A/76/10

Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

72º período de sesiones
(26 de abril a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2021)

Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo sexto período de sesiones
Suplemento núm. 10 (A/76/10)

Se ruega reciclar

A/76/10

Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo sexto período de sesiones
Suplemento núm. 10

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

72º período de sesiones
(26 de abril a 4 de junio y 5 de julio
a 6 de agosto de 2021)

Naciones Unidas ● Nueva York, 2021

Nota

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

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

En la segunda parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2021*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ISSN:

Índice

Capítulo		*Página*
I.	Introducción	1
II.	Resumen de la labor de la Comisión en su 72º período de sesiones	5
III.	Cuestiones específicas sobre las cuales los comentarios serían de particular interés para la Comisión	7
IV.	Protección de la atmósfera	9
V.	Aplicación provisional de los tratados	56
VI.	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	101
VII.	La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado	145
VIII.	Principios generales del derecho	163
IX.	La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional	179
X.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	195
Anexo		
	Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional	203

Índice

Capítulo *Página*

I. Introducción ... 1
A. Miembros ... 1
B. Vacante imprevista ... 2
C. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada ... 2
D. Comité de Redacción ... 2
E. Grupos de trabajo y grupo de estudio ... 3
F. Secretaría ... 4
G. Programa ... 4
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 72º período de sesiones ... 5
III. Cuestiones específicas sobre las cuales los comentarios serían de particular interés para la Comisión ... 7
A. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado ... 7
B. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional ... 7
IV. Protección de la atmósfera ... 9
A. Introducción ... 9
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ... 9
C. Recomendación de la Comisión ... 10
D. Agradecimiento al Relator Especial ... 10
E. Texto del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera ... 10
1. Texto del proyecto de directrices, con el preámbulo ... 10
2. Texto del proyecto de directrices con sus comentarios ... 13
Comentario general ... 13
Preámbulo ... 14
Comentario ... 14
Directriz 1 Términos empleados ... 20
Comentario ... 21
Directriz 2 Ámbito de aplicación ... 25
Comentario ... 25
Directriz 3 Obligación de proteger la atmósfera ... 27
Comentario ... 27
Directriz 4 Evaluación del impacto ambiental ... 30
Comentario ... 30
Directriz 5 Utilización sostenible de la atmósfera ... 32
Comentario ... 32
Directriz 6 Utilización equitativa y razonable de la atmósfera ... 34
Comentario ... 34
Directriz 7 Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera ... 35
Comentario ... 35

Directriz 8 Cooperación internacional 37
Comentario 37
Directriz 9 Interrelación entre las normas pertinentes 41
Comentario 41
Directriz 10 Aplicación 49
Comentario 49
Directriz 11 Cumplimiento 51
Comentario 51
Directriz 12 Arreglo de controversias 53
Comentario 53
V. Aplicación provisional de los tratados 56
A. Introducción 56
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 56
C. Recomendación de la Comisión 57
D. Agradecimiento al Relator Especial 57
E. Texto de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados 57
1. Texto del proyecto de directrices y el proyecto de anexo que integran la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados 57
2. Texto de los proyectos de directriz de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, con sus comentarios 73
Comentario general 74
Directriz 1 Ámbito de aplicación 76
Comentario 76
Directriz 2 Objeto 77
Comentario 77
Directriz 3 Regla general 77
Comentario 77
Directriz 4 Forma del acuerdo 80
Comentario 80
Directriz 5 Comienzo 82
Comentario 83
Directriz 6 Efectos jurídicos 83
Comentario 83
Directriz 7 Reservas 85
Comentario 85
Directriz 8 Responsabilidad en caso de violación 86
Comentario 86
Directriz 9 Terminación 86
Comentario 87

Directriz 10 Derecho interno de los Estados, reglas de las organizaciones internacionales y observancia de los tratados aplicados provisionalmente 89

Comentario 90

Directriz 11 Disposiciones del derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados 91

Comentario 91

Directriz 12 Acuerdo relativo a la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales 92

Comentario 92

Anexo del capítulo V 93

Bibliografía seleccionada sobre la aplicación provisional de los tratados 93

VI. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado 101

A. Introducción 101

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 102

1. Presentación del octavo informe por la Relatora Especial 102

2. Resumen del debate 106

3. Observaciones finales de la Relatora Especial 111

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento 114

1. Texto de los proyectos de artículo 114

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones 118

Artículo 8 *ante* Aplicación de la cuarta parte 118

Comentario 118

Artículo 8 Consideración de la inmunidad por el Estado del foro 120

Comentario 120

Artículo 9 Notificación al Estado del funcionario 124

Comentario 125

Artículo 10 Invocación de la inmunidad 130

Comentario 131

Artículo 11 Renuncia a la inmunidad 134

Comentario 134

Artículo 12 [13] Solicitudes de información 141

Comentario 141

VII. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado 145

A. Introducción 145

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 146

1. Presentación del cuarto informe por el Relator Especial 148

2. Resumen del debate 150

3. Observaciones finales del Relator Especial 154
C. Texto de los proyectos de artículo sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión 157
1. Texto de los proyectos de artículo 157
2. Texto de los proyectos de artículo, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones 158
Artículo 7 Hechos que tengan carácter continuado 158
Comentario 159
Artículo 8 Atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole 160
Comentario 160
Artículo 9 Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo 160
Comentario 161
VIII. Principios generales del derecho 163
A. Introducción 163
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 163
1. Presentación del segundo informe por el Relator Especial 164
2. Resumen del debate 167
3. Observaciones finales del Relator Especial 172
C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los principios generales del derecho aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones 175
1. Texto de los proyectos de conclusión 175
2. Texto de los proyectos de conclusión, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones 175
Conclusión 1 Ámbito 175
Comentario 175
Conclusión 2 Reconocimiento 176
Comentario 176
Conclusión 4 Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales 177
Comentario 177
IX. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional 179
A. Introducción 179
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 180
X. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión 195
A. Reuniones conmemorativas especiales 195
B. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación 195
1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo 195
2. Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión 196

3. Examen de las resoluciones de la Asamblea General 74/191, de 18 de diciembre de 2019, y 75/141, de 15 de diciembre de 2020, relativas al estado de derecho en los planos nacional e internacional 196
4. Formato híbrido del actual período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional 197
5. Honorarios 198
6. Documentación y publicaciones 199
7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 200
8. Asistencia de la División de Codificación 200
9. Sitios web 200
10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas 201

C. Fecha y lugar de celebración del 73er período de sesiones de la Comisión 201

D. Recursos presupuestarios para la celebración de los futuros períodos de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional 201

E. Cooperación con otros órganos 201

F. Representación en el septuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General 202

G. Seminario de Derecho Internacional 202

Anexo

Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional 203

Capítulo I
Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró, en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, la primera parte de su 72º período de sesiones del 26 de abril al 4 de junio de 2021 y la segunda parte del 5 de julio al 6 de agosto de 2021. Ambas partes se celebraron en formato híbrido (presencial y virtualmente). Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Pavel Šturma, Presidente de la Comisión en su 71er período de sesiones.

A. Miembros

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Carlos J. Argüello Gómez (Nicaragua)

Sr. Bogdan Aurescu (Rumania)

Sr. Yacouba Cissé (Côte d'Ivoire)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sr. Mathias Forteau (Francia)

Sra. Patrícia Galvão Teles (Portugal)

Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (México)

Sr. Claudio Grossman Guiloff (Chile)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (China)

Sr. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leona)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sra. Marja Lehto (Finlandia)

Sr. Shinya Murase (Japón)

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

Sr. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)

Sra. Nilüfer Oral (Turquía)

Sr. Hassan Ouazzani Chahdi (Marruecos)

Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

Sr. Chris Maina Peter (República Unida de Tanzanía)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Aniruddha Rajput (India)

Sr. August Reinisch (Austria)

Sr. Juan José Ruda Santolaria (Perú)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Pavel Šturma (República Checa)

Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)

Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)

Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Ecuador)

Sr. Amos S. Wako (Kenya)

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

Sr. Evgeny Zagaynov (Federación de Rusia)

B. Vacante imprevista

3. En su 3511ª sesión, celebrada el 29 de abril de 2021, la Comisión eligió al Sr. Mathias Forteau (Francia) para cubrir la vacante imprevista creada por la dimisión del Sr. Georg Nolte, que había sido elegido para formar parte de la Corte Internacional de Justicia.

C. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

4. En su 3508ª sesión, celebrada el 26 de abril de 2021, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente:	Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)
Vicepresidente Primero:	Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)
Vicepresidente Segundo:	Sr. Evgeny Zagaynov (Federación de Rusia)
Presidenta del Comité de Redacción:	Sra. Patrícia Galvão Teles (Portugal)
Relator:	Sr. Juan José Ruda Santolaria (Perú)

5. La Mesa ampliada de la Comisión estaba integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los Presidentes anteriores de la Comisión[1], los Relatores Especiales[2] y los Copresidentes del Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional[3].

6. El 29 de abril de 2021 se constituyó el Grupo de Planificación, integrado por los siguientes miembros: Sr. Dire D. Tladi (Presidente), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Ahmed Laraba, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Juan José Ruda Santolaria *(ex officio)*.

D. Comité de Redacción

7. En sus sesiones 3508ª, 3515ª, 3522ª, 3537ª y 3546ª, celebradas los días 26 de abril, 4 y 14 de mayo y 12 y 21 de julio de 2021, la Comisión estableció un Comité de Redacción integrado por los siguientes miembros para los temas que se indican a continuación:

a) *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado:* Sra. Patrícia Galvão Teles (Presidenta), Sra. Concepción Escobar Hernández (Relatora Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sr. Mathias Forteau, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput,

[1] Sr. Ernest Petrič, Sr. Pavel Šturma y Sr. Eduardo Valencia-Ospina.

[2] Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi y Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez.

[3] Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sra. Nilüfer Oral y Sr. Juan José Ruda Santolaria.

Sr. August Reinisch, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Juan José Ruda Santolaria *(ex officio)*;

b) *Protección de la atmósfera:* Sra. Patrícia Galvão Teles (Presidenta), Sr. Shinya Murase (Relator Especial), Sr. Yacouba Cissé, Sr. Mathias Forteau, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Juan José Ruda Santolaria *(ex officio)*;

c) *Aplicación provisional de los tratados:* Sra. Patrícia Galvão Teles (Presidenta), Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (Relator Especial), Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. Pavel Šturma, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Juan José Ruda Santolaria *(ex officio)*;

d) *Sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado:* Sra. Patrícia Galvão Teles (Presidenta), Sr. Pavel Šturma (Relator Especial), Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Juan José Ruda Santolaria *(ex officio)*;

e) *Principios generales del derecho:* Sra. Patrícia Galvão Teles (Presidenta), Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Juan José Ruda Santolaria *(ex officio)*.

8. El Comité de Redacción celebró un total de 37 sesiones sobre los cinco temas indicados.

E. Grupos de trabajo y grupo de estudio

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

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

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

10. En su 3529ª sesión, celebrada el 27 de mayo 2021, la Comisión estableció un Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional, integrado por los siguientes miembros: Sr. Bogdan Aurescu (Copresidente en el actual período de sesiones), Sr. Yacouba Cissé (Copresidente), Sra. Patrícia Galvão Teles (Copresidenta), Sra. Nilüfer Oral (Copresidenta en el actual período de sesiones), Sr. Juan José Ruda Santolaria (Copresidente), Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Ahmed Laraba, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Evgeny Zagaynov.

F. Secretaría

11. El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. Huw Llewellyn, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. La Sra. Jessica Elbaz y el Sr. Arnold Pronto, Oficiales Jurídicos Principales, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares Principales de la Comisión. El Sr. Trevor Chimimba, Oficial Jurídico Superior, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Superior de la Comisión. La Sra. Christiane Ahlborn, el Sr. Carlos Ivan Fuentes, la Sra. Patricia Georget y la Sra. Carla Hoe, Oficiales Jurídicos, y la Sra. Rina Kuusipalo y el Sr. Douglas Pivnichny, Oficiales Jurídicos Adjuntos, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares de la Comisión.

G. Programa

12. La Comisión aprobó el programa de su 72º período de sesiones, que incluía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Provisión de vacantes imprevistas.
3. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
4. Aplicación provisional de los tratados.
5. Protección de la atmósfera.
6. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado.
7. Principios generales del derecho.
8. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional.
9. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.
10. Fecha y lugar de celebración del 73er período de sesiones.
11. Cooperación con otros órganos.
12. Otros asuntos.

Capítulo II
Resumen de la labor de la Comisión en su 72º período de sesiones

13. En relación con el tema **"Protección de la atmósfera"**, la Comisión tuvo ante sí el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/736), así como los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos y las organizaciones internacionales (A/CN.4/735). En el informe se examinaban dichos comentarios y observaciones sobre el proyecto de preámbulo y los proyectos de directriz aprobados en primera lectura, y se formulaban recomendaciones respecto de cada proyecto de directriz, así como una propuesta de recomendación a la Asamblea General.

14. La Comisión aprobó, en segunda lectura, la totalidad del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, integrado por 1 proyecto de preámbulo y 12 proyectos de directriz, con sus comentarios. La Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar a la Asamblea General que: a) tomara nota en una resolución del proyecto de preámbulo y de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, adjuntara el proyecto de directrices a la resolución y velara por que se le diera la máxima difusión posible; y b) recomendara el proyecto de preámbulo y los proyectos de directriz, con sus comentarios, a la atención de los Estados, las organizaciones y todos cuantos pudieran estar llamados a ocuparse del tema (cap. IV).

15. En cuanto al tema **"Aplicación provisional de los tratados"**, la Comisión tuvo ante sí el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/738), así como los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos y las organizaciones internacionales (A/CN.4/737). En el informe se examinaban dichos comentarios y observaciones sobre el proyecto de Guía, aprobado en primera lectura, y sobre varios proyectos de cláusula modelo, propuestos por el Relator Especial a la Comisión en su 71er período de sesiones (2019). También contenía propuestas del Relator Especial para su examen en segunda lectura, a la luz de los comentarios y observaciones recibidos, así como una propuesta de recomendación a la Asamblea General.

16. La Comisión aprobó en segunda lectura la totalidad de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, integrada por 12 proyectos de directriz y 1 proyecto de anexo con ejemplos de disposiciones sobre la aplicación provisional de los tratados, con sus comentarios. De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión recomendó a la Asamblea General que tomara nota de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados y alentara a que se le diera la máxima difusión posible, que recomendara la Guía, con sus comentarios, a los Estados y las organizaciones internacionales, y que pidiera al Secretario General que preparara un volumen de la *United Nations Legislative Series* en el que se recopilara la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales en materia de aplicación provisional de los tratados, proporcionada por estos a lo largo de los años, junto con otra documentación pertinente para el tema (cap. V).

17. Con respecto al tema **"Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado"**, la Comisión tuvo ante sí el octavo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/739), en el que se examinaban: la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales; un mecanismo de solución de controversias entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; y la cuestión de buenas prácticas que podrían facilitar la solución de los problemas que surgen en la práctica en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. Además, se presentaban propuestas para los proyectos de artículo 17 y 18. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 17 y 18, teniendo en cuenta el debate y las propuestas formuladas en el pleno. La Comisión recibió y aprobó los informes del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 y 12, y aprobó provisionalmente esos proyectos de artículo con sus comentarios (cap. VI).

18. En cuanto al tema **"La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado"**, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/743), en el que se abordaban cuestiones relacionadas con los efectos de la sucesión de Estados en las

formas de responsabilidad, en particular las diferentes formas de reparación, la obligación de cesación y las seguridades y garantías de no repetición. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 7 *bis*, 16, 17, 18 y 19, que figuraban en el cuarto informe del Relator Especial, teniendo en cuenta las observaciones formuladas en el pleno. La Comisión aprobó, con carácter provisional, los proyectos de artículo 7, 8 y 9, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 71er período de sesiones, con sus comentarios. Además, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 10, 10 *bis* y 11, aprobados provisionalmente por el Comité en el período de sesiones en curso, que fueron presentados a la Comisión a título informativo únicamente (cap. VII).

19. Por lo que se refiere al tema **"Principios generales del derecho"**, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/741 y Corr.1), en el que se examinaba la identificación de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *c*), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 4, 5, 6, 7, 8 y 9, que figuraban en el segundo informe, teniendo en cuenta las observaciones formuladas en sesión plenaria. La Comisión recibió y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de conclusión 1, 2 y 4, que aprobó provisionalmente con sus comentarios. Además, la Comisión tomó nota del proyecto de conclusión 5, que también figuraba en el informe del Comité de Redacción (cap. VIII).

20. Con respecto al tema **"La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional"**, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. El Grupo de Estudio tuvo ante sí el primer documento temático (A/CN.4/740 y Corr.1 y Add.1) sobre cuestiones relativas al derecho del mar, preparado por dos de los Copresidentes del Grupo de Estudio, el Sr. Bogdan Aurescu y la Sra. Nilüfer Oral, así como documentos con información complementaria y observaciones presentados por los miembros. Durante la primera parte del período de sesiones, el Grupo de Estudio celebró, a lo largo de cinco reuniones, un debate a modo de sesión plenaria sobre las diversas cuestiones tratadas en el primer documento temático. Posteriormente, el Grupo de Estudio entabló un debate interactivo, que tuvo lugar en otras tres reuniones celebradas durante la segunda parte del período de sesiones, sobre la base, entre otras cosas, de una serie de preguntas orientativas preparadas por los Copresidentes. A continuación, los Copresidentes informaron al pleno de la Comisión sobre la labor del Grupo de Estudio (cap. IX).

21. En relación con **"Otras decisiones y conclusiones de la Comisión"**, la Comisión volvió a constituir un Grupo de Planificación para que examinara el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo, el cual, a su vez, decidió constituir de nuevo el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, presidido por el Sr. Mahmoud D. Hmoud, y el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo, presidido por el Sr. Hussein A. Hassouna (cap. X, secc. B). La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema **"Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional"** (cap. X, secc. B, y anexo).

