentemente consultada por los abogados internacionales. Ha aumentado en gran medida la publicación de la práctica de los Estados (y de otra documentación relativa a esa práctica, como puede encontrarse en las obras académicas, los documentos procedentes de las organizaciones internacionales y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales), en parte gracias al “afán” manifestado por los institutos privados nacionales o internacionales⁴⁵. La creciente intensidad de las relaciones internacionales también ha permitido que se conozcan mejor la práctica y las posiciones de los Estados; y en la era digital, los nuevos y potentes medios disponibles para reunir, conservar y difundir datos han mitigado muchas de las

⁴² *Ibid.*, pág. 327, párrs. 82 y 83.

⁴³ *Ibid.*, págs. 373 y 374, párrs. 90 a 94.

⁴⁴ Véase también la resolución 487 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1950 (Documentos Oficiales de las Naciones Unidas, quinto período de sesiones, suplemento núm. 20, pág. 81), en que se invitó al Secretario General a que tomara en consideración algunas de las recomendaciones de la Comisión e informara al respecto; Y. -L. Liang, “The Second Session of the International Law Commission: Review of its work by the General Assembly”, 45 *American Journal of International Law* (1951), págs. 509 y ss., en especial págs. 510 a 514.

⁴⁵ La Comisión observó en 1950 que “los resultados de las fructíferas actividades de organismos científicos no oficiales han aparecido en numerosas revistas y en los últimos años se ha iniciado la publicación de anuarios o revistas de derecho internacional en varios países. Pese a este afán que se ha manifestado, parece dudoso que se pueda confiar en que haya muchos institutos nacionales o internacionales que puedan realizar una labor continuada de publicación de compendios de utilidad de la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario. Pocos de esos institutos pueden emprender y proseguir un programa de trabajo sólido y con amplio alcance; su personal cambia rápidamente, sus intereses varían con facilidad y no suelen contar con suficientes fondos”: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1950*, vol. II, pág. 373, párr. 89. Pero la situación es muy diferente hoy en día.

dificultades respecto del acceso a la información publicada y la recopilación de esta que se planteaban en 1949 y 1950⁴⁶.

44. La labor de la Comisión ha permitido y sigue permitiendo hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario. Como se ha observado, “hoy en día, el proceso de codificación ofrece un medio fácil y conveniente de descubrir la práctica efectiva de los Estados”, dado que “las observaciones de los gobiernos sobre los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General y las declaraciones de los representantes de los Estados en las conferencias plenipotenciarias de codificación constituyen una especie de indagación pública de la práctica de los Estados y de sus opiniones sobre las normas que se aplican o se deberían aplicar en relación con ciertos temas; se trata de una prueba ‘sin las ambigüedades e incoherencias propias de la maraña de la documentación relativa a la práctica de los Estados’”⁴⁷. Es importante la publicación periódica por parte de las Naciones Unidas de la información facilitada por los gobiernos en respuesta a las solicitudes de la Comisión de Derecho Internacional⁴⁸.

⁴⁶ Véanse también T. Treves, “Customary International Law”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), párr. 80 (“Recientemente se han producido importantes cambios en la disponibilidad de las manifestaciones de la práctica internacional como consecuencia de la amplia disponibilidad de medios electrónicos para la difusión de los conocimientos. Esos medios han permitido que un número muy elevado de Estados hayan dado a conocer su práctica, remediando, al menos en lo que respecta a la práctica reciente, la falta de equilibrio de las colecciones impresas. Además han mejorado la situación, aunque solo sea en parte, de aquellos (funcionarios gubernamentales o estudiosos) que no tienen acceso a las relativamente pocas bibliotecas grandes y bien organizadas que disponen de materiales impresos. Por último, los medios electrónicos han permitido que se tenga conocimiento de la práctica en cuestión casi en el momento mismo en el que se manifiesta, eliminando así las lagunas en la información existentes entre los Estados que disponen de servicios exteriores bien organizados y otros Estados y la mayoría de los estudiosos”).

⁴⁷ E. Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, 159 *Recueil des Cours* (1978), pág. 26 (citando a R.R. Baxter, “Treaties and Custom”, 129 *Recueil des Cours* (1970), pág. 36). Véase también Preuss, nota 36 *supra*, pág. 835 (que sugirió en aquellos momentos que, habida cuenta de la falta de una documentación adecuada de gran parte de la práctica de los Estados, “el desarrollo de un auténtico *corpus juris gentium* solo es posible bajo la orientación y dirección de un organismo centralizado como la Comisión de Derecho Internacional, actuando con la plena cooperación de los gobiernos”).