22. La Magistrada Joan E. Donoghue, Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, se dirigió a la Comisión, por videoconferencia, el 22 de julio de 2021. Lamentablemente, a causa de la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19), la Comisión no pudo mantener sus tradicionales intercambios de información con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, y el Comité Jurídico Interamericano. No obstante, el 15 de julio de 2021 pudo tener un intercambio informal de opiniones con el Comité Internacional de la Cruz Roja (cap. X, secc. E).

23. La Comisión decidió que su 73er período de sesiones se celebrara en Ginebra del 18 de abril al 3 de junio y del 4 de julio al 5 de agosto de 2022 (cap. X, secc. C).

Capítulo III
Cuestiones específicas sobre las cuales los comentarios serían de particular interés para la Comisión

24. La Comisión considera que sigue siendo relevante la solicitud de información que figura en el capítulo III del informe sobre su 71er período de sesiones (2019) sobre los temas "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado" y "Principios generales del derecho"[4], y agradecería cualquier información adicional.

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

25. La Comisión agradecería que los Estados le facilitaran información, antes del 31 de diciembre de 2021, sobre su práctica relevante en lo que se refiere a la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado. En particular, agradecería que le proporcionasen ejemplos pertinentes para el tema de:

a) tratados, incluidos acuerdos de indemnización global y otros acuerdos multilaterales y bilaterales pertinentes;

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

c) decisiones de cortes y tribunales nacionales, regionales y subregionales.

B. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional

26. En el 73er período de sesiones (2022), el Grupo de Estudio se centrará en los subtemas de la elevación del nivel del mar en relación con la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. En ese sentido, la Comisión agradecería toda la información que los Estados, las organizaciones internacionales pertinentes y el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja pudieran proporcionarle, antes del 31 de diciembre de 2021, sobre su práctica y otros datos pertinentes acerca de la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional, incluida información sobre:

a) práctica relativa a la construcción de islas artificiales o a medidas para reforzar las líneas de costa, siempre con el fin de tener en cuenta la elevación del nivel del mar;

b) casos de cesión o asignación de territorio, con o sin traspaso de soberanía, para el asentamiento de personas originarias de otros Estados, en particular de pequeños Estados insulares en desarrollo, afectados por la elevación del nivel del mar;

c) legislación, políticas y estrategias regionales y nacionales, según corresponda, relativas a la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

d) práctica, datos y experiencia de las organizaciones internacionales pertinentes y del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en relación con la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

e) medidas adoptadas por terceros Estados en relación con pequeños Estados insulares en desarrollo, en particular aquellos afectados por la elevación del nivel del mar, como por ejemplo: i) el establecimiento de modalidades de cooperación o asociación con esos Estados, incluida la posibilidad de que haya personas que viajen a esos terceros Estados, así como de que establezcan su residencia y desarrollen actividades profesionales en ellos; ii) el mantenimiento de la nacionalidad de origen y/o el acceso a la nacionalidad o la

[4] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 29 y 30, respectivamente.

ciudadanía del tercer Estado, y iii) la conservación de la identidad cultural de esas personas o grupos.

27. Por lo que respecta al subtema de la elevación del nivel del mar en relación con el derecho del mar, la Comisión también agradecería que los Estados, además de los comentarios sobre las cuestiones específicas solicitados en el capítulo III del informe de su 71er período de sesiones (2019)[5], le hicieran llegar, antes del 30 de junio de 2022:

a) ejemplos de práctica relativa a la actualización, y frecuencia de esta, de la legislación nacional que regula las líneas de base que se utilizan para medir la anchura de las zonas marítimas; así como de práctica relativa a la frecuencia con que se actualizan las notificaciones de zonas marítimas nacionales depositadas ante el Secretario General de las Naciones Unidas;

b) ejemplos de práctica relativa a la actualización, y frecuencia de esta, de las cartas sobre las que se trazan las líneas de base y los límites exteriores de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, así como listas de coordenadas geográficas elaboradas con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o de la legislación nacional, incluidas las que se depositan ante el Secretario General de las Naciones Unidas y reciben la publicidad debida; y ejemplos de práctica relativa a la actualización, y frecuencia de esta, de las cartas de navegación, entre otras cosas para hacer constar cambios de los contornos físicos de las zonas de costa;

c) ejemplos de consideración o modificación de tratados de fronteras marítimas debido a la elevación del nivel del mar;

d) información sobre la magnitud de la regresión, real o prevista, de la costa debido a la elevación del nivel del mar, incluido el posible impacto en los puntos de base y las líneas de base que se utilizan para medir el mar territorial; así como

e) información sobre actividades en curso o previstas relativas a medidas de adaptación de la costa en relación con la elevación del nivel del mar, incluida la conservación de los puntos de base y las líneas de base.

28. La Comisión agradecería que se le facilitaran información y ejemplos de práctica estatal de ese tipo, así como cualesquiera otros ejemplos de práctica estatal e información pertinentes para el tema, de todas las regiones y subregiones del mundo, y en particular de Estados de regiones y subregiones de las que, hasta la fecha, no ha recibido información o esta ha sido escasa.

[5] *Ibid.*, párr. 32.

Capítulo IV
Protección de la atmósfera

A. Introducción

29. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Protección de la atmósfera", con sujeción a un entendimiento, y nombró Relator Especial al Sr. Shinya Murase[6].

30. La Comisión examinó el primer informe del Relator Especial en su 66º período de sesiones (2014); el segundo informe, en su 67º período de sesiones (2015); el tercer informe, en su 68º período de sesiones (2016); el cuarto informe, en su 69º período de sesiones (2017), y el quinto informe, en su 70º período de sesiones (2018)[7]. En su 70º período de sesiones, sobre la base de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en los informes segundo, tercero, cuarto y quinto, la Comisión aprobó provisionalmente 12 proyectos de directriz y 1 preámbulo, con sus comentarios, en primera lectura[8].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

31. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/736), así como los comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos y organizaciones internacionales (A/CN.4/735). En su informe, el Relator Especial examinó los comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos y organizaciones internacionales sobre el proyecto de preámbulo y de directrices aprobado en primera lectura. Presentó propuestas para su consideración en segunda lectura, a la luz de los comentarios y observaciones recibidos, y propuso que se hiciera una recomendación a la Asamblea General.

32. La Comisión examinó el sexto informe del Relator Especial en sus sesiones 3508ª a 3510ª y 3512ª a 3515ª, celebradas del 26 al 28 de abril y los días 30 de abril y 3 y 4 de mayo de 2021.

---

[6] En su 3197ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2013 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 168). La Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo, en el entendimiento de que: "a) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad *(liability)* de los Estados y sus nacionales, el principio de 'quien contamina, paga', el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual; b) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de 'llenar' lagunas en los regímenes convencionales; c) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formarán parte del tema; d) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos. Los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento". La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 68/112, de 16 de diciembre de 2013, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 63er período de sesiones (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 365), de acuerdo con la propuesta que figura en el anexo II del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones (*ibid*., pág. 209).

[7] A/CN.4/667, A/CN.4/681 y Corr.1 (en chino únicamente), A/CN.4/692, A/CN.4/705 y Corr.1, y A/CN.4/711, respectivamente.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/70/10), párrs. 53 y 54; *ibid*., *septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 95 y 96; *ibid*., *septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 66 y 67, e *ibid*., *septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párrs. 77 y 78.

33. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3515ª sesión, celebrada el 4 de mayo de 2021, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1 a 12, con el preámbulo, que figuraban en el sexto informe del Relator Especial, teniendo en cuenta el debate en la Comisión.

34. En su 3529ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2021, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.951) y aprobó el proyecto de directrices, con el preámbulo, sobre la protección de la atmósfera en segunda lectura (véase la sección E.1, *infra*).

35. En sus sesiones 3549ª a 3554ª, celebradas del 26 al 29 de julio de 2021, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de directrices y el preámbulo (véase la sección E.2, *infra*).

36. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de directrices, con el preámbulo, junto con la recomendación que figura a continuación (véase la sección C *infra*).

C. Recomendación de la Comisión

37. En su 3554ª sesión, celebrada el 29 de julio de 2021, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar que la Asamblea General:

a) tomara nota en una resolución del proyecto de preámbulo y de directrices sobre la protección de la atmósfera, adjuntara el proyecto de directrices a la resolución y velara por que tuviera la máxima difusión posible;

b) señalara el proyecto de preámbulo y de directrices, con sus comentarios, a la atención de los Estados, las organizaciones y todos cuantos pudieran estar llamados a ocuparse del tema.

D. Agradecimiento al Relator Especial

38. En su 3554ª sesión, celebrada el 29 de julio de 2021, la Comisión, tras aprobar el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

"*La Comisión de Derecho Internacional*,

Habiendo aprobado el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera,

Expresa su profundo reconocimiento y su sincera felicitación al Relator Especial, Sr. Shinya Murase, por la extraordinaria contribución realizada, con su inagotable esfuerzo y su concienzuda labor, a la preparación del proyecto de directrices, así como por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera."

E. Texto del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera

1. Texto del proyecto de directrices, con el preámbulo

39. A continuación se reproduce el texto del proyecto de directrices aprobado por la Comisión, en segunda lectura, en su 72º período de sesiones.

Protección de la atmósfera

Preámbulo

Reconociendo que la atmósfera es un recurso natural, con una capacidad de asimilación limitada, esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

Teniendo presente que el transporte y la dispersión de sustancias contaminantes y degradantes se producen en la atmósfera,

Tomando en consideración que la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica son una preocupación común de la humanidad,

Consciente de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo,

Observando la estrecha interacción que existe entre la atmósfera y los océanos,

Observando en particular la especial situación de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido a la elevación del nivel del mar,

Reconociendo que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta,

Recordando que el presente proyecto de directrices se elaboró en el entendimiento de que su propósito no era interferir con negociaciones políticas relevantes ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios que no figuren ya en ellos,

Directriz 1
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) se entiende por “atmósfera” la envoltura de gases que circunda la Tierra;

b) se entiende por “contaminación atmosférica” la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o energía que contribuyan a producir efectos nocivos sensibles que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra;

c) se entiende por “degradación atmosférica” la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra.

Directriz 2
Ámbito de aplicación

1. El presente proyecto de directrices se ocupa de la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de “quien contamina, paga”, el principio de precaución y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.

3. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta al estatus del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional ni a cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación.

Directriz 3
Obligación de proteger la atmósfera

Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

Directriz 4
Evaluación del impacto ambiental

Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control que tengan probabilidades de producir efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica.

Directriz 5
Utilización sostenible de la atmósfera

1. Dado que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible.

2. La utilización sostenible de la atmósfera conlleva la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección de la atmósfera.

Directriz 6
Utilización equitativa y razonable de la atmósfera

La atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo plenamente en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Directriz 7
Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

Las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera deben llevarse a cabo con prudencia y cautela únicamente, y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, incluidas las relativas a la evaluación del impacto ambiental.

Directriz 8
Cooperación internacional

1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, para proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos y técnicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

Directriz 9
Interrelación entre las normas pertinentes

1. Las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos, deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles, acordes con los principios de armonización e integración sistémica, y con miras a evitar conflictos. Ello debe hacerse de conformidad con las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluidos los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y con los principios y normas del derecho internacional consuetudinario.

2. Los Estados, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, deben procurar hacerlo, en la medida de lo posible, de manera armoniosa.

3. Al aplicar los párrafos 1 y 2, debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la

degradación atmosférica. Esos grupos pueden incluir, entre otros, los pueblos indígenas, la población de los países menos adelantados y la población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por la elevación del nivel del mar.

Directriz 10
Aplicación

1. La observancia en el ámbito nacional de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, incluidas las mencionadas en el presente proyecto de directrices, puede adoptar la forma de medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole.

2. Los Estados deben procurar poner en práctica las recomendaciones contenidas en el presente proyecto de directrices.

Directriz 11
Cumplimiento

1. Los Estados han de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, entre otras cosas mediante la observancia de las normas y los procedimientos de los acuerdos pertinentes en que sean parte.

2. Para lograr el cumplimiento, se pueden utilizar procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio, según proceda, de conformidad con los acuerdos pertinentes:

a) los procedimientos de facilitación pueden incluir la prestación de asistencia a los Estados, en caso de incumplimiento, de manera transparente, no contenciosa y no punitiva para velar por que los Estados en cuestión cumplan las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional, teniendo en cuenta su capacidad y sus condiciones especiales;

b) los procedimientos para el cumplimiento obligatorio pueden incluir las advertencias en caso de incumplimiento, la suspensión de los derechos y privilegios previstos en los acuerdos pertinentes, así como otro tipo de medidas para el cumplimiento obligatorio.

Directriz 12
Arreglo de controversias

1. Las controversias entre Estados relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica han de resolverse por medios pacíficos.

2. Habida cuenta de que esas controversias pueden conllevar numerosas cuestiones fácticas y de verificación científica, debe darse la consideración debida al recurso a expertos científicos y técnicos.

2. Texto del proyecto de directrices con sus comentarios

40. El texto de proyecto de directrices con sus comentarios, aprobado por la Comisión en segunda lectura, figura a continuación.

Protección de la atmósfera

Comentario general

1) Como ocurre siempre con los trabajos de la Comisión, el proyecto de directrices ha de leerse con sus comentarios.

2) La Comisión reconoce la importancia de prestar toda su atención a las necesidades actuales de la comunidad internacional. Se reconoce que tanto el entorno humano como el natural pueden sufrir efectos perjudiciales de resultas de algunos cambios en el estado de la atmósfera, principalmente causados por la introducción de sustancias nocivas o energía que provocan la contaminación atmosférica transfronteriza, la disminución del ozono y cambios en las condiciones atmosféricas que dan lugar al cambio climático. La Comisión, mediante el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, se propone elaborar directrices que puedan ayudar a la comunidad internacional al abordar cuestiones esenciales relativas a la protección transfronteriza y mundial de la atmósfera. Al hacerlo, la Comisión, con arreglo al entendimiento alcanzado en 2013[9], no pretende interferir en negociaciones políticas relevantes ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios que no figuren ya en ellos.

Preámbulo

Reconociendo que la atmósfera es un recurso natural, con una capacidad de asimilación limitada, esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

Teniendo presente que el transporte y la dispersión de sustancias contaminantes y degradantes se producen en la atmósfera,

Tomando en consideración que la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica son una preocupación común de la humanidad,

Consciente de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo,

Observando la estrecha interacción que existe entre la atmósfera y los océanos,

Observando en particular la especial situación de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido a la elevación del nivel del mar,

Reconociendo que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta,

Recordando que el presente proyecto de directrices se elaboró en el entendimiento de que su propósito no era interferir con negociaciones políticas relevantes ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios que no figuren ya en ellos,

Comentario

1) El objetivo del preámbulo es ofrecer un marco contextual para el proyecto de directrices. El primer párrafo del preámbulo reconoce, en términos generales, la importancia esencial de la atmósfera para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres. La atmósfera es el mayor recurso natural del planeta y uno de los más importantes. Como recurso natural —junto con los recursos minerales, energéticos e hídricos— la han considerado el Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social[10], la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (en adelante, "Declaración de Estocolmo")"[11] de 1972 y la Carta Mundial de

[9] Véase la nota 6 *supra*.

[10] La inclusión de los "recursos atmosféricos" en "otros recursos naturales" por el antiguo Comité de Recursos Naturales se mencionó por primera vez en el informe del Comité sobre su primer período de sesiones (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, quincuagésimo período de sesiones, suplemento núm. 6* (E/4969-E/C.7/13), sección 4 ("Otros recursos naturales"), párr. 94 d). La labor del Comité (después, el Comité de Energía y Recursos Naturales para el Desarrollo) se transfirió posteriormente a la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible.

[11] "Los recursos naturales de la Tierra, incluido el aire […], deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga" (aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las

la Naturaleza[12] de 1982. La Carta Mundial reconoce que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y de materias nutritivas[13]. La atmósfera proporciona "recursos fluyentes" renovables que son esenciales para la supervivencia de los seres humanos, las plantas y los animales en el planeta, y sirve como medio de transporte y comunicación. Como recurso natural, durante mucho tiempo se consideró que era inagotable y no excluyente. Ese planteamiento ya no se sostiene[14]. Hay que tener en cuenta que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, como también se indica en el proyecto de directriz 5.

2) El segundo párrafo del preámbulo aborda el aspecto funcional de la atmósfera como medio a través del cual se transportan y dispersan sustancias contaminantes y degradantes, lo que conlleva el movimiento de aire a gran escala. El movimiento atmosférico tiene una característica dinámica y fluctuante. Se reconoce que el movimiento transfronterizo a gran distancia de sustancias contaminantes y degradantes es uno de los principales problemas del medio ambiente atmosférico actual[15], y se ha determinado que la región del Ártico es una de las zonas gravemente afectadas por la difusión mundial de contaminantes nocivos[16].

3) El tercer párrafo del preámbulo declara que la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica son una "preocupación común de la humanidad". Esa expresión apareció por primera vez en la resolución 43/53 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1988, sobre la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras, en la que se reconoce que los cambios climáticos constituyen una "preocupación común de la humanidad", dado que el clima es un elemento esencial de la vida en la Tierra. El primer párrafo del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[17] de 1992 reconoce que "los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos

Naciones Unidas, núm. de venta S.73.II.A.14 (A/CONF.48/14/Rev.1 y Corr.1), primera parte, cap. I, principio 2).

[12] "[L]os recursos […] atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua" (Carta Mundial de la Naturaleza, resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo, principios generales, párr. 4).

[13] *Ibid*., segundo párrafo del preámbulo, apartado a).

[14] Véase, por ejemplo, el asunto *Gasolina* de 1996, en el que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) reconocieron que el aire puro era "un recurso natural agotable". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (1996), WT/DS2/AB/R.

[15] Véase el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 2001, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2256, núm. 40214, pág. 119 (en cuyo preámbulo se señala que "los contaminantes orgánicos persistentes […] son transportados por el aire […] a través de las fronteras internacionales y depositados lejos del lugar de su liberación, acumulándose en ecosistemas terrestres y acuáticos"). El Protocolo del Convenio de 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia para Luchar contra la Acidificación, la Eutrofización y el Ozono Troposférico (Gotemburgo, 30 de noviembre de 1999, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2319, pág. 81), modificado en 2012, indica en el tercer párrafo del preámbulo lo siguiente: "Preocupadas […] por el hecho de que los [productos químicos] emitidos […] se transportan a gran distancia a través de la atmósfera y pueden tener efectos transfronterizos perjudiciales". El Convenio de Minamata sobre el Mercurio (Kumamoto (Japón), 10 de octubre de 2013, *ibid*., vol. 3013, núm. 54669 (número de volumen por determinar), cuyo texto puede consultarse en: https://treaties.un.org), reconoce que el mercurio "es un producto químico de preocupación mundial debido a su transporte a larga distancia en la atmósfera" (primer párrafo del preámbulo); véase J. S. Fuglesvedt y otros, "Transport impacts on atmosphere and climate: metrics", *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), págs. 4648 a 4677; D. J. Wuebbles, H. Lei y J.-T. Lin, "Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences", *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), págs. 65 a 84; J.-T. Lin, X.-Z. Liang y D. J. Wuebbles, "Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model", *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008).

[16] Véase T. Koivurova, P. Kankaanpää y A. Stepien, "Innovative environmental protection: lessons from the Arctic", *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), págs. 285 a 311, en especial pág. 297.

[17] Nueva York, 9 de mayo de 1992, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107.

son una *preocupación común de toda la humanidad*" (sin cursiva en el original)[18], lo que se reiteró en el preámbulo del Acuerdo de París de 2015 sobre el cambio climático[19]. Asimismo, otros convenios utilizan esa expresión o formulaciones similares[20]. El enunciado empleado en ese párrafo del preámbulo refleja la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto de que todos pueden verse afectados por la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, como se indica en el proyecto de directrices. Cabe recordar que la expresión se ha utilizado habitualmente en el ámbito del derecho ambiental, aunque la doctrina está dividida en cuanto a su alcance, su contenido y sus consecuencias[21]. Se entiende que la expresión identifica un problema que requiere la cooperación de toda la comunidad internacional, si bien su inclusión no crea, de por sí, derechos y obligaciones ni entraña, en particular, obligaciones *erga omnes* en el contexto del proyecto de directrices.

4) El cuarto párrafo del preámbulo, que se ha incluido atendiendo a consideraciones de equidad, se refiere a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo[22]. La

[18] Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, primer párrafo del preámbulo.

[19] Acuerdo de París (París, 12 de diciembre de 2015), Naciones Unidas, *Treaty Series*, núm. 54113 (número de volumen por determinar), que puede consultarse en: https://treaties.un.org, undécimo párrafo del preámbulo.

[20] Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1790, núm. 30619, pág. 79, tercer párrafo del preámbulo: "interés común de toda la humanidad"); Convención de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (París, 14 de octubre de 1994, *ibid*., vol. 1954, núm. 33480, pág. 3, primer párrafo del preámbulo: "el centro de las preocupaciones"; segundo párrafo del preámbulo: "urgente preocupación de la comunidad internacional"; y cuarto párrafo del preámbulo: "problemas de dimensiones mundiales"); y Convenio de Minamata sobre el Mercurio (primer párrafo del preámbulo: el mercurio como "producto químico de preocupación mundial").

[21] M. Bowman, "Environmental protection and the concept of common concern of mankind", en M. Fitzmaurice, D. M. Ong y P. Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 493 a 518, en especial pág. 501; D. French, "Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?", en M. J. Bowman, P. G. G. Davies y E. J. Goodwin (eds.), *Research Handbook on Biodiversity and Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2016), págs. 334 a 360, en especial pág. 349 y ss.; J. Brunnée, "Common areas, common heritage, and common concern", en D. Bodansky, J. Brunnée y E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), pág. 550 a 573, en especial pág. 565; A. Boyle y C. Redgwell, *International Law and the Environment* (4ª ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2009), págs. 143 a 145; D. Shelton, "Common concern of humanity," *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), págs. 83 a 96; D. Shelton, "Equitable utilization of the atmosphere: rights-based approach to climate change?", en S. Humphreys (ed.), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), págs. 91 a 125; S. Stec, "Humanitarian limits to sovereignty: common concern and common heritage approaches to natural resources and environment", *International Community Law Review*, vol. 12 (2010), págs. 361 a 389; T. Cottier (ed.), *The Prospects of the Common Concern of Humankind in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021).

[22] Uno de los primeros intentos de incorporar ese principio fue la Conferencia de Washington de la Organización Internacional del Trabajo de 1919, en la que delegaciones de Asia y África lograron que se aprobaran normas laborales diferenciadas, tomando como referencia el artículo 405, párrafo 3, del Tratado de Versalles de 1919 (Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, 28 de junio de 1919, *British and Foreign State Papers*, 1919, vol. CXII, Londres, HM Stationery Office, 1922, pág. 1), que se convirtió en el artículo 19, párrafo 3, de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (9 de octubre de 1946, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 229, pág. 35) (los convenios laborales "deberá[n] tener en cuenta" las circunstancias particulares de los países en los que las condiciones de trabajo sean "esencialmente diferentes"). También se incluyó este mismo principio en algunos de los convenios aprobados por la Organización en 1919 y en varios convenios aprobados con posterioridad. Véase I. F. Ayusawa, *International Labor Legislation* (Nueva York, Universidad de Columbia, 1920), cap. VI, págs. 149 y ss. Otro ejemplo es el Sistema Generalizado de Preferencias desarrollado en la década de los setenta por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, mencionado en el proyecto de artículo 23 del proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, que la Comisión aprobó en 1978. Véanse el artículo 23 (Cláusula de la nación más favorecida y trato en virtud de un sistema generalizado de preferencias) y el artículo 30 (Nuevas normas de derecho internacional en favor de los países en desarrollo) del proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más

necesidad de tener especialmente en cuenta a los países en desarrollo en el contexto de la protección del medio ambiente ha encontrado respaldo en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración de Estocolmo de 1972[23], la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (en adelante, "Declaración de Río")[24] y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002[25]. El principio 12 de la Declaración de Estocolmo considera importante actuar "teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo". El principio 6 de la Declaración de Río hace hincapié en "la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental". La Declaración de Johannesburgo expresa la determinación de prestar atención a "las necesidades de desarrollo de los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países menos adelantados"[26]. Ese principio se recoge de manera similar en el artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y en el artículo 2 del Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El enunciado del párrafo del preámbulo está basado en el séptimo párrafo del preámbulo de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997[27].

5) En el quinto párrafo del preámbulo se reconoce la "estrecha interacción" que surge, como cuestión de hecho, de la relación física existente entre la atmósfera y los océanos. Según los científicos, una proporción considerable de la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella proviene de fuentes terrestres, como las actividades antropógenas en tierra[28]. Las investigaciones científicas demuestran que las actividades humanas son también responsables del calentamiento de la Tierra, que provoca un aumento de la temperatura de los océanos y a su vez se traduce en condiciones atmosféricas extremas que pueden causar inundaciones y sequías[29]. La Asamblea General ha confirmado el efecto

favorecida aprobado por la Comisión en su 30º período de sesiones en 1978, *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74; véanse también los párrs. 47 a 72. Véase S. Murase, *Economic Basis of International Law* (Tokio, Yuhikaku, 2001), págs. 109 a 179 (en japonés). Véanse también las excepciones anteriores para los países en desarrollo especificadas en el artículo XVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (Ginebra, 30 de octubre de 1947), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 55, núm. 814, pág. 194.

[23] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (A/CONF.48/14/Rev.1), primera parte, cap. 1. Véase L. B. Sohn, "The Stockholm Declaration on the Human Environment", *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), págs. 423 a 515, en especial págs. 485 a 493.

[24] Aprobada en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992; véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) y Corr.1), resolución I, pág. 3.

[25] *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002* (A/CONF.199/20; publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.03.II.A.1 y corrección), cap. I, resolución 1, anexo.

[26] Declaración de Johannesburgo, párr. 24. Véase también el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, "El futuro que queremos", que figura en el anexo de la resolución 66/288 de la Asamblea General, de 27 de julio de 2012.

[27] Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 49* (A/51/49), vol. III, resolución 51/229, anexo. La Convención entró en vigor el 17 de agosto de 2014.

[28] R. A. Duce y otros, "The atmospheric input of trace species to the world ocean", *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5 (1991), págs. 193 a 259; T. Jickells y C. M. Moore, "The importance of atmospheric deposition for ocean productivity", *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), págs. 481 a 501.

[29] Véase Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), "Cambio Climático 2014: Informe de Síntesis", pág. 4. Debido al aumento de la temperatura de los océanos, muchos análisis científicos indican que existe un riesgo de sequía grave y generalizada en el siglo XXI en muchas zonas de tierras. Véanse Ø. Hov, "Overview: oceans and the atmosphere" y T. Jickells, "Linkages between the oceans and the atmosphere", en "Summary of the informal meeting of the International Law Commission: dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017", párrs. 4 a 12 y 21 a 30, respectivamente. Puede consultarse en: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E.

del cambio climático en los océanos y destacó la importancia de mejorar la comprensión científica de la interfaz entre los océanos y la atmósfera[30]. Aunque no se menciona en el párrafo del preámbulo, también hay interacciones estrechas entre la atmósfera y otras biosferas, así como bosques, lagos y ríos[31].

6) La Primera Evaluación Integrada del Medio Marino a Escala Mundial (Evaluación Mundial de los Océanos I), un estudio general y exhaustivo del estado del medio marino, se refiere a las sustancias que contaminan los océanos a través de la atmósfera desde fuentes terrestres y que inciden en la temperatura de la superficie marina, la elevación del nivel del mar, la acidificación de los océanos, la salinidad, la estratificación, la circulación oceánica, las tormentas y otros fenómenos meteorológicos extremos, así como la radiación ultravioleta y la capa de ozono[32]. La Asamblea General ha seguido insistiendo en la urgencia de hacer frente a los efectos de la degradación atmosférica, como el aumento de las temperaturas mundiales, la elevación del nivel del mar, la acidificación de los océanos y otras repercusiones del cambio climático que están afectando gravemente a las zonas costeras y los países con zonas costeras bajas, incluidos muchos países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo, y amenazando la supervivencia de muchas sociedades[33]. Entre otras actividades humanas que tienen un impacto en los océanos se encuentran las emisiones de gases de efecto invernadero de los buques, que contribuyen al calentamiento global y al cambio climático, incluidas las emisiones de gases de escape, las emisiones de la carga, las emisiones de refrigerantes y otras emisiones[34].

7) El sexto párrafo del preámbulo se refiere a uno de los efectos más profundos de la degradación atmosférica para todos los Estados: la elevación del nivel del mar causada por el calentamiento de la Tierra. Destaca en particular la situación especial de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido a la elevación del nivel del mar. En el Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) se calcula que es probable que la media mundial de la elevación del nivel del mar sea de entre 26 cm y 98 cm en el año 2100[35]. Si bien las cifras y los niveles de variación exactos son aún inciertos, en el informe se afirma que es “prácticamente seguro” que el nivel del mar seguirá subiendo en el siglo XXI y en los siglos posteriores, incluso si se estabilizan las concentraciones de emisiones de gases de efecto invernadero. Además, es probable que la elevación del nivel del mar muestre “un fuerte patrón regional y algunos

[30] Resolución 75/239 de la Asamblea General, de 31 de diciembre de 2020, sobre los océanos y el derecho del mar, partes IX y XI. Véanse también las resoluciones de la Asamblea General 71/257, de 23 de diciembre de 2016; 72/73, de 5 diciembre de 2017; 73/124, de 11 de diciembre de 2018; y 74/19, de 10 de diciembre de 2019.

[31] IPCC, *Climate Change and Land: An IPCC Special Report on Climate Change, Desertification, Land Degradation, Sustainable Land Management, Food Security, and Greenhouse Gas Fluxes in Terrestrial Ecosystems* (2019). Puede consultarse en: www.ipcc.ch/srccl/.

[32] División de las Naciones Unidas de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, “Primera Evaluación Integrada del Medio Marino a Escala Mundial (Evaluación Mundial de los Océanos I)”. Puede consultarse en: inglés en: www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (véase, en particular, el cap. 20, “Aportaciones de fuentes terrestres a las costas, las vías fluviales y la atmósfera”). El resumen del informe fue aprobado por la Asamblea General en su septuagésimo período de sesiones: véase la resolución 70/235 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2015, sobre los océanos y el derecho del mar.

[33] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, párr. 14. Véase también “Los océanos y el derecho del mar: informe del Secretario General” (A/71/74/Add.1), cap. VIII (“Los océanos y el cambio climático y la acidificación de los océanos”), párrs. 115 a 122.

[34] Estudio realizado en 2009 por la Organización Marítima Internacional (OMI) sobre las emisiones de gases de efecto invernadero, Ø. Buhaug y otros, *Second IMO GHG Study 2009* (Londres, OMI, 2009), pág. 23. Véase también T.W. P. Smith y otros, *Third IMO GHG Study 2014* (Londres, OMI, 2014), resumen, cuadro 1. M. Righi, J. Hendricks y R. Sausen, “The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), págs. 633 a 651.

[35] IPCC, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), pág. 1180. Véase también el capítulo IX sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional.

lugares experimenten desviaciones considerables en la variación local y regional del nivel del mar respecto de la variación media mundial"[36]. Ese grado de variación del nivel del mar puede suponer una amenaza potencialmente grave, tal vez incluso desastrosa, para muchas zonas costeras, en particular aquellas con zonas costeras bajas muy extensas y densamente pobladas, así como para los pequeños Estados insulares en desarrollo[37].

8) El sexto párrafo del preámbulo está vinculado a la interrelación entre las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y las normas del derecho del mar mencionadas en el párrafo 1 del proyecto de directriz 9[38]. En el párrafo 3 del proyecto de directriz 9 se hace referencia a la especial atención que debe prestarse a las personas y grupos en situación vulnerable[39]. Con las palabras "en particular" se pretende reconocer determinadas zonas sin necesidad de limitar la lista de posibles zonas afectadas.

9) El séptimo párrafo del preámbulo pone de relieve los intereses de las generaciones futuras, entre otras cosas con miras a la protección de los derechos humanos, así como la equidad intergeneracional. Se trata de que el planeta siga siendo habitable para las generaciones futuras. Al adoptar medidas para proteger la atmósfera en la actualidad, es importante tener plenamente en cuenta la conservación de la calidad de la atmósfera a largo plazo. En su preámbulo, el Acuerdo de París, tras reconocer que el cambio climático es un problema común de la humanidad, dispone que las partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deberían respetar, promover y tomar en consideración, entre otras cosas, sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos, así como la equidad intergeneracional. La importancia de las consideraciones "intergeneracionales" ya se afirmó en el principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972[40]. También sirve de base al concepto de desarrollo sostenible, formulado en el Informe Brundtland de 1987, *Nuestro Futuro Común*[41], e inspira la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible[42]. Además, se refleja en el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992[43], así como en otros tratados[44]. El artículo 3, párrafo 1, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, por ejemplo, establece que "[l]as Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras". La Corte Internacional de Justicia ha señalado en su opinión consultiva de 1996 relativa a las *Armas nucleares*, con respecto a tales armas, que es imperativo tener en cuenta "en particular [...] su capacidad de

[36] *Ibid.*, pág. 1140. Véase también IPCC, *IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate* (2019), que puede consultarse en: www.ipcc.ch/srocc/.

[37] Véanse A. H. A. Soons, "The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries", *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990), págs. 207 a 232; M. Hayashi, "Sea-level rise and the law of the sea: future options", en D. Vidas y P. J. Schei (eds.), *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues* (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), pág. 187 y ss. Véanse también International Law Association, *Report of the Seventy-fifth Conference held in Sofia, August 2012* (Londres, 2012), págs. 385 a 428; e International Law Association, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise* (informe provisional), págs. 13 a 18. Véase también International Law Association, *Sydney Conference (2018): International Law and Sea Level Rise* (informe), segunda parte, pág. 866.

[38] Véase, *infra*, párr. 9) del comentario al proyecto de directriz 9.

[39] Véanse, *infra*, párrs. 16) a 18) del comentario al proyecto de directriz 9.

[40] El principio 1 de la Declaración se refiere a la "solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras".

[41] Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: *Nuestro Futuro Común* (Oxford, Oxford University Press, 1987). Se destacó la importancia de que "el desarrollo satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones" (pág. 43).

[42] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015, en la que se destaca la necesidad de proteger el planeta contra la degradación de manera que pueda "satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras".

[43] En el preámbulo del Convenio se habla de conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica "en beneficio de las generaciones actuales y futuras".

[44] El artículo 4 vi) de la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos (Viena, 5 de septiembre de 1997, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2153, núm. 37605, pág. 303) dispone que las partes deberán "esforzarse en evitar acciones cuyas repercusiones razonablemente previsibles en las generaciones futuras sean mayores que las permitidas para la generación presente".

perjudicar a las generaciones futuras”[45]. En el párrafo se emplea el término “intereses” en lugar de “beneficio”. En el proyecto de directriz 6 se utilizó una fórmula similar que se refiere a los intereses de las generaciones futuras en el contexto de la “utilización equitativa y razonable de la atmósfera”[46].

10) El octavo párrafo del preámbulo se basa en el entendimiento al que llegó la Comisión en 2013, con arreglo al cual el tema se incluyó en el programa de trabajo en su 65º período de sesiones[47]. Ese párrafo del preámbulo se consideró importante para reflejar ciertos elementos del entendimiento alcanzado en 2013, ya que dio lugar a una importante limitación tanto en relación con el alcance del tema como con el resultado de la labor de la Comisión. Este párrafo del preámbulo debe leerse junto con el párrafo 2 del proyecto de directriz 2 sobre el ámbito de aplicación.