⁴⁸ Véase también H.W. Briggs, “Official Interest in the Work of the International Law Commission: Replies of Governments to Requests for Information or Comment”, 48 *American Journal of International Law* (1954), págs. 603, 605 y 612 (en que hace referencia a un documento presentado por los Estados Unidos de América en respuesta a la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados cuando se señala que “cabe lamentar que el documento aún no haya sido publicado por los Estados Unidos o como documento de las Naciones Unidas”, y se añade, en términos más generales, con respecto a las respuestas de los gobiernos a las solicitudes de la Comisión para recibir información que “los profesionales que se dedican al estudio del derecho internacional tienen la desdicha de que, en su mayoría, esos documentos se publican únicamente en forma mimeografiada y están disponibles únicamente durante un período de tiempo limitado. Estos factores ponen de relieve la urgente necesidad de un Anuario Jurídico de las Naciones Unidas en el que se puedan imprimir esos documentos y otros semejantes de modo que se constituya un registro fácilmente accesible y permanente de la evolución contemporánea del derecho internacional”). En ocasiones, las observaciones formuladas por los gobiernos sobre los proyectos de la Comisión han sido publicadas por gobiernos concretos o entidades privadas (por ejemplo, “Comments by Certain Governments on the Provisional Articles Concerning the Regime of the High Seas and the Draft Articles on the

45. Asimismo, el aumento del número de Estados (y de organizaciones internacionales), el volumen mucho mayor de las relaciones internacionales y la multiplicidad de formatos en que se manifiesta la documentación hoy en día plantean importantes dificultades para llevar a cabo una investigación minuciosa sobre la práctica y la *opinio juris* de los Estados. La cantidad de material disponible es abrumadora: incluso hace 30 años, un autor afirmó que “una dificultad que se plantea actualmente es la rica y variada gama de pruebas, que puede resultar agobiante, de compilaciones y prácticas nacionales, y la avalancha casi diaria de resoluciones, recomendaciones y declaraciones de órganos más o menos autorizados y otras fuentes”⁴⁹. Esas dificultades se ven agravadas por la ausencia de un sistema de clasificación común para comparar y contrastar la práctica de los Estados y otras entidades⁵⁰.

46. Además, a pesar de la gran cantidad de materiales de que se dispone en la actualidad, la cobertura de la práctica de los Estados sigue siendo limitada, habida cuenta de que muchos documentos oficiales y otros indicios de la acción gubernamental continúan sin publicarse y, por lo tanto, es imposible acceder a ellos⁵¹. Esto a veces puede responder a una decisión política⁵², pero más

Regime of the Territorial Sea Adopted by the United Nations International Law Commission at its Seventh Session in 1955”, 50 *American Journal of International Law* (1956), págs. 992 a 1049), pero no se ha hecho de forma exhaustiva o sistemática. La Secretaría ya ha comenzado a publicar en el sitio web de la Comisión, en relación con cada tema objeto de examen, no solo los comentarios y observaciones recibidos sobre los textos aprobados en primera lectura por la Comisión, sino también otras respuestas de los gobiernos recibidas a petición de la Comisión durante las deliberaciones sobre el tema.

⁴⁹ R.Y. Jennings, “The Identification of International Law”, en B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), págs. 3 y ss., en especial pág. 5 (en que se refiere en particular a la determinación de la *opinio juris*). Véase también B. Graefrath, “The International Law Commission Tomorrow: Improving Its Organization and Methods of Work”, 85 *American Journal of International Law* (1991), págs. 595 y ss., en especial pág. 606 (“Hoy en día, la práctica de los Estados y las actividades jurídicas se han vuelto extremadamente vastas y técnicas y la información tremendamente voluminosa y dispersa”); Mersky y Pratter, nota 30 *supra*, págs. 30 y ss., en especial pág. 304 (“Lo cierto es que las pruebas documentadas de la práctica de los Estados están dispersas en un material publicado tan vasto como el propio derecho internacional”); R.F. Gaebler, A.A. Shea (eds.), *Sources of State Practice in International Law*, segunda edición revisada (Brill Nijhoff, 2014), pág. 4 (“la exhaustividad de la cobertura parece un objetivo más difícil de alcanzar que nunca”).