Directriz 1
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) se entiende por “atmósfera” la envoltura de gases que circunda la Tierra;

[45] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 244, párr. 36.

[46] Ha habido decisiones de tribunales nacionales en las que se reconoce la equidad intergeneracional; véanse Australia: *Gray v. Minister for Planning*, [2006] NSWLEC 720; India, *Vellore Citizens' Welfare Forum and State of Tamil Nadu (joining) v. Union of India and others*, demanda relativa al interés público, 1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996); Kenya, *Waweru, Mwangi (joining) and others (joining) v. Kenya*, demanda civil conjunta, asunto núm. 118 de 2004, demanda núm. 118/04, ILDC 880 (KE 2006); Sudáfrica, *Fuel Retailers Association of South Africa v. Director-General, Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province, and others*, [2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059; Pakistán, *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, demanda interpuesta el 6 de abril de 2016 (cuyo expediente puede consultarse en: https://www.ourchildrenstrust.org/pakistan). En relación con el comentario, véase C. Redgwell, “Intra- and inter-generational equity”, en C. P. Carlarne, K. R. Gray y R. G. Tarasofsky (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 185 a 201, en especial pág. 198. Véanse también E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokio, Dependencia de Publicaciones de la Universidad de las Naciones Unidas, 1989), pág. 96; M. Bruce, “Institutional aspects of a charter of the rights of future generations”, en S. Busuttil y otros (eds.), *Our Responsibilities Towards Future Generations* (Valetta, UNESCO y Fundación de Estudios Internacionales, Universidad de Malta, 1990), págs. 127 a 131; T. Allen, “The Philippine children's case: recognizing legal standing for future generations”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), págs. 713 a 741 (donde se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de Filipinas en *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 de julio de 1993), *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), pág. 168). En algunos de esos procedimientos se reconoció la legitimación activa sobre la base de la “doctrina del fideicomiso público”, que hace a los Gobiernos responsables, como fideicomisarios, de la gestión de los recursos ambientales comunes. Véanse M. C. Wood y C. W. Woodward IV, “Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last”, *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), págs. 634 a 684; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999); K. Coghill, C. Sampford y T. Smith (eds.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (Londres, Routledge, 2012); M. C. Blumm y M. C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2ª ed. (Durham, Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 2015); y K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015). En una sentencia de 13 de diciembre de 1996, el Tribunal Supremo de la India declaró que la doctrina del fideicomiso público era “derecho nacional”; *M. C. Mehta v. Kamal Nath and Others* (1997) 1 Supreme Court Cases 388, reproducido en C. O. Okidi (ed.), *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to Environment: National Decisions*, vol. I (Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998), pág. 259. Véase J. Razzaque, “Application of public trust doctrine in Indian environmental cases”, *Journal of Environmental Law*, vol. 13 (2001), págs. 221 a 234.

[47] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 168.

b) se entiende por “contaminación atmosférica” la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o energía que contribuyan a producir efectos nocivos sensibles que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra;

c) se entiende por “degradación atmosférica” la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra.

Comentario

1) El presente proyecto de directriz sobre los “Términos empleados” tiene por objeto establecer un entendimiento común de las cuestiones que se tratan en el proyecto de directrices. Los términos empleados se definen únicamente “a los efectos del presente proyecto de directrices” y no se pretende que afecten en modo alguno a las definiciones existentes o futuras de dichos términos en derecho internacional.

2) No existe una definición del término “atmósfera” en los instrumentos internacionales relevantes. En el apartado a) se establece una definición básica a los efectos del presente proyecto de directrices, inspirada en la definición propuesta por el IPCC[48].

3) La definición establecida se ajusta al enfoque de los científicos. Según estos, la atmósfera existe en lo que se denomina la capa atmosférica[49]. Desde el punto de vista físico, se extiende hacia arriba desde la superficie de la Tierra, que es el límite inferior de la atmósfera seca. La composición media de la atmósfera hasta una altitud de 25 km es la siguiente: nitrógeno (78,08 %), oxígeno (20,95 %) y algunos gases traza, como el argón (0,93 %), el helio y gases de efecto invernadero radiativamente activos, por ejemplo, el dióxido de carbono (0,035 %) y el ozono, así como vapor de agua de efecto invernadero en cantidades muy variables[50]. En la atmósfera también hay nubes y aerosoles[51]. La atmósfera se divide verticalmente en cinco esferas, atendiendo a características de temperatura. De las capas inferiores a las superiores, las esferas son: la troposfera, la estratosfera, la mesosfera, la termosfera y la exosfera. Aproximadamente el 80 % de la masa de aire se encuentra en la troposfera y el 20 %, en la estratosfera. La franja blanca, difusa y fina (con un espesor inferior al 1 % del radio del globo) que se ve cuando se observa la Tierra desde la distancia es la atmósfera. Desde el punto de vista científico, esas esferas se agrupan para formar la *“atmósfera inferior”*, que se extiende hasta una altitud media de 50 km y se distingue de la *“atmósfera superior”*[52]. La temperatura de la atmósfera cambia con la altitud. En la troposfera (hasta la tropopausa, a unos 12 km de altitud), la temperatura disminuye a medida

[48] Quinto Informe de Evaluación, Grupo de Trabajo III, anexo I. IPCC, *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change*, O. Edenhofer y otros (eds.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), pág. 1252. Puede consultarse en: www.ipcc.ch/report/ar5/wg3/.

[49] La American Meteorology Society define la “capa atmosférica” (también denominada estrato atmosférico o región atmosférica) como “cualquiera de los diversos estratos de la atmósfera de la Tierra” (puede consultarse en: http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell).

[50] En términos físicos, el vapor de agua, que apenas representa el 0,25 % de la masa atmosférica, es un elemento muy variable. En la ciencia atmosférica, “dada la gran variabilidad de la concentración de vapor de agua en el aire, es preciso medir los porcentajes de los diversos componentes en relación con el aire seco”. Las concentraciones de ozono también son muy variables. Se considera que una concentración de ozono en la atmósfera superior a 0,1 ppmv (partes por millón por volumen) es peligrosa para los seres humanos. Véase J. M. Wallace y P. V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2ª ed. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), pág. 8.

[51] *Ibid*.

[52] La American Meteorological Society establece que la “atmósfera inferior” es “en términos generales, la parte de la atmósfera en la que se produce la mayoría de los fenómenos (esto es, la troposfera y la estratosfera inferior), por lo que se utiliza por oposición al significado común de ‘atmósfera superior’” (puede consultarse en: http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere). La “atmósfera superior” se define por exclusión, es decir, como “la denominación general aplicada a la atmósfera que se encuentra por encima de la troposfera” (puede consultarse en: http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere).

que aumenta la altitud debido a la absorción y la radiación de energía solar4 por la superficie del planeta[53]. En cambio, en la estratosfera (hasta la estratopausa, a unos 50 km de altitud), la temperatura aumenta gradualmente con la altitud[54] debido a la absorción de radiación ultravioleta por el ozono. En la mesosfera (hasta la mesopausa, a más de 80 km de altitud), las temperaturas vuelven a disminuir con la altitud. En la termosfera, las temperaturas aumentan de nuevo rápidamente debido a los rayos X y la radiación ultravioleta del sol. La atmósfera "no tiene un límite superior bien definido"[55].

4) Aparte de sus características físicas, es particularmente importante reconocer la función de la atmósfera como medio en el que se produce un movimiento constante, ya que en ese contexto es donde tiene lugar "el transporte y la dispersión" de sustancias contaminantes y degradantes (véase el segundo párrafo del preámbulo). En efecto, el movimiento transfronterizo a gran distancia de sustancias contaminantes es uno de los principales problemas para el medio ambiente atmosférico. Además de la contaminación transfronteriza, también preocupan la disminución de la capa de ozono y el cambio climático.

5) El apartado b) define la "contaminación atmosférica" y aborda la contaminación atmosférica transfronteriza, mientras que el apartado c) define la "degradación de la atmósfera" y hace alusión a los problemas atmosféricos a nivel mundial. Al emplear la expresión "por el hombre", tanto el apartado b) como el c) dejan claro que el proyecto de directrices se ocupa de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica "antropogénicas". El hecho de centrar la atención en la actividad humana, directa o indirecta, es una decisión deliberada, ya que el objetivo del presente proyecto de directrices es proporcionar orientación a los Estados y a la comunidad internacional.

6) La expresión "contaminación atmosférica" (o contaminación del aire) a veces se utiliza de manera general para referirse al deterioro global de las condiciones atmosféricas, como la disminución del ozono y el cambio climático[56]; no obstante, en el presente proyecto de directrices esa expresión se emplea en un sentido estricto, en consonancia con la práctica convencional existente. Así pues, excluye las cuestiones globales de la definición de contaminación atmosférica.

7) Al definir la "contaminación atmosférica", el apartado b) utiliza una formulación basada esencialmente en el artículo 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia de 1979[57], que dispone lo siguiente:

---

[53] El grosor de la troposfera no es igual en todas partes; depende de la latitud y la estación del año. El límite superior de la troposfera se encuentra a unos 17 km de altitud en el ecuador, pero es inferior en los polos. En promedio, el límite superior de la troposfera se sitúa a unos 12 km de altitud. Véase E. J. Tarbuck, F. K. Lutgens y D. Tasa, *Earth Science*, 13ª ed. (Nueva Jersey, Pearson, 2011), pág. 466.

[54] En sentido estricto, la temperatura de la estratosfera se mantiene constante entre 20 y 35 km de altitud, aproximadamente, y después empieza a aumentar de manera gradual.

[55] Véase Tarbuck, Lutgens y Tasa, *Earth Science* (nota 53 *supra*), pág. 467.

[56] Por ejemplo, el art. 1, párr. 1, de la resolución de El Cairo (1987) del Instituto de Derecho Internacional sobre la contaminación atmosférica transfronteriza establece que "[a] los efectos de la presente resolución, se entiende por 'contaminación atmosférica transfronteriza' cualquier *alteración* física, química o biológica *de la composición* o la calidad de la atmósfera que provenga directa o indirectamente de una acción u omisión humanas y produzca efectos perjudiciales o nocivos en el medio ambiente de otros Estados o en lugares más allá de los límites de la jurisdicción nacional" (sin cursiva en el original). Puede consultarse en: www.idi-iil.org, *Resolutions*.

[57] Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, núm. 21623, pág. 217. El enunciado del artículo 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia se remonta a la definición de contaminación formulada por el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en su recomendación C(74)224 sobre los "Principios relativos a la contaminación transfronteriza", de 14 de noviembre de 1974 (*International Legal Materials*, vol. 14 (1975), pág. 243), que dice lo siguiente: "A los efectos de los presentes principios, con el término contaminación se designa la introducción en el medio ambiente por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía con efectos nocivos tales que puedan poner en peligro la salud humana, dañar los recursos biológicos y los ecosistemas, y afectar o dañar los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente". Véase H. van Edig (ed.), *Legal Aspects*

> "Con la expresión 'contaminación atmosférica' se designa la introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de substancias o de energía que tengan una acción nociva de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañe los recursos biológicos y los ecosistemas, deteriore los bienes materiales y afecte o dañe los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente, y la expresión 'contaminantes atmosféricos' deberá entenderse en ese mismo sentido."

8) No obstante, al apartarse de la formulación del Convenio de 1979, se utilizó la expresión "que contribuyan a" en lugar de "que tengan" para salvaguardar el equilibrio general a la hora de velar por la cooperación internacional. El cambio se hizo para estos "términos empleados" en particular y "a los efectos del presente proyecto de directrices", que no pretenden establecer una "definición" para el derecho internacional en general, como se señala en el párrafo 1) del presente comentario.

9) Otra desviación del Convenio de 1979 es la adición de la palabra "sensibles" después de "nocivos". Con ello se pretende, en aras de la coherencia, armonizar el enunciado de los apartados b) y c). El propósito de la expresión "efectos nocivos sensibles" es acotar el alcance de las actividades humanas abarcadas por el proyecto de directrices. La Comisión ha empleado el término "sensibles" en otras ocasiones en su labor anterior[58]. Al hacerlo, la Comisión ha señalado que "… *'sensible' es algo más que 'detectable' pero sin necesidad de alcanzar el nivel de 'grave' o 'sustancial'*. El daño debe producir un efecto realmente perjudicial […] [y] [e]sos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos"[59]. Asimismo, la palabra "sensible", aunque determinada por criterios fácticos y objetivos, implica también un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formule ese juicio. Por ejemplo, una pérdida determinada en un momento determinado podría no considerarse "sensible" porque, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración humana no atribuían mucho valor a ese recurso. La cuestión de lo que se entiende por "sensibles" es más bien una valoración fáctica[60]. Los efectos nocivos derivados de la introducción o liberación tienen que ser de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra, o que contribuyan a ponerlos en peligro.

10) El artículo 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y el artículo 1, párrafo 1 4), de la Convención de las Naciones Unidas sobre

---

of Transfrontier Pollution (París, OCDE, 1977), pág. 13; véase también Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (véase la nota 21 *supra*), págs. 364 a 371; A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law* (3ª ed.) (Nueva York, Transnational Publishers, 2004), pág. 99 (definición de contaminación: "también incluye formas de energía, como el ruido, las vibraciones, el calor y la radiación").

58 Véanse, por ejemplo, el art. 7 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (resolución 51/229 de la Asamblea General, de 21 de mayo de 1997, anexo); el art. 1 de los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001) (resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo); principio 2 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006) (resolución 61/36 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, anexo); y el art. 6 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008) (resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo). También se subrayó que el término "sensibles" se ha utilizado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo en el fallo dictado en 2015 en las causas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 665, párrs. 104, 105 y 108; véanse también los párrs. 153, 155, 156, 159, 161, 168, 173, 196 y 217).

59 Párr. 4) del comentario al artículo 2 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, 2001, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 152, párr. 98.

60 Véase, por ejemplo, el comentario a los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (párrs. 4) y 7) del comentario al artículo 2), *ibid*. Véase también el comentario a los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (párrs. 1) a 3) del comentario al principio 2), *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 67.

el Derecho del Mar se refieren a la "introducción de energía" (así como de sustancias) como parte de la "contaminación"[61]. La referencia a la "energía" en el presente apartado b) abarca el calor, la luz, el ruido y la radiactividad introducidos y liberados en la atmósfera a través de las actividades humanas[62]. La referencia a la radiactividad como energía se entiende sin perjuicio de los usos pacíficos de la energía nuclear en relación con el cambio climático en particular[63].

11) La expresión "efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen" que figura en el apartado b) aclara que el proyecto de directrices se ocupa de los efectos transfronterizos, excluida, como cuestión de orientación general en relación con el ámbito de aplicación, la contaminación nacional o local, y se entiende en el sentido del artículo 1 b) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979, según el cual:

> "[c]on la expresión 'contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia' se designa la contaminación atmosférica cuya fuente física esté situada totalmente o en parte en una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y que produzca efectos perjudiciales en una zona sometida a la jurisdicción de otro Estado a una distancia tal que generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión."

12) Como se desprende del proyecto de directriz 2 *infra*, relativo al ámbito de aplicación, las presentes directrices se refieren a la protección de la atmósfera tanto de la contaminación atmosférica como de la degradación atmosférica. Dado que el apartado b) se refiere únicamente a la "contaminación atmosférica", es necesario, a los efectos del proyecto de

---

[61] Véase también el Protocolo relativo a la Contaminación Procedente de Fuentes y Actividades Terrestres del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe (Oranjestad, 6 de octubre de 1999), *Treaties and Other International Acts Series*, 10-813, art. 1 c).

[62] Con respecto al calor, véanse Organización Meteorológica Mundial/Informe del Proyecto Internacional de la Química de la Atmósfera Global: "Impacts of megacities on air pollution and climate", Informe del Programa de la Vigilancia de la Atmósfera Global núm. 205 (Ginebra, Organización Meteorológica Mundial, 2012); D. Simon y H. Leck, "Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning", número especial, *Urban Climate*, vol. 7 (2014) págs. 1 a 134; J. A. Arnfield, "Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island", *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), págs. 1 a 26; L. Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (Londres, Earthscan, 2008); véase, en general, B. Stone Jr., *The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, Massachusets, Cambridge University Press, 2012). En relación con la contaminación lumínica, véanse C. Rich y T. Longcore (eds.), *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting* (Washington, D.C., Island Press, 2006); P. Cinzano y F. Falchi, "The propagation of light pollution in the atmosphere", *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), págs. 3337 a 3357; F. Bashiri y C. Rosmani Che Hassan, "Light pollution and its effects on the environment", *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), págs. 8 a 12. Con respecto a la contaminación acústica o sonora, véase, por ejemplo, el anexo 16 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 295, pág. 295), vol. I: *Aircraft Noise*, 5ª ed., 2008; véase P. Davies y J. Goh, "Air transport and the environment: regulating aircraft noise", *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), págs. 123 a 135. En relación con las emisiones radioactivas, véanse D. Rauschning, "Legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution: interim report", *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Seúl, 1986), págs. 198 a 223, en especial pág. 219; y Organismo Internacional de Energía Atómica, *Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation: Twenty Years of Experience – Report of the Chernobyl Forum Expert Group "Environment"*, Radiological Assessment Report Series (2006), STI/PUB/1239. Véase también el Informe de 2013 del Comité Científico de las Naciones Unidas para el Estudio de los Efectos de las Radiaciones Atómicas a la Asamblea General, *Scientific Annex A: Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E14.IX.1), puede consultarse en: www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex_A.pdf.

[63] Organismo Internacional de Energía Atómica, *Climate Change and Nuclear Power 2014* (Viena, 2014), pág. 7.

directrices, abordar otras cuestiones, además de la contaminación atmosférica, mediante una definición diferente. Con ese propósito, en el apartado c) se ofrece una definición de "degradación de la atmósfera". El objetivo de esa definición es incluir los problemas de la disminución del ozono y el cambio climático. Abarca la alteración de las condiciones atmosféricas mundiales causada por el hombre, directa o indirectamente. Pueden ser cambios en el medio físico o la biota, o alteraciones en la composición de la atmósfera global.

13) El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985[64], establece en el artículo 1, párrafo 2, que "[p]or 'efectos adversos' se entiende los cambios en el medio físico o las biotas, incluidos los cambios en el clima, que tienen efectos deletéreos significativos para la salud humana o para la composición, resistencia y productividad de los ecosistemas tanto naturales como objeto de ordenación o para los materiales útiles al ser humano". El artículo 1, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático dispone que "[p]or 'cambio climático' se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables".

Directriz 2
Ámbito de aplicación

1. El presente proyecto de directrices se ocupa de la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de "quien contamina, paga", el principio de precaución y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.

3. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta al estatus del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional ni a cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2 enuncia el ámbito de aplicación del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera. De conformidad con el párrafo 1, el proyecto de directrices se ocupa de la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Los párrafos 2 y 3 contienen cláusulas de salvaguardia.

2) El párrafo 1 se ocupa de la protección de la atmósfera en dos esferas: la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. El proyecto de directrices solo se ocupa de las causas antropogénicas y no de las de origen natural, como las erupciones volcánicas y las colisiones de meteoritos. Al centrar la atención en la contaminación transfronteriza y la degradación atmosférica global causadas por la actividad del hombre se refleja la situación actual[65].

3) En el Programa 21 se reconoció que la contaminación atmosférica transfronteriza tiene efectos nocivos para la salud de los seres humanos y otros efectos perjudiciales en el medio ambiente, como la pérdida de árboles y bosques y la acidificación de masas de agua[66]. Además, según el IPCC, los datos científicos indican, con un 95 % de certeza, que la actividad humana es la causa principal del calentamiento observado desde mediados del siglo XX. El Grupo ha señalado que la influencia humana en el sistema climático es clara. Se ha detectado

[64] Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, núm. 26164, pág. 293.

[65] Véase, en general, IPCC, *Cambio climático 2013: Bases físicas. Resumen para responsables de políticas*, que puede consultarse en: www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL_SPANISH.pdf.

[66] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I); publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo II, párr. 9.25.

la influencia humana en el calentamiento de la atmósfera y el océano, en alteraciones del ciclo global del agua, en reducciones de la cantidad de nieve y hielo, en la elevación media mundial del nivel del mar y en cambios en algunos fenómenos climáticos extremos[67]. Señala además el Grupo que es sumamente probable que más de la mitad del aumento observado en la temperatura media global en superficie en el período comprendido entre 1951 y 2010 haya sido causado por la combinación del incremento antropógeno de las concentraciones de gases de efecto invernadero y de otros "forzamientos" antropógenos[68].

4) Las directrices no se ocupan de la contaminación nacional o local como tal. No obstante, cabe señalar que lo que sucede a escala local puede, algunas veces, tener repercusiones en el contexto transfronterizo y mundial en lo que se refiere a la protección de la atmósfera. Puede que las medidas paliativas que adopte el hombre, individual o colectivamente, hayan de tener en cuenta la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera, y sus interacciones.

5) El dióxido de azufre y el óxido de nitrógeno son las principales fuentes de contaminación atmosférica transfronteriza[69], mientras que el cambio climático y la disminución de la capa de ozono son las dos preocupaciones fundamentales que dan lugar a la degradación atmosférica[70]. Algunas sustancias que disminuyen el ozono también contribuyen al calentamiento global[71].

6) El párrafo 2 indica lo que no aborda el presente proyecto de directrices. Se basa en el entendimiento al que llegó la Comisión en 2013 y debe leerse junto con el octavo párrafo del preámbulo. Para que quede más clara la fórmula empleada en la versión en inglés del entendimiento, que decía *"do not deal with, but without prejudice to"*, el párrafo se ha reformulado para unir las dos frases con la conjunción *"and"* en lugar de *"but"*. El párrafo 2 dispone además que las cuestiones relacionadas con el principio de "quien contamina, paga", el principio de precaución y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas quedan excluidas del presente proyecto de directrices. Cabe señalar que, al afirmar que esos tres principios no se abordan, en este párrafo no se da a entender en modo alguno que estos carezcan de relevancia jurídica. En el entendimiento de 2013 también se excluyeron del ámbito de aplicación del tema las cuestiones relacionadas con la responsabilidad *(liability)* de los Estados y sus nacionales, y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual.

7) El entendimiento de 2013 también tenía una cláusula que establecía que "el presente proyecto de directrices no aborda sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados". Ello tampoco se ha reflejado en el texto del proyecto de directriz.

8) El párrafo 3 es una cláusula de salvaguardia que establece que lo dispuesto en el proyecto de directrices no afecta al estatus del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional. La atmósfera y el espacio aéreo son dos conceptos diferentes que deben distinguirse. Los regímenes que se ocupan de la atmósfera y el espacio ultraterrestre también son independientes. Así pues, el proyecto de directrices no afecta al estatus jurídico del espacio aéreo ni a cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre.

9) La atmósfera, como envoltura de gases que circunda la Tierra, es dinámica y fluctuante, y los gases están en constante movimiento al margen de los límites territoriales[72].

---

[67] IPCC, *Cambio Climático 2013: Bases físicas, Resumen para responsables de políticas*.

[68] *Ibid.* IPCC, *Calentamiento global de 1,5 ºC. Informe especial del IPCC, Resumen para responsables de políticas* (2018), págs. 6 y 7. Puede consultarse en: www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf.

[69] Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment* (véase la nota 21 *supra*), págs. 378 y 379.

[70] *Ibid*., pág. 379. Los vínculos entre el cambio climático y el agotamiento del ozono se abordan en el preámbulo y en el artículo 4 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Los vínculos entre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático se abordan en el preámbulo y en el artículo 2, párrafo 1, del Protocolo de Gotemburgo, modificado en 2012.

[71] *Ibid.*

[72] Véase, en general, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment* (nota 21 *supra*), págs. 359 a 361.

La atmósfera es invisible, intangible y no separable. En cambio, el espacio aéreo es una institución estática y de carácter espacial sobre la cual el Estado, dentro de su territorio, tiene "soberanía plena y exclusiva". Por ejemplo, el artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional dispone que "… todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el 'espacio aéreo' situado sobre su territorio"[73]. A su vez, el artículo 2 de ese mismo Convenio considera como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentran bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado. Ningún Estado tiene soberanía sobre el espacio aéreo que se encuentra más allá de los límites de las aguas territoriales, y todos pueden usarlo, como la alta mar.

10) La atmósfera se divide espacialmente en esferas, atendiendo a características de temperatura. No existe un límite científico claro entre la atmósfera y el espacio ultraterrestre. Por encima de los 100 km de altitud, las trazas de la atmósfera se mezclan gradualmente con el vacío del espacio[74]. El Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y Otros Cuerpos Celestes no ofrece una definición de "espacio ultraterrestre"[75]. Desde 1959, el asunto viene siendo objeto de debate en la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, que ha examinado tanto los aspectos espaciales como los funcionales de las cuestiones de delimitación[76].

Directriz 3
Obligación de proteger la atmósfera

Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

Comentario

1) El proyecto de directriz 3 reafirma la obligación de proteger la atmósfera. Es una pieza fundamental del presente proyecto de directrices. En particular, los proyectos de directriz 4, 5 y 6, que tratan de aplicar diversos principios del derecho internacional ambiental a la situación específica de la protección de la atmósfera, se derivan de esta directriz.

2) El proyecto de directriz se refiere a contextos tanto transfronterizos como globales. Se recordará que el proyecto de directriz 1 contiene un elemento "transfronterizo" en la definición de "contaminación atmosférica" (introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o energía que contribuyan a producir efectos nocivos sensibles "que se extiendan más allá del Estado de origen", de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra), y una dimensión "global" en la definición de "degradación atmosférica" (alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra).

3) El presente proyecto de directriz acota la obligación de proteger la atmósfera a la prevención, la reducción o el control de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La formulación del presente proyecto de directriz tiene su origen en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972, que recogía las conclusiones del

[73] Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 102, pág. 295. Véase también el artículo 2, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que establece que la "soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar".

[74] Tarbuck, Lutgens y Tasa, *Earth Science* (véase la nota 53 *supra*), págs. 465 y 466.

[75] Moscú, Londres y Washington, D.C., 27 de enero de 1967, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 610, núm. 8843, pág. 205.

[76] Véase, en general, B. Jasani (ed.), *Peaceful and Non-Peaceful uses of Space: Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme (Nueva York, Taylor and Francis, 1991), en especial caps. 2 y 3.

arbitraje en el caso *Trail Smelter*[77]. De conformidad con el principio 21, "los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional". El principio también queda reflejado en el principio 2 de la Declaración de Río de 1992.

4) La referencia a los "Estados", a los efectos del proyecto de directriz, indica que cabe la posibilidad de que los Estados actúen individualmente o conjuntamente, según corresponda.

5) En su formulación actual, el proyecto de directriz se entiende sin perjuicio de que la obligación de proteger la atmósfera sea o no una obligación *erga omnes* en el sentido del artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[78], un asunto sobre el que existen diferentes opiniones.

6) Los efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera son producto, en gran parte, de las actividades de las personas y las industrias privadas, actividades que no suelen ser atribuibles a un Estado. A este respecto, la debida diligencia requiere que los Estados "velen" por que dichas actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no ocasionen efectos perjudiciales sensibles. Ello no quiere decir, no obstante, que la debida diligencia sea de aplicación únicamente a las actividades privadas, ya que las propias actividades del Estado también están sujetas a la norma de la debida diligencia[79]. Se trata de una obligación que implica la necesidad no solo de adoptar las normas y medidas apropiadas, sino también de ejercer cierto grado de vigilancia en su aplicación, así como en el control administrativo de los operadores públicos y privados, por ejemplo, asegurando la vigilancia de las actividades realizadas por dichos operadores, con el fin de preservar los derechos de la otra parte. También requiere que se tengan en cuenta el contexto y los estándares cambiantes, tanto en lo que se refiere a la regulación como a la tecnología. Por consiguiente, incluso cuando se materializan los efectos perjudiciales sensibles, ello no supone necesariamente haber incumplido el deber de ejercer la debida diligencia. El incumplimiento se limita a los casos

[77] Véanse Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (núm. de venta: 1949.V.2), págs. 1905 a 1982 (laudo de 11 de marzo de 1941), pág. 1907 y ss., en especial págs. 1965 y ss. (según los principios del derecho internacional, ningún Estado tiene derecho a utilizar o permitir la utilización de un territorio de manera que se cause un perjuicio por los humos en el territorio de otro o en los bienes o personas que en él se encuentren, cuando el caso sea de graves consecuencias y el perjuicio esté establecido por pruebas claras y convincentes) y el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667), párr. 43. Véanse también A. K. Kuhn, "The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada", *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), págs. 785 a 788; e *ibid.*, vol. 35 (1941), págs. 665 y 666; y J. E. Read, "The Trail Smelter Dispute", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), págs. 213 a 229.

[78] El artículo 48 (Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado) dispone que: "1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: […] b) [l]a obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto" (resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001. Para consultar los artículos aprobados por la Comisión y sus correspondientes comentarios, véanse *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), y corrección, cap. IV, secc. E).

[79] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 55 y 179, párrs. 101 y 197; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border area (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* (véase la nota 58 *supra*), párrs. 104, 153, 168 y 228; Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Dispute Chamber)*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, párr. 131; proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97 (reproducido en el anexo de la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007), párrs. 7 a 18; informes primero y segundo del Grupo de Estudio sobre la Diligencia Debida de la Asociación de Derecho Internacional, 7 de marzo de 2014 y julio de 2016, respectivamente; J. Kulesza, *Due Diligence in International Law* (Leiden, Brill, 2016); Société française pour le droit international, *Le standard de* due diligence *et la responsabilité internationale*, París, Pedone, 2018; S. Besson, "La *due diligence* en droit international", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 409 (2020), págs. 153 a 398.

de negligencia del Estado a la hora de cumplir su obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir, reducir o controlar las actividades humanas cuando estas tengan o sea probable que tengan efectos perjudiciales sensibles. La obligación de los Estados de "velar" no requiere que se logre un determinado resultado (obligación de resultado); requiere únicamente que se haga todo lo posible de buena fe para no causar efectos perjudiciales sensibles (obligación de conducta).

7) La obligación de "prevenir, reducir o controlar" alude a una serie de medidas que han de adoptar los Estados, individual o conjuntamente, de conformidad con las normas aplicables pertinentes para la contaminación atmosférica, por un lado, y para la degradación atmosférica, por otro. La expresión "prevenir, reducir o controlar" se inspira en formulaciones recogidas en el artículo 194, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que usa "y"[80] y en el artículo 3, párrafo 3, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que usa "o"[81]. En este proyecto de directriz, hay que destacar la obligación de velar por que se adopten "medidas apropiadas". En ese contexto, cabe señalar que el Acuerdo de París, "[r]econociendo" en su preámbulo que "el cambio climático es un problema de toda la humanidad", observa "la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad"[82].

8) Aun cuando las medidas apropiadas para "prevenir, reducir o controlar" se aplican tanto a la contaminación atmosférica como a la degradación atmosférica, la referencia a "las normas aplicables del derecho internacional" pone de manifiesto una distinción entre las medidas adoptadas, teniendo en cuenta la naturaleza transfronteriza de la contaminación atmosférica y la naturaleza global de la degradación atmosférica y las diferentes normas aplicables en relación con ellas. En el contexto de la contaminación atmosférica transfronteriza, la obligación de los Estados de prevenir los efectos perjudiciales sensibles está firmemente establecida como derecho internacional consuetudinario, como se confirma, por ejemplo, en los artículos de la Comisión sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[83] y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales[84]. No obstante, la existencia de esta obligación en el derecho internacional

[80] M. H. Nordquist y otros (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. IV (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), pág. 50.

[81] El artículo 3, párrafo 3, establece que "[l]as Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos". Véanse, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3, art. 212; Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, art. 2, para. 2 b); Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 4; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, primer párrafo del preámbulo y art. 3, y Convenio de Minamata sobre el Mercurio, arts. 2, 8 y 9.

[82] Párrafos undécimo y decimotercero del preámbulo.

[83] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, cap. V, secc. E, art. 3 (Prevención): "El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo". La Comisión también se ha ocupado de la obligación de prevenir en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El artículo 14, párrafo 3, dispone que: "La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa" (*ibid*., cap. IV, secc. E). Según el comentario: "Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse" (*ibid*., párr. 14) del comentario al art. 14, párr. 3). El comentario describió "la obligación de prevenir que se produzca un daño transfronterizo a causa de la contaminación atmosférica, en que se basó el arbitraje relativo al caso *Trail Smelter*" como uno de los ejemplos de la obligación de prevención *(ibid.)*.

[84] La Corte Internacional de Justicia también ha hecho hincapié en la prevención. En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte afirmó ser "consciente de que, en la esfera de la protección ambiental, la vigilancia y la prevención son necesarias, habida cuenta del carácter frecuentemente irreversible de los daños causados al medio ambiente y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de ese tipo de daño" (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 78, párr. 140). Véanse también *Certain*

consuetudinario sigue sin estar plenamente asentada en lo que se refiere a la degradación atmosférica global.

9) La Corte Internacional de Justicia ha señalado que "la existencia de la obligación general de los Estados de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente […] de las zonas situadas más allá del control nacional forma parte ya del *corpus* del derecho internacional"[85] y ha concedido gran importancia al respeto del medio ambiente "no solo para los Estados, sino también para la humanidad en su conjunto"[86]. El Tribunal arbitral del caso relativo a la *Iron Rhine Railway* dijo que "el deber de prevenir, o al menos mitigar, [un daño sensible al medio ambiente] […] se ha convertido en un principio del derecho internacional general"[87]. Esos pronunciamientos son ilustrativos y pertinentes para la protección de la atmósfera.

Directriz 4
Evaluación del impacto ambiental

Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control que tengan probabilidades de producir efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica.

Comentario

1) El proyecto de directriz 4 trata de la evaluación del impacto ambiental. Es el primero de los tres proyectos de directriz que se derivan del proyecto de directriz 3, que tienen carácter general. El proyecto de directriz está formulado en pasiva refleja a fin de indicar que se trata de una obligación de comportamiento y porque, dada la variedad de actores económicos, la obligación no requiere necesariamente que sea el Estado el que lleve a cabo la evaluación. Lo que se requiere es que el Estado adopte las medidas legislativas, normativas y de otra índole necesarias para que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas. Las garantías procesales, como la notificación y las consultas, también son fundamentales para tal evaluación. Cabe señalar que el Protocolo de Kiev sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo alienta la "evaluación estratégica medioambiental" de los efectos probables sobre el medio ambiente, incluida la salud, por lo que se entiende todo efecto sobre el medio ambiente, lo cual incluye la salud humana, la flora, la fauna, la diversidad biológica, el suelo, el clima, el aire, el agua, los paisajes, los lugares naturales, los bienes materiales, el patrimonio cultural y la interacción entre otros factores[88].

2) En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia aludió a la importancia de realizar una evaluación del impacto ambiental[89]. En las causas relativas a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, en el contexto de las obligaciones relacionadas con la

Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) y *Construction of a Road along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* (nota 58 *supra*), párr. 104. En el caso *Iron Rhine Railway*, el Tribunal arbitral también afirmó que "en la actualidad, en el derecho internacional ambiental se hace cada vez mayor hincapié en la obligación de la prevención" (*Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII, págs. 35 a 125, en especial pág. 116, párr. 222).

[85] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial págs. 241 y 242, párr. 29.

[86] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 84 *supra*), pág. 41, párr. 53; la Corte citó el mismo párrafo en la causa *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 79 *supra*), pág. 78, párr. 193.

[87] *Iron Rhine Railway* (véase la nota 84 *supra*), págs. 66 y 67, párr. 59.