⁵⁰ Cabe mencionar en este contexto la excepción que constituye el plan modelo para la clasificación de los documentos relativos a la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional público, aprobado en 1968 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (resolución (68) 17) y modificado en 1997 (recomendación núm. R (97) 11): véase L. Caflisch, “The CAHDI Model Plan for the Classification of Documents Concerning State Practice in the Field of Public International Law”, en Council of Europe (ed.), *The CAHDI Contribution to the Development of Public International Law: Achievements and Future Challenges* (Brill Nijhoff, 2016), págs. 12 a 18.

⁵¹ Véase también M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 47 (1977), págs. 1 y ss., en especial pág. 13 (“Gran parte de la documentación relativa a la práctica de los Estados está oculta en archivos sin publicar. Por consiguiente, jamás se puede demostrar una norma de derecho consuetudinario de forma absoluta, sino solo de manera relativa —únicamente se puede demostrar que la mayoría de la documentación disponible apoya la presunta norma”).

⁵² Véase también Treves, nota 46 *supra*, párr. 79 (“La renuencia a facilitar las manifestaciones de la práctica por parte de varios Estados herméticos, tanto grandes como pequeños, y la selección de los documentos que se dan a conocer, reflejan una decisión política que gravita entre el deseo

frecuentemente se debe al simple hecho de que la publicación de la práctica de los Estados de forma sistemática “requiere recursos considerables y relativamente pocos Estados han logrado mantener la publicación de documentación exhaustiva durante un período prolongado”⁵³.

47. Como se ha escrito:

“En un sistema jurídico que depende tanto del derecho internacional consuetudinario y, por consiguiente, de la práctica de los Estados como prueba de ese derecho, es necesario mejorar los medios para conseguir que esa práctica sea más fácilmente asequible a fin de que prevalezca el estado de derecho en los asuntos internacionales. La Comisión de Derecho Internacional reconoció plenamente la importancia de que la práctica de los Estados estuviera ampliamente disponible y su informe [de 1950] contribuyó en gran medida a la adopción de medidas con ese fin. Sin embargo, en la actualidad, dos circunstancias ponen en peligro la plena consecución de los objetivos fijados en 1950 por la Comisión: la primera es la enorme proliferación de la documentación disponible sobre los numerosos aspectos del derecho internacional y las relaciones internacionales, y la segunda son los costos cada vez más elevados resultantes de la acumulación, el almacenamiento y la distribución de ese material. Si a esto se añaden los efectos, en los últimos años, de los avances revolucionarios de la tecnología de la información mundial, convendría prestar de nuevo atención al tema examinado en el informe de la Comisión de 1950”⁵⁴.

48. Sin duda, puede resultar útil que la Comisión examine una vez más los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, después de más de 65 años, teniendo en cuenta los importantes cambios que se han producido en este contexto desde 1949 y 1950; podría ayudar a quienes intentan determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario. Varios Estados que hicieron uso de la palabra en la Sexta Comisión en 2015 ya han manifestado su apoyo a esa labor.

49. El Relator Especial acogería con beneplácito las reflexiones de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional sobre la cuestión de si debería volver a tratarse el asunto y, en caso afirmativo, de qué manera. En todo caso, como medida

de evitar las críticas y encontrar mayor facilidad para contradecir la práctica anterior, por un lado, y el deseo de ejercer liderazgo e influir en el proceso consuetudinario, por otra”).

⁵³ M. Wood, O. Sender, “State Practice”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2014), párr. 30. Véase también L. Ferrari Bravo, “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats”, 192 *Recueil des Cours* (1985), pág. 310; S. Sur, “Sources du droit international – La coutume”, 118 *Juris Classeur du Droit international* (fascículo 13) (1989), párr. 57. En sentido contrario, véase Treves, nota 46 *supra*, párr. 78 (“Se ha observado que las colecciones de la práctica de los Estados ofrecen un punto de vista poco equilibrado, puesto que se refieren a la práctica de un grupo relativamente pequeño constituido por las principales potencias. Si bien hay parte de verdad en esta observación, también debe destacarse que las principales potencias entablan relaciones con la mayoría de los demás Estados, de modo que la práctica de casi todos los Estados, al menos en parte, queda reflejada en esas colecciones. Además, en los últimos tiempos han empezado a aparecer varias colecciones y estudios de la práctica de Estados más pequeños y del tercer mundo”).