[88] Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente del Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Kiev, 21 de mayo de 2003), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2685, núm. 34028, pág. 140, art. 2, párrs. 6 y 7.

[89] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 84 *supra*), párr. 140.

diligencia debida, el Tribunal afirmó que "la obligación de un Estado de ejercer la debida diligencia en la prevención de daños transfronterizos sensibles requiere que dicho Estado determine si existe el riesgo de que se produzcan daños transfronterizos sensibles antes de emprender una actividad que pueda perjudicar al medio ambiente de otro Estado. En tal caso, el Estado en cuestión ha de realizar una evaluación del impacto ambiental"[90]. La Corte concluyó que el Estado en cuestión "no ha[bía] cumplido la obligación recogida por el derecho internacional general de realizar una evaluación del impacto ambiental antes de construir la carretera"[91]. En una opinión separada, el Magistrado Hisashi Owada señaló que "las evaluaciones del impacto ambiental tienen una función importante, e incluso crucial, para asegurar que el Estado en cuestión está actuando con la debida diligencia requerida por el derecho internacional ambiental general"[92]. En la causa anterior relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte afirmó que "la obligación de proteger y preservar, enunciada en el apartado a) del artículo 41 del Estatuto, debe ser interpretada de conformidad con una práctica que en estos últimos años ha obtenido una aceptación tan amplia entre los Estados que actualmente puede considerarse que *existe, en derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación del impacto ambiental*"[93]. Asimismo, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en su opinión consultiva sobre las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a las actividades realizadas en los fondos marinos*, sostuvo que el deber de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental no solo viene impuesto por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sino que también es una "obligación general con arreglo al derecho internacional general"[94].

3) Con la expresión "de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control" se pretende indicar que la obligación de los Estados de velar por una evaluación del impacto ambiental se refiere a las actividades bajo su jurisdicción o control. Dado que las amenazas medioambientales no saben de fronteras, no se excluye que los Estados, como parte de sus responsabilidades ambientales globales, adopten decisiones conjuntamente respecto de las evaluaciones del impacto ambiental.

4) La frase "que tengan probabilidades de producir efectos perjudiciales sensibles" establece el umbral que se considera necesario para proceder a una evaluación de impacto ambiental. Se basa en el principio 17 de la Declaración de Río. Además, existen otros instrumentos, como el Convenio de Espoo sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo de 1991, que utilizan un umbral similar[95]. En la causa de 2010 relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte señaló que debía realizarse una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada pudiera tener un "importante impacto perjudicial en un marco transfronterizo, en particular, en un recurso compartido"[96].

5) Al haber establecido el umbral de que existan "probabilidades de producir efectos perjudiciales sensibles", el proyecto de directriz excluye una evaluación del impacto ambiental de actividades cuyos efectos probablemente sean de poca importancia. Los efectos perjudiciales que se puedan producir deben ser "sensibles" tanto para "la contaminación atmosférica" como para "la degradación atmosférica". La expresión "efectos nocivos sensibles" se ha empleado en los apartados b) y c) del proyecto de directriz 1 y, como se menciona en el comentario, lo que se entiende por "sensible" requiere una determinación fáctica, no jurídica[97].

---

[90] *I.C.J. Reports 2015* (véase la nota 58 *supra*), párr. 153.

[91] *Ibid*., párr. 168.

[92] *Ibid*., opinión separada del Magistrado Hisashi Owada, párr. 18.

[93] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 79 *supra*), párr. 204.

[94] Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Dispute Chamber)*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, párr. 145.

[95] Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309.

[96] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 79 *supra*), párr. 204.

[97] La Comisión ha utilizado con frecuencia el término "sensibles" en sus trabajos, como los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001). En ese caso, la Comisión optó por no definir el término, reconociendo que la cuestión de lo que había que entender

6) Las palabras “en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica” relaciona el proyecto de directriz una vez más con las dos principales cuestiones abordadas en relación con la protección de la atmósfera en el presente proyecto de directrices, a saber, la contaminación atmosférica transfronteriza y la degradación atmosférica. Si bien los precedentes relevantes para el requisito de la evaluación del impacto ambiental se refieren fundamentalmente a contextos transfronterizos, se estima que hay un requisito similar para los proyectos que cabe prever que produzcan efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera global, como las actividades que suponen una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera[98]. En el contexto de la degradación atmosférica, esas actividades pueden conllevar un riesgo de daños graves más importante aún que las que ocasionan un daño transfronterizo, por lo que con mayor motivo deben aplicarse las mismas consideraciones a las actividades que pueden causar la degradación atmosférica global.

7) Aunque los aspectos relacionados con el procedimiento no se abordan en el texto del proyecto de directriz, la transparencia y la participación del público son elementos importantes para garantizar el acceso a la información y la representación al realizar una evaluación de impacto ambiental. El principio 10 de la Declaración de Río de 1992 establece que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. La participación engloba el acceso a la información, la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones y el acceso efectivo a las vías judiciales y administrativas. La Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales también aborda estas cuestiones[99]. El Protocolo de Kiev sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente antes mencionado anima a llevar a cabo un proceso de participación y consulta del público y a tomar en consideración los resultados de ese proceso en un plan o un programa[100].

Directriz 5
Utilización sostenible de la atmósfera

1. Dado que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible.

2. La utilización sostenible de la atmósfera conlleva la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección de la atmósfera.

Comentario

1) La atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada. A menudo no se concibe como recurso explotable en el mismo sentido en que, por ejemplo, se exploran y se explotan los recursos minerales, petrolíferos o de gas. Ahora bien, en realidad, la atmósfera, en sus componentes físicos y funcionales, es explotable y se explota. Quien contamina explota la atmósfera al reducir su calidad y su capacidad para asimilar contaminantes. El proyecto de directriz extrae analogías del concepto de “recurso compartido”, al tiempo que reconoce que la unidad de la atmósfera global exige el reconocimiento de la comunidad de intereses. Así pues, este proyecto de directriz parte de la premisa de que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, cuyo potencial para hacer posible la vida en la Tierra resulta afectado por las actividades

por “sensible” requería una determinación mediante criterios fácticos, más que jurídicos (véase el comentario general, párr. 4), *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, cap. V, secc. E). Véanse, por ejemplo, los párrs. 4) y 7) del comentario al artículo 2 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas *(ibid.)*. Véase también el comentario a los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (comentario al principio 2, párrs. 1) a 3), *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. E).

98 Véase el proyecto de directriz 7 *infra*.

99 Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Aarhus, 28 de junio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2161, núm. 37770, pág. 447.

100 Art. 2, párrs. 6 y 7.

antropógenas. A fin de asegurar su protección, es importante ver la atmósfera como un recurso natural sujeto a los principios de conservación y uso sostenible.

2) El párrafo 1 reconoce que la atmósfera es un "un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada". La segunda parte de ese párrafo pretende integrar la conservación y el desarrollo al objeto de que las modificaciones al planeta sigan permitiendo la supervivencia y el bienestar de los organismos en la Tierra. Para ello, remite a la idea de que la utilización de la atmósfera debe llevarse a cabo de manera sostenible. Se trata de una redacción inspirada en la formulación empleada por la Comisión en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación[101] y en los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos[102].

3) Se emplea la palabra "utilización" en sentido amplio y en términos generales, evocando conceptos que trascienden la explotación como tal. Se ha utilizado la atmósfera de diversas maneras. Probablemente, la mayoría de las actividades que se han llevado a cabo hasta el momento no han tenido una intención clara o concreta de incidir en las condiciones atmosféricas. No obstante, ha habido determinadas actividades cuya finalidad misma era alterar las condiciones atmosféricas, como la modificación meteorológica. Algunas de las innovaciones tecnológicas propuestas para realizar modificaciones deliberadas a gran escala de la atmósfera[103] constituyen ejemplos de la utilización de la atmósfera.

4) La frase "su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible" del párrafo 1 pretende ser sencilla y refleja un cambio de paradigma hacia una concepción de la atmósfera como recurso natural que ha de ser utilizado de manera sostenible.

5) El párrafo 2 se inspira en la formulación utilizada por la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que se refirió a la "necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente"[104]. Hay otras causas pertinentes[105]. Al hacer referencia a la "protección de la atmósfera", en vez

---

[101] Arts. 5 y 6. Por lo que respecta a los artículos, con sus comentarios, aprobados por la Comisión, véase *Anuario… 1994*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. E.

[102] Resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo, arts. 4 y 5. Por lo que respecta a los artículos, con sus comentarios, aprobados por la Comisión, véase *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. E.

[103] Véase el proyecto de directriz 7 *infra*.

[104] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 84 *supra*), pág. 78, párr. 140.

[105] En la providencia que dictó en 2006 en el marco de la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, la Corte Internacional de Justicia destacó "la importancia de la necesidad de asegurar la protección ambiental de los recursos naturales compartidos permitiendo al mismo tiempo el desarrollo económico sostenible" (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, medidas provisionales, providencia de 13 de julio de 2006, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 113 y ss., en especial pág. 133, párr. 80); en la decisión de 1988 del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* se afirmó que, "recordando el reconocimiento explícito hecho por los Miembros de la OMC del objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, creemos que ya es demasiado tarde suponer que el párrafo g) del artículo XX [del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio] puede interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la conservación de recursos minerales o de otros recursos naturales inertes agotables" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párr. 131; véanse también los párrs. 129 y 153); en el arbitraje de 2005 en el caso *Iron Rhine Railway*, el Tribunal sostuvo lo siguiente: "existe un amplio debate sobre qué constituye, en el ámbito del derecho ambiental, 'normas' o 'principios': en qué consisten los instrumentos jurídicos no vinculantes y qué normas convencionales o principios de carácter ambiental han contribuido al desarrollo del derecho internacional consuetudinario. [...] Los principios emergentes, con independencia de su estatus actual, hacen referencia al [...] desarrollo sostenible. [...] Resulta fundamental que estos principios emergentes integren en la actualidad la protección ambiental en el proceso de desarrollo. El derecho ambiental y el derecho sobre el desarrollo no se erigen en alternativas, sino en conceptos esenciales que se refuerzan recíprocamente y que exigen la existencia, en los casos en que el desarrollo pueda ocasionar daños al medio ambiente, de la obligación de prevenir, o al menos mitigar, tales daños. [...] Esta obligación se ha convertido en la actualidad, en opinión del Tribunal, en un principio del derecho internacional general", *Iron Rhine Railway* (véase la nota 84 *supra*), párrs. 58 y 59; en el laudo parcial de 2013 sobre el caso *Indus Waters Kishenganga*

de a la “protección ambiental”, se pretende centrar el párrafo en la materia objeto del presente tema, que es la protección de la atmósfera.

Directriz 6
Utilización equitativa y razonable de la atmósfera

La atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo plenamente en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Comentario

1) Aunque la utilización equitativa y razonable de la atmósfera es un elemento importante de la sostenibilidad, tal y como se refleja en el proyecto de directriz 5, se considera importante enunciarlo como principio autónomo. Al igual que el proyecto de directriz 5, el presente proyecto de directriz se formula con un amplio grado de abstracción y generalidad.

2) El proyecto de directriz se formula en términos generales a fin de aplicar el principio de equidad[106] a la protección de la atmósfera como recurso natural que todos han de compartir. La primera parte de la oración se refiere a la utilización “equitativa y razonable”. Las palabras “[l]a atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable” se inspiran, en parte, en el artículo 5 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación y en el artículo 4 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. Indica un equilibrio de los intereses y una consideración de todos los factores pertinentes que pueden ser únicos en el caso de la contaminación atmosférica o de la degradación atmosférica.

3) La segunda parte del proyecto de directriz se ocupa de aspectos relacionados con la equidad intrageneracional e intergeneracional[107]. A fin de establecer el vínculo entre esos dos aspectos, la fórmula “teniendo plenamente en cuenta los intereses de” se ha preferido a “en beneficio de” las generaciones presentes y futuras de la humanidad. Se han utilizado las palabras “los intereses de”, en vez de “beneficio de”, para poner de manifiesto la naturaleza integrada de la atmósfera, cuya “explotación” ha de tener en cuenta un equilibrio de intereses para asegurar el mantenimiento de los organismos vivos de la Tierra. El uso de la palabra

Arbitration (Pakistan v. India) se afirma lo siguiente: “no cabe duda de que en virtud del derecho internacional consuetudinario contemporáneo los Estados tienen la obligación de tener en consideración la protección ambiental al planificar y elaborar proyectos que puedan lesionar a un Estado fronterizo. Desde la época del caso *Trail Smelter*, una serie de decisiones arbitrales [...] internacionales han aludido a la necesidad de gestionar los recursos naturales de manera sostenible. En particular, la Corte Internacional de Justicia ahondó en el principio de ‘desarrollo sostenible’ en la causa *Gabčikovo-Nagymaros Project*, al mencionar la ‘necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente’”: Corte Permanente de Arbitraje, *Award Series, Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India): Record of Proceedings 2010-2013*, laudo parcial de 18 de febrero de 2013, párr. 449. Este planteamiento fue confirmado en el laudo final de 20 de diciembre de 2013, párr. 111.

106 Véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 18, párr. 71. Con respect a la equidad y su uso en el derecho internacional en general, véanse *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 554, párrs. 27, 28 y 149; *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 3, párr. 85; J. Kokott, “Equity in international law”, en F. L. Toth (ed.), *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change* (Abingdon y NuevaYork, Routledge, 2014), págs. 173 a 192; P. Weil, “L’équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: Un mystère en voie de dissipation?”, en V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), págs. 121 a 144; F. Francioni, “Equity in international law”, en R. Wolfrum (ed.), *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 632 a 642.

107 C. Redgwell, “Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity”, en C. P. Carlarne y otros (eds.), *The Oxford Handbook on International Climate Change Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 185 a 201; D. Shelton, “Equity”, en Bodansky y otros (eds.), *Oxford Handbook of International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 639 a 662, y E. Brown Weiss, “Intergenerational equity” en *Max Planck Encyclopaedias of Public International Law* (actualización de 2021), que puede consultarse en: https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1421.

"plenamente" pretende poner de manifiesto la importancia de tener en cuenta diversos factores y consideraciones, y debe leerse junto con el séptimo párrafo del preámbulo, que reconoce que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta.

Directriz 7
Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

Las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera deben llevarse a cabo con prudencia y cautela únicamente, y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, incluidas las relativas a la evaluación del impacto ambiental.

Comentario

1) El proyecto de directriz 7 se ocupa de las actividades cuya finalidad consiste en alterar las condiciones atmosféricas. Tal y como indica el título del proyecto de directriz, en él se contempla únicamente la modificación deliberada a gran escala.

2) La expresión "actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera" ha sido tomada en parte de la definición de las "técnicas de modificación ambiental" que figura en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles[108] y que se refiere a las técnicas que alteran —mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales— la dinámica, la composición o la estructura de la Tierra, incluidas su biota, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.

3) Estas actividades incluyen lo que habitualmente se conoce como "geoingeniería", cuyos métodos y tecnología abarcan la eliminación del dióxido de carbono y la gestión de la radiación solar[109]. Las actividades relacionadas con la eliminación del dióxido de carbono conllevan el uso de los sistemas oceánicos, terrestres y técnicos y tienen por objeto eliminar el dióxido de carbono de la atmósfera mediante sumideros naturales o mediante ingeniería química. Entre las técnicas propuestas para eliminar el dióxido de carbono figuran el secuestro de carbono en el suelo; la captura y el secuestro de carbono; la captura del aire del ambiente, la fertilización del océano, el aumento de la alcalinidad del océano y el aumento de la meteorización.

4) Según expertos científicos, la gestión de la radiación solar tiene por objeto mitigar los efectos perjudiciales del cambio climático reduciendo deliberadamente las temperaturas en la superficie de la Tierra. Entre otras, se proponen las siguientes técnicas: la "mejora del albedo", un método que supone aumentar la capacidad reflectante de las nubes o la superficie de la Tierra de modo que se reflecte al espacio una mayor parte del calor del Sol; los aerosoles estratosféricos, una técnica que consiste en introducir pequeñas partículas reflectantes en la atmósfera superior para reflectar la luz solar antes de que llegue a la superficie de la Tierra; y los reflectores espaciales, con los que se bloquea una pequeña proporción de la luz solar antes de que llegue a la Tierra.

[108] Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1108, núm. 17119, pág. 151.

[109] IPCC, IPCC Expert Meeting on Geoengineering, Lima, Perú, 20 a 22 de junio de 2011, informe de la reunión. Véase, con carácter general, Oxford Geo-engineering Programme, "What is geoengineering?", que puede consultarse en: www.geoengineering.ox.ac.uk/what-is-geoengineering/what-is-geoengineering/; K. N. Scott, "International law in the anthropocene: responding to the geoengineering challenge", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2 (2013), págs. 309 a 358, en especial pág. 322; Steve Rayner y otros, "The Oxford principles", Climate Geoengineering Governance Working Paper No. 1 (Universidad de Oxford, 2013), que puede consultarse en: www.geoengineering.ox.ac.uk/www.geoengineering.ox.ac.uk/oxford-principles/principles/index.html. Véase también C. Armani, "Global experimental governance, international law and climate change technologies", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, núm. 4 (2015), págs. 875 a 904.

5) El término “actividades” se entiende en un sentido amplio. No obstante, existen otras actividades prohibidas por el derecho internacional que no están comprendidas en el presente proyecto de directriz, como las prohibidas por la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles[110] y el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949[111]. Así pues, el presente proyecto de directriz es de aplicación únicamente a las actividades “no militares”. Las actividades militares que conlleven modificaciones deliberadas de la atmósfera quedan fuera del ámbito de aplicación del presente proyecto de directriz.

6) Del mismo modo, otras actividades están reguladas por varios regímenes. Por ejemplo, la forestación ha sido incorporada en el régimen del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[112] y en el Acuerdo de París (art. 5, párr. 2). En algunos instrumentos jurídicos internacionales, se han adoptado medidas para regular la captura y el almacenamiento de carbono. El Protocolo de 1996 (Protocolo de Londres)[113] del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972[114] incluye ahora una disposición modificada y un anexo, así como nuevas directrices para controlar el vertido de desechos y otras materias. En la medida en que la “fertilización del océano con hierro” y el “aumento de la alcalinidad del océano” guardan relación con cuestiones de vertidos en el océano, son pertinentes el Convenio de 1972 y el Protocolo de Londres.

7) Las actividades que tienen por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera tienen un potencial considerable para prevenir, desviar, moderar o aliviar los efectos perjudiciales que ocasionan desastres y fenómenos peligrosos, como sequías, huracanes y tornados, así como para aumentar la producción agrícola y la disponibilidad de agua. Al mismo tiempo, también se reconoce que pueden tener efectos inesperados y de largo alcance en los actuales patrones climáticos que no se ven confinados por las fronteras nacionales. Tal y como señala la Organización Meteorológica Mundial a propósito de la modificación de las condiciones meteorológicas: “La complejidad de los procesos atmosféricos es tal que un cambio meteorológico artificialmente inducido en una parte del mundo tendrá necesariamente repercusiones en otros lugares [...]. Antes de emprender un experimento sobre modificación meteorológica a gran escala, hay que evaluar detenidamente las consecuencias posibles y deseables y hay que llegar a acuerdos internacionales satisfactorios”[115].

8) El presente proyecto de directriz no tiene la intención de reprimir la innovación y el avance científico. Los principios 7 y 9 de la Declaración de Río reconocen la importancia de las tecnologías novedosas e innovadoras y de la cooperación en estos ámbitos, si bien ello no quiere decir que esas actividades siempre tengan efectos positivos.

9) Así pues, el proyecto de directriz no pretende autorizar o prohibir esas actividades, salvo que haya un acuerdo entre los Estados para adoptar esa línea de actuación. Se limita a

[110] Véase el art. 1.

[111] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, arts. 35, párr. 3, y 55; véase también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 8, párr. 2 b) iv).

[112] Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162.

[113] Protocolo de 1996 del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972 (Londres, 7 de noviembre de 1996), *International Legal Materials*, vol. 36 (1997), pág. 7.

[114] Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (Londres, México D. F., Moscú y Washington D.C., 29 de diciembre de 1972), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1046, núm. 15749, pág. 138.

[115] Véase *Second Report on the Advancement of Atmospheric Science and Their Application in the Light of the Developments in Outer Space* (Ginebra, Organización Meteorológica Mundial, 1963); véase también la decisión 8/7 (Earthwatch: assessment of outer limits) del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Parte A (Provisions for co-operation between States in weather modification), de 29 de abril de 1980.

enunciar el principio de que esas actividades, si se realizan, únicamente deben llevarse a cabo con prudencia y cautela. La palabra "únicamente" pretende reforzar la prudencia y cautela con que se deben llevar a cabo las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera, mientras que la última parte del proyecto de directriz deja claro que esas actividades han de llevarse a cabo de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

10) La alusión a la "prudencia y cautela" se inspira en las palabras utilizadas por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en las causas *Atún de aleta azul del sur*[116], *Planta MOX*[117] y *Reclamación de tierras por Singapur en el Estrecho de Johor y sus alrededores*[118]. En esta última causa, el Tribunal señaló lo siguiente: "Considerando que, dadas las posibles repercusiones de la reclamación de tierras en el entorno marino, la prudencia y la cautela obligan a Malasia y Singapur a establecer mecanismos para compartir información y evaluar los riesgos o efectos de la reclamación de tierras, e idear maneras de abordarlos en las esferas correspondientes". El proyecto de directriz se enuncia en términos exhortativos, con objeto de alentar a la elaboración de normas que regulen tales actividades, en el marco de los regímenes aplicables en los diversos ámbitos relacionados con la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

11) La expresión "incluidas las relativas a la evaluación del impacto ambiental" que figura al final del proyecto de directriz hace hincapié en el reconocimiento de la importancia de una evaluación del impacto ambiental, como se refleja en el proyecto de directriz 4. Las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera deben llevarse a cabo revelando toda la información y de manera transparente, y para ello puede requerirse la evaluación del impacto ambiental prevista en el proyecto de directriz 4. Se considera que un proyecto que conlleve una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera puede causar efectos perjudiciales sensibles, en cuyo caso se necesita una evaluación de dicha actividad.

Directriz 8
Cooperación internacional

1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, para proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos y técnicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

Comentario

1) La cooperación internacional es un aspecto fundamental de todo el proyecto de directrices. El concepto de cooperación internacional ha experimentado un cambio notable en el derecho internacional[119] y en la actualidad se basa en gran medida en la noción de

[116] *Southern Blue Fin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)* (medidas provisionales), providencia de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports 1999*, pág. 280, en especial párr. 77. El Tribunal señaló lo siguiente: "[*c*]*onsiderando* que, en opinión del Tribunal, en las circunstancias actuales las partes deben actuar con prudencia y cautela para asegurar que se adopten medidas de conservación eficaces a fin de evitar daños graves en las reservas de atún de aleta azul del sur".

[117] *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)* (medidas provisionales), providencia de 3 de diciembre de 2001, *ITLOS Reports 2001*, pág. 95, en especial párr. 84 ("[*c*]*onsiderando* que, en opinión del Tribunal, la prudencia y la cautela obligan a que Irlanda y el Reino Unido cooperen para compartir información sobre los riesgos o efectos del funcionamiento de la Planta MOX e idear maneras de abordarlos, cuando corresponda").

[118] *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Strait of Johor (Malaysia v. Singapore)*, medidas provisionales, providencia de 8 de octubre de 2003, *ITLOS Reports 2003*, pág. 10, en especial párr. 99.

[119] W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Londres, Stevens & Sons, 1964), págs. 60 a 71; C. Leben, "The Changing Structure of International Law Revisited by Way of Introduction", *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), págs. 399 a 408. Véase también,

intereses comunes de la comunidad internacional en su conjunto[120]. En este sentido, se recuerda que el tercer párrafo del preámbulo del presente proyecto de directrices considera que la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica son una preocupación común de la humanidad.

2) El párrafo 1 del presente proyecto de directriz establece la obligación de los Estados de cooperar, según proceda. En términos concretos, los Estados han de cooperar entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes. La expresión "según proceda" denota que los Estados tienen cierta flexibilidad en el cumplimiento de la obligación de cooperar dependiendo del carácter y el objeto de la cooperación requerida y de las normas de derecho internacional aplicables. Las formas en que puede producirse ese tipo de cooperación también pueden variar en función de la situación y permiten que los Estados tengan cierto margen de discrecionalidad de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables. La cooperación puede ser de carácter bilateral, regional o multilateral. Los Estados también pueden adoptar por separado medidas apropiadas.

3) En la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte Internacional de Justicia destacó los vínculos existentes entre la obligación de cooperar entre las partes y la obligación de prevenir. Señaló que "mediante la cooperación, los Estados interesados pueden gestionar en común los riegos de daños al medio ambiente [...] a fin de prevenir los daños en cuestión"[121].

4) La cooperación internacional se menciona en varios instrumentos multilaterales relativos a la protección del medio ambiente. Tanto la Declaración de Estocolmo como la Declaración de Río, en los principios 24 y 27, respectivamente, hacen hincapié en la importancia de la cooperación, que implica buena fe y un espíritu de asociación[122]. Además, entre los instrumentos existentes, cabe citar el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, en cuyo preámbulo se establece que las Partes son "*[c]onscientes* de que las medidas para proteger la capa de ozono de las modificaciones causadas por las actividades humanas requieren acción y cooperación internacionales". Asimismo, en el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se reconoce que "la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada...", al tiempo que se reafirma "el principio de la soberanía de los Estados en la cooperación

---

J. Delbrück, "The international obligation to cooperate — an empty shell or a hard law principle of international law? — a critical look at a much debated paradigm of modern international law", H. P. Hestermeyer y otros (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leiden, Martinus Njihoff, 2012), págs. 3 a 16.

120 B. Simma, "From bilateralism to community interests in international law", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1994-VI, vol. 250, págs. 217 a 384; Naoya Okuwaki, "On compliance with the obligation to cooperate: new developments of 'international law for cooperation'", en J. Eto (ed.), *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase) (Tokio, Shinzansha, 2015), págs. 5 a 46; en especial págs. 16 y 17 (en japonés).

121 *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 79 *supra*), pág. 49, párr. 77.

122 El principio 24 de la Declaración de Estocolmo dispone lo siguiente:

> "Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados."

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (véase la nota 11 *supra*).

El principio 27 de la Declaración de Río dice así:

> "Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible."

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo I, cap. I.

internacional para hacer frente al cambio climático"[123]. En virtud del artículo 7 del Acuerdo de París, las Partes "reconocen la importancia del apoyo prestado a los esfuerzos de adaptación y de la cooperación internacional en esos esfuerzos, y la importancia de que se tomen en consideración las necesidades de las Partes que son países en desarrollo, en especial de las que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático"[124]. A su vez, el preámbulo del Acuerdo de París afirma la importancia de la educación, la formación, la sensibilización y participación del público, el acceso público a la información y la cooperación a todos los niveles en los asuntos de que trata el Acuerdo[125].

5) En su labor, la Comisión también ha reconocido la importancia de la cooperación[126]. Esta puede adoptar diversas formas. El párrafo 2 del proyecto de directriz subraya, en particular, la importancia de la cooperación para aumentar los conocimientos científicos y técnicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. El párrafo 2 destaca asimismo el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

6) El preámbulo del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono establece que la acción y cooperación internacionales deben "basarse en las consideraciones científicas y técnicas pertinentes", y el artículo 4, párrafo 1, relativo a la cooperación en las esferas jurídica, científica y tecnológica, dispone lo siguiente:

> Las Partes facilitarán y estimularán el intercambio de la información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica pertinente a los efectos de este Convenio, según se especifica en el anexo II. Esa información se proporcionará a los órganos que las Partes determinen de común acuerdo.

---

[123] Véase también la sección 2 de la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativa a la "Cooperación mundial y regional", que contiene disposiciones sobre: "Cooperación en el plano mundial y regional" (art. 197), "Notificación de daños inminentes o reales" (art. 198), "Planes de emergencia contra la contaminación" (art. 199), "Estudios, programas de investigación e intercambio de información y datos" (art. 200) y "Criterios científicos para la reglamentación" (art. 201). La sección 2 de la parte XIII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativa a la "Cooperación internacional", contiene disposiciones sobre: "Fomento de la cooperación internacional" (art. 242), "Creación de condiciones favorables" (art. 243) y "Publicación y difusión de información y conocimientos" (art. 244).

[124] Véase el art. 7, párr. 6. Véanse también los arts. 6, párr. 1; 7, párr. 7; 8, párr. 4; y 14, párr. 3.

[125] Decimocuarto párrafo del preámbulo. Véase también el primer párrafo del artículo 8 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, sobre la obligación general de cooperar, que dispone lo siguiente:

> "Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional."

[126] El artículo 4 de los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001), relativo a la cooperación, dispone:

> "Los Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales competentes para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo."

Además, el artículo 7 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008), titulado "Obligación general de cooperar", dice:

> "1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos.
>
> 2. A los efectos del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación."

Asimismo, el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre (2016) establece en su proyecto de artículo 7 el deber de cooperar. El proyecto de artículo 7 dispone:

> "En la aplicación del presente proyecto de artículos, los Estados, según proceda, cooperarán entre sí, con las Naciones Unidas, con los componentes del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y con otros actores que presten asistencia."

El anexo II del Convenio contiene una serie detallada de temas para el intercambio de información. El artículo 4, párrafo 2, prevé la cooperación en la esfera tecnológica, teniendo en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

7) El artículo 4, párrafo 1, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, relativo a los compromisos, establece que:

> Todas las Partes [...] deberán: e) cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático; [...] g) promover y apoyar con su cooperación la investigación científica, tecnológica, técnica, socioeconómica y de otra índole, la observación sistemática y el establecimiento de archivos de datos relativos al sistema climático, con el propósito de facilitar la comprensión de las causas, los efectos, la magnitud y la distribución cronológica del cambio climático, y de las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta y de reducir o eliminar los elementos de incertidumbre que aún subsisten al respecto; h) promover y apoyar con su cooperación el intercambio pleno, abierto y oportuno de la información pertinente de orden científico, tecnológico, técnico, socioeconómico y jurídico sobre el sistema climático y el cambio climático, y sobre las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta; i) promover y apoyar con su cooperación la educación, la capacitación y la sensibilización del público respecto del cambio climático y estimular la participación más amplia posible en ese proceso, incluida la de las organizaciones no gubernamentales.

8) En este contexto, la obligación de cooperar incluye, entre otras cosas y cuando corresponda, el intercambio de información. Al respecto, también cabe señalar que el artículo 9 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación presenta un conjunto detallado de disposiciones sobre el intercambio de datos e información. Además, el artículo 4 del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia establece que las Partes Contratantes "intercambiarán informaciones y procederán a exámenes generales de sus políticas, sus actividades científicas y las medidas técnicas que tengan por objeto combatir en la medida de lo posible las descargas de contaminantes atmosféricos que puedan tener efectos perjudiciales y de esta forma reducir la contaminación atmosférica, incluida la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia". El Convenio también contiene disposiciones detalladas sobre la cooperación en las esferas de la investigación y el desarrollo (art. 7); el intercambio de informaciones (art. 8); y la realización y ulterior desarrollo del programa concertado de seguimiento continuo y de evaluación del transporte a gran distancia de contaminantes atmosféricos en Europa (art. 9). De manera análoga, a escala regional, el Acuerdo Marco Regional para África Oriental sobre Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Nairobi, 2008)[127] y el Acuerdo Marco Regional de África Occidental y Central sobre la Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Abiyán, 2009)[128] contienen disposiciones idénticas en materia de cooperación internacional. Las partes convienen en:

> 1.2 Considerar las sinergias y los beneficios colaterales de la adopción de medidas conjuntas contra la emisión de contaminantes atmosféricos y gases de efecto invernadero;
>
> [...]
>
> 1.4 Promover el intercambio de material informativo y datos de investigaciones sobre la gestión de la calidad del aire;
>
> 1.5 Promover la cooperación regional para fortalecer las instituciones reguladoras.

[127] Puede consultarse en: https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf.

[128] Puede consultarse en: https://web.archive.org/web/20111224143143/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf.

9) En su labor, la Comisión también ha reconocido la importancia de los conocimientos científicos y técnicos[129]. En el contexto de la protección de la atmósfera, es fundamental aumentar los conocimientos científicos y técnicos de las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático, el Acuerdo de París reconoce la importancia de evitar, reducir al mínimo y afrontar las pérdidas y los daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático y prevé la cooperación en esferas como: a) los sistemas de alerta temprana; b) la preparación para situaciones de emergencia; c) los fenómenos de evolución lenta; d) los fenómenos que puedan producir pérdidas y daños permanentes e irreversibles; e) la evaluación y gestión integral del riesgo; f) los servicios de seguros de riesgos, la mancomunación del riesgo climático y otras soluciones en el ámbito de los seguros; g) las pérdidas no económicas; y h) la resiliencia de las comunidades, los medios de vida y los ecosistemas[130].

Directriz 9
Interrelación entre las normas pertinentes

1. Las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos, deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles, acordes con los principios de armonización e integración sistémica, y con miras a evitar conflictos. Ello debe hacerse de conformidad con las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluidos los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y con los principios y normas del derecho internacional consuetudinario.

2. Los Estados, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, deben procurar hacerlo, en la medida de lo posible, de manera armoniosa.

3. Al aplicar los párrafos 1 y 2, debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Esos grupos pueden incluir, entre otros, los pueblos indígenas, la población de los países menos adelantados y la población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por la elevación del nivel del mar.

Comentario

1) El proyecto de directriz 9 se refiere a la "interrelación entre las normas pertinentes"[131] y trata de reflejar la relación entre las normas de derecho internacional relativas a la

[129] La segunda oración del artículo 17, párrafo 4, de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos dice: "Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal, equipos y provisiones para responder a emergencias, conocimientos científicos y técnicos y asistencia humanitaria". Por su parte, el proyecto de artículo 9 del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre dispone que "[a] los fines del presente proyecto de artículos, la cooperación incluye la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos". Además, el proyecto de artículo 10 (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) dice que "[l]a cooperación incluirá la adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres".

[130] Art. 8.

[131] Véase el proyecto de artículo 10 (relativo a la interrelación) de la resolución 2/2014 de la Asociación de Derecho Internacional sobre la declaración de principios jurídicos relativos al cambio climático, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014*, pág. 26; S. Murase (Presidente) y L. Rajamani (Relator), Report of the Committee on the Legal Principles Relating to Climate Change, *ibid.*, págs. 330 a 378, en especial págs. 368 a 377.

protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional. Los párrafos 1 y 2 son de carácter general, mientras que en el párrafo 3 se hace hincapié en la protección de los grupos que son particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La contaminación atmosférica y la degradación atmosférica se definen en el proyecto de directriz 1 relativo a los términos empleados. Esos términos se centran en la contaminación y la degradación causadas "por el hombre". Ello significa necesariamente que las actividades humanas reguladas por otros ámbitos del derecho influyen en la atmósfera y su protección. Por tanto, es importante evitar, en la medida de lo posible, conflictos y tensiones entre las normas relativas a la protección de la atmósfera y las normas relativas a otros ámbitos del derecho internacional. Así pues, en el proyecto de directriz 9 se destacan las diversas técnicas previstas en derecho internacional para abordar las tensiones entre normas y principios jurídicos, ya sea en su interpretación o en caso de conflicto. El texto del proyecto de directriz 9 se basa en las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional[132].