⁵⁴ A. Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, vol. III (Oxford University Press, 1999), pág. 2106. También Briggs ha sugerido que “como indica la versión francesa del artículo 24, la Comisión de Derecho Internacional no se limita a elaborar un solo informe en este ámbito”: Briggs, nota 34 *supra*, pág. 206.

inicial, el Relator Especial sugiere que se solicite a la Secretaría que proporcione una reseña de la documentación de que se dispone a día de hoy mediante la actualización del estudio general de recopilaciones y compendios de la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario que formaba parte de su memorando de 1949, y que incluya, si procede, sus recomendaciones⁵⁵.

V. Programa de trabajo futuro

50. Se propone que la labor de la Comisión sobre el presente tema dé como resultado tres elementos, a saber, un conjunto de conclusiones con comentarios, un nuevo examen de los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario y una bibliografía.

51. Si la Comisión consigue ultimar la primera lectura del proyecto de conclusiones con comentarios en su 68º período de sesiones (2016), la segunda lectura podría tener lugar en 2018. Tras el 68º período de sesiones, los Estados (y otras entidades, incluidas las organizaciones internacionales) tendrían tiempo suficiente para examinar el proyecto aprobado en primera lectura y formular observaciones al respecto. Se debería invitar a los Estados y a las organizaciones internacionales a que enviaran a la Comisión sus observaciones por escrito sobre el proyecto de conclusiones con comentarios a más tardar el 31 de enero de 2018. Se espera que los Estados también formulen sus observaciones iniciales durante el debate de la Sexta Comisión en 2016.

52. La cuestión de los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario podría seguir examinándose en el período comprendido entre el final del 68º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y su período de sesiones de 2018 con miras a perfeccionar el documento final sobre este asunto. Esto podría hacerse teniendo en cuenta un memorando de la Secretaría, propuesto en el párrafo 49 *supra*, así como las sugerencias aportadas por los Estados, las organizaciones internacionales pertinentes, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones académicas.

53. El Relator Especial está preparando un proyecto de bibliografía sobre el tema, que, en un principio, se distribuirá entre los miembros de la Comisión de Derecho Internacional de manera oficiosa en el 68º período de sesiones. Se propone que, una vez que haya sido modificado tomando en consideración las sugerencias que puedan formular los miembros, el proyecto de bibliografía se distribuirá como anexo del presente informe. A continuación, se revisará antes de 2018 para velar por que esté actualizado, tenga carácter representativo y sea fácil de usar. Esa labor se llevará a cabo teniendo en cuenta las sugerencias de los miembros de la Comisión, los Estados, las organizaciones internacionales, las instituciones académicas y otras entidades.

⁵⁵ Probablemente sigue siendo cierto, al igual que en 1950, que “el papel de la Comisión debe [...] limitarse inevitablemente a fijar la dirección. La labor efectiva [de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario] deben llevarla a cabo los gobiernos, la Secretaría y los particulares, ya sea de manera independiente o conjuntamente. Y sin la cooperación de los gobiernos, al menos permitiendo el acceso a sus archivos, relativamente poco puede lograrse”: C Parry, “[Review:] Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory Work within the purview of Article 24 of the Statute of the International Law Commission (Memorandum submitted by the Secretary-General)”, 3 *International Law Quarterly* (1950), págs. 462 y 463.

Anexo

Modificaciones propuestas al proyecto de conclusiones

Las palabras que se sugiere suprimir aparecen tachadas y las palabras que se sugiere añadir aparecen en negrita.

Proyecto de conclusión 3

Valoración de la prueba respecto a los dos elementos

[...]

2. Cada **uno de los dos** elementos se ha de determinar por separado. Ello requiere una valoración de la prueba respecto de cada elemento.

Proyecto de conclusión 4

Requisito de la práctica

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

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

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

Proyecto de conclusión 6

Formas de práctica

[...]

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

[...]

Proyecto de conclusión 9

Requisito de la aceptación como derecho (opinio juris)

1. El requisito, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho (*opinio juris*) significa que la práctica en cuestión debe ~~observarse con el~~ **ir acompañada del** convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o de un derecho.

[...]

Proyecto de conclusión 12

Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

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

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

[...]