2) El párrafo 1 se refiere a tres tipos de procesos jurídicos: la identificación de las normas pertinentes, su interpretación y su aplicación. La expresión "y con miras a evitar conflictos" al final de la primera oración del párrafo indica que "evitar conflictos" es uno de los principales propósitos del párrafo. No obstante, no es el único objetivo del proyecto de directriz. El párrafo se ha redactado en forma pasiva en reconocimiento del hecho de que en el proceso de identificación, interpretación y aplicación no solo intervienen Estados, sino también otras partes como, en su caso, organizaciones internacionales.

3) Las palabras "deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles" se basan en las conclusiones del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación. El término "identificadas" es particularmente pertinente en relación con las normas derivadas de obligaciones convencionales y de otras fuentes del derecho internacional. Para coordinar normas, es necesario adoptar ciertas medidas preliminares en relación con la identificación, por ejemplo, determinar si dos normas se ocupan de "la misma materia" y qué norma debe considerarse *lex generalis* o *lex specialis* y *lex anterior* o *lex posterior*, así como si se aplica la norma *pacta tertiis*.

4) La primera oración contiene una referencia específica a los principios de "armonización e integración sistémica", a los que se concede especial atención en las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación. Como se señala en la conclusión 4), relativa a la armonización, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a "un solo conjunto de obligaciones compatibles". Además, según la conclusión 17), la integración sistémica indica que "los tratados, independientemente de la materia que constituya su objeto, son creación del sistema jurídico internacional". Por consiguiente, deben interpretarse teniendo en cuenta otras normas y principios internacionales.

5) La segunda oración del párrafo 1 trata de situar el párrafo entre las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[133], incluidos los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y los principios y normas del derecho internacional consuetudinario. El artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de 1969 pretende garantizar una "interpretación sistémica" al exigir que se tenga en cuenta "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes"[134]. En otras palabras, el artículo 31, párrafo 3 c), pone de relieve la "unidad del derecho internacional" y

[132] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 251. Véase la conclusión 2) sobre las "relaciones de interpretación" y las "relaciones de conflicto". Véase el estudio analítico en "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1).

[133] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

[134] Véase, por ejemplo, OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R, 6 de noviembre de 1998, párr. 158. Véase también *Al-Adsani v. the United Kingdom*, demanda núm. 35763/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XI, párr. 55.

"el sentido de que las normas no deben considerarse aisladamente del derecho internacional general"[135]. El artículo 30 de la Convención de 1969 recoge normas para resolver un conflicto si dicho principio de integración sistémica no resulta efectivo en una determinada circunstancia. El artículo 30 prevé normas de conflicto de *lex specialis* (párr. 2), de *lex posterior* (párr. 3) y de *pacta tertiis* (párr. 4)[136]. La expresión "principios y normas del derecho internacional consuetudinario", en la segunda oración del párrafo 1, designa los principios y normas del derecho internacional consuetudinario que son pertinentes para la identificación, interpretación y aplicación de normas pertinentes[137]. Aunque la última oración del párrafo 1 se refiere a los "principios" y "normas" del derecho internacional consuetudinario, se entiende sin perjuicio de la pertinencia que los "principios generales del derecho" puedan tener en relación con el proyecto de directrices.

6) La fórmula "incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos" pone de relieve la importancia práctica de estas tres esferas en su relación con la protección de la atmósfera. Los ámbitos que se especifican tienen un estrecho vínculo con las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera a nivel de práctica convencional, jurisprudencia y doctrina[138]. No se obvian otras ramas del derecho que pueden ser igualmente pertinentes, y la lista incluida no pretende ser exhaustiva. Además, no cabe interpretar que ningún aspecto del proyecto de directriz 9 subordine las normas de derecho internacional de las ramas citadas a las normas relativas a la protección de la atmósfera o viceversa.

7) Con respecto al derecho mercantil internacional, se ha establecido el concepto de apoyo mutuo para ayudar a conciliar ese derecho con el derecho internacional del medio ambiente, que está relacionado en parte con la protección de la atmósfera. El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio[139] de 1994, dispone en su preámbulo que su propósito es conciliar las metas del desarrollo y el comercio con las necesidades ambientales "de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible"[140]. El Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC comenzó a llevar a cabo sus actividades "con el objetivo de lograr que las políticas sobre comercio internacional y las políticas ambientales se apoyen mutuamente"[141] y, en su informe de 1996 a la Conferencia Ministerial de Singapur, dicho Comité reiteró su posición de que el sistema de la OMC y la protección del medio ambiente son "dos esferas de la formulación de políticas [que] son a la vez importantes y han de apoyarse recíprocamente para promover el desarrollo sostenible"[142]. Dado que el concepto de "apoyo mutuo" ha pasado gradualmente a ser considerado "una

[135] P. Sands, "Treaty, custom and the cross-fertilization of international law", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), pág. 95, párr. 25; C. McLachlan, "The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pág. 279; O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 828 y 829.

[136] *Ibid*., págs. 791 a 798.

[137] Cabe señalar que el Entendimiento de la OMC relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1869, núm. 31874, pág. 3, anexo 2, pág. 401) establece en su artículo 3, párrafo 2, que "[e]l sistema de solución de diferencias de la OMC [...] sirve para [...] aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas *usuales* de interpretación del derecho internacional público" (sin cursiva en el original).

[138] Véanse International Law Association, resolución 2/2014 sobre la declaración de principios jurídicos relativos al cambio climático, proyecto de artículo 10 (relativo a la interrelación) (nota 131 *supra*); A. Boyle, "Relationship between international environmental law and other branches of international law", en Bodansky y otros, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 126 a 146.

[139] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 1867 a 1869, núm. 31874.

[140] *Ibid*., vol. 1867, núm. 31874, pág. 154.

[141] Comité de Negociaciones Comerciales, decisión de 14 de abril de 1994, MTN.TNC/45(MIN), anexo II, pág. 17.

[142] OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, Informe (1996) WT/CTE/1 (12 de noviembre de 1996), párr. 167.

norma jurídica *interna* de la OMC"[143], en la Declaración Ministerial de Doha de 2001 se expresa la convicción de los Estados de que los objetivos de "actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente"[144]. En el derecho mercantil internacional, el apoyo mutuo se considera parte del principio de armonización en la interpretación de normas contradictorias de diferentes tratados. Entre los diversos asuntos de solución de diferencias de la OMC pertinentes, destaca *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* de 1996, porque el Órgano de Apelación se negó a separar las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de otras normas de interpretación del derecho internacional público al afirmar que "no debe leerse el *Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público*" (sin cursiva en el original)[145].

8) Se observan tendencias y enfoques similares en el derecho internacional de las inversiones. Los acuerdos de libre comercio, que contienen varias cláusulas de inversión[146], y numerosos tratados bilaterales de inversión[147] también incluyen normas en relación con el medio ambiente, que han sido confirmadas por la jurisprudencia de los correspondientes órganos de solución de controversias. Algunos tribunales sobre inversiones han destacado que los tratados de inversión "no pueden leerse ni interpretarse aisladamente del derecho internacional público"[148].

---

[143] J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003); R. Pavoni, "Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the 'WTO-and-competing regimes' debate?", *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), págs. 651 y 652. Véanse también S. Murase, "Perspectives from international economic law on transnational environmental issues", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1996), págs. 283 a 431, reproducido en S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokio, Sophia University Press, 2011), págs. 1 a 127; y S. Murase, "Conflict of international regimes: trade and the environment", *ibid*., págs. 130 a 166.

[144] Adoptada en Doha el 14 de noviembre de 2001 en el cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de la OMC, WT/MIN(01)/DEC/1, párr. 6. En la Declaración Ministerial de Hong Kong de 2005 se reafirmó "el mandato establecido en el párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha, encaminado a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente" (adoptada el 18 de diciembre de 2005 en el sexto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de Hong Kong (China), WT/MIN(05)/DEC, párr. 31).

[145] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, pág. 17. Véase también S. Murase, "Unilateral measures and the WTO dispute settlement" (donde se analiza el asunto *Gasolina*), en S. C. Tay y D. C. Esty (eds.), *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law* (Singapur, Times Academic Press, 1996), págs. 137 a 144.

[146] Véase, por ejemplo, Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, 1 de julio de 2020, art. 1.3 y cap. 14 ("Inversión"), que puede consultarse en el sitio web de la Oficina del Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between.

[147] Existen diversos modelos de tratados bilaterales de inversión, tales como el modelo de acuerdo bilateral de inversión del Canadá, de 2004, que puede consultarse en: www.italaw.com; el modelo de acuerdo bilateral de inversión de Colombia, de 2007, que puede consultarse en: www.italaw.com; el modelo de acuerdo bilateral de inversión de los Estados Unidos, de 2012, que puede consultarse en: www.italaw.com; y el Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible, de 2005, en H. Mann y otros, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, 2ª ed. (Winnipeg, 2005), art. 34. Véanse también Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (2015), págs. 91 a 121, que puede consultarse en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf; P. Muchlinski, "Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives", en S. Hindelang y M. Krajewski (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified* (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 41 a 64.

[148] *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, caso CIADI núm. ARB/06/5, laudo, 15 de abril de 2009, párr. 78.

9) Lo mismo ocurre con el derecho del mar. La protección de la atmósfera está intrínsecamente vinculada a los océanos y al derecho del mar dada la estrecha interacción física que existe entre la atmósfera y los océanos. En el preámbulo del Acuerdo de París se observa "la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos". Este vínculo también se confirma en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[149], que define en su artículo 1, párrafo 1 4), la expresión "contaminación del medio marino" de modo que incluye todas las fuentes de contaminación marina, incluida la contaminación atmosférica de origen terrestre y causada por buques[150]. La Convención contiene disposiciones detalladas sobre la protección y preservación del medio marino en su Parte XII, en particular en los artículos 192, 194, 207, 211 y 212. Varias convenciones regionales regulan la contaminación marina de origen terrestre[151]. La OMI ha tratado de regular la contaminación causada por buques en el marco de sus iniciativas encaminadas a complementar las disposiciones de la Convención[152] y luchar contra el cambio climático[153]. La aplicación efectiva de las normas del derecho del mar aplicables podría contribuir a la protección de la atmósfera. Del mismo modo, la aplicación efectiva de las normas sobre la protección del medio ambiente podría proteger los océanos.

10) En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos, la degradación del medio ambiente, incluidos la contaminación atmosférica, el cambio climático y la disminución de la capa de ozono, "puede afectar la efectividad de los derechos humanos"[154]. El vínculo entre

[149] Antes de la Convención, el único instrumento internacional reseñable era el Tratado de 1963 por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua (Moscú, 5 de agosto de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, núm. 6964, pág. 43).

[150] M. H. Nordquist y otros (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), págs. 41 y 42.

[151] Por ejemplo, el Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2354, núm. 42279, pág. 67 y ss., en especial pág. 71, art. 1 e)); el Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico (Helsinki, 9 de abril de 1992, *ibid.*, vol. 1507, núm. 25986, pág. 166 y ss., en especial pág. 169, art. 2, párr. 2); el Protocolo para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación causada por Fuentes y Actividades Situadas en Tierra (*ibid*., vol. 1328, núm. 22281, pág. 105 y ss., en especial pág. 121, art. 4, párr. 1 b)); el Protocolo para la protección del Pacífico sudeste contra la contaminación proveniente de fuentes terrestres (Quito, 22 de julio de 1983, *ibid.*, vol. 1648, núm. 28327, pág. 73 y ss., en especial pág. 90, art. II c)); y el Protocolo sobre la protección del medio marino contra la contaminación de origen terrestre al Convenio Regional de Kuwait sobre Cooperación para la Protección del Medio Marino contra la Contaminación (Kuwait, 21 de febrero de 1990, *ibid.*, vol. 2399, núm. 17898, pág. 3 y ss., en especial pág. 40, art. III).

[152] Por ejemplo, en el 58º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino en 2008, la OMI aprobó el anexo VI, en su forma enmendada, del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (*ibid*., vol. 1340, núm. 22484, pág. 61), que regula, entre otras cosas, las emisiones de óxido de azufre y óxido de nitrógeno. El Convenio cuenta ya con seis anexos: el anexo I sobre las reglas para prevenir la contaminación por hidrocarburos (entrada en vigor el 2 de octubre de 1983), el anexo II sobre las reglas para prevenir la contaminación por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel (entrada en vigor el 6 de abril de 1987), el anexo III sobre las reglas para prevenir la contaminación por sustancias perjudiciales transportadas por mar en bultos (entrada en vigor el 1 de julio de 1992), el anexo IV sobre las reglas para prevenir la contaminación por las aguas sucias de los buques (entrada en vigor el 27 de septiembre de 2003), el anexo V sobre las reglas para prevenir la contaminación ocasionada por las basuras de los buques (entrada en vigor el 31 de diciembre de 1988) y el anexo VI sobre las reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques (entrada en vigor el 19 de mayo de 2005).

[153] S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), págs. 107 a 126; S. Karim y S. Alam, "Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal", *Asian Journal of International Law*, vol. 1 (2011), págs. 131 a 148; Y. Shi, "Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?", *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113 (2016), págs. 187 a 192; J. Harrison, "Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping" (2012), Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo, Research Paper núm. 2012/12, pág. 20. Puede consultarse en: https://ssrn.com/abstract=2037038.

[154] Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/19/34), párr. 15. Véase

los derechos humanos y el medio ambiente, incluida la atmósfera, se reconoce en la práctica. La Declaración de Estocolmo reconoce, en su principio 1, que toda persona "tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar"[155]. En la Declaración de Río de 1992 se señala, en el principio 1, que "[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible" y que "[t]ienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza"[156]. En el contexto de la contaminación atmosférica, el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia reconoce que la contaminación atmosférica tiene "una acción nociva de tal naturaleza que pone en peligro la salud humana" y establece que las partes están decididas a "proteger al hombre y su medio ambiente contra la contaminación atmosférica" de cierta magnitud[157]. Asimismo, en el caso de la degradación atmosférica, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono contiene una disposición por la que se requiere que las partes tomen las medidas apropiadas "para proteger la salud humana", de conformidad con el Convenio y los protocolos en que sean parte[158]. Del mismo modo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se ocupa de los efectos adversos del cambio climático, incluidos sus efectos nocivos significativos "en la salud y el bienestar humanos"[159].

11) En este contexto, los derechos humanos pertinentes abarcan "el derecho a la vida"[160], "el derecho a la vida privada y familiar"[161] y el "derecho de propiedad"[162], así como los demás derechos enumerados en el undécimo párrafo del preámbulo del Acuerdo de París:

> [E]l cambio climático es un problema de toda la humanidad […], al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional.

12) Cuando las convenciones en materia de derechos humanos reconocen un derecho específico al medio ambiente, las cortes y tribunales y los órganos de tratados competentes

también la resolución 19/10 del Consejo de Derechos Humanos, de 19 de abril de 2012, relativa a los derechos humanos y el medio ambiente.

155 Véase L. B. Sohn, "The Stockholm Declaration on the Human Environment" (nota 23 *supra*), págs. 451 a 455.

156 F. Francioni, "Principle 1: human beings and the environment", en J. E. Viñuales (ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 93 a 106, en especial págs. 97 y 98.

157 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, núm. 21623, pág. 217 y ss., en especial pág. 219, arts. 1 y 2.

158 *Ibid*. vol. 1513, núm. 26164, pág. 293 y ss., en especial pág. 326, art. 2.

159 Art. 1.

160 Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171); art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Nueva York, 20 de diciembre de 1989, *ibid*., vol. 1577, núm. 27531, pág. 3); art. 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (Nueva York, 20 de diciembre de 2006, *ibid*., vol. 2515, núm. 44910, pág. 3); art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (Roma, 4 de noviembre de 1950, *ibid*., vol. 213, núm. 2889, pág. 221, en adelante, "Convenio Europeo de Derechos Humanos"); art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (San José, 22 de noviembre de 1969, *ibid*., vol. 1144, núm. 14668, pág. 171); y art. 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Nairobi, 27 de junio de 1981, *ibid*., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217).

161 Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y art. 11, párr. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

162 Art. 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*ibid*., vol. 213, núm. 2889, pág. 221); art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y art. 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Véase D. Shelton, "Human rights and the environment: substantive rights", en Fitzmaurice, D. M. Ong y P. Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 265 a 283, en especial págs. 265 y 269 a 278.

hacen que se respete, también en el caso del derecho a la salud. No obstante, para que el derecho internacional de los derechos humanos contribuya a la protección de la atmósfera, han de cumplirse determinados requisitos básicos[163]. En primer lugar, como el derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo un "ordenamiento jurídico basado en el daño personal"[164], ha de determinarse la existencia de un vínculo directo entre la contaminación o degradación atmosféricas que socavan el derecho protegido y el menoscabo de ese derecho. En segundo lugar, los efectos adversos de la contaminación o degradación atmosféricas han de alcanzar un umbral determinado para entrar en el ámbito de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. La determinación de ese nivel mínimo es relativa y depende del contenido del derecho que se invoque y de todas las circunstancias pertinentes del caso, como la intensidad y duración del perjuicio y sus efectos físicos o mentales. En tercer lugar, y lo que es más importante, es necesario demostrar la relación causal entre la acción u omisión de un Estado, por una parte, y la contaminación o degradación atmosféricas, por la otra.

13) Una de las dificultades de la relación entre las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera y el derecho de los derechos humanos es la "falta de conexión" en su aplicación *ratione personae*. Mientras que las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera no solo son de aplicación a los Estados de las víctimas, sino también a los Estados de origen del daño, el alcance de la aplicación de los tratados de derechos humanos se limita a las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado[165]. Así pues, cuando una actividad nociva para el medio ambiente en un Estado afecta a personas de otro Estado, surge la cuestión de la interpretación del concepto de "jurisdicción" en el contexto de las obligaciones en materia de derechos humanos. A la hora de interpretar y aplicar esa noción, podrá tenerse en cuenta el objeto y el fin de los tratados de derechos humanos. En su opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte Internacional de Justicia, al examinar la cuestión de la jurisdicción extraterritorial, declaró que, "si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones"[166].

14) Una posible consideración es la pertinencia del principio de no discriminación. Algunos autores sostienen que cabe pensar que no es razonable que el derecho internacional de los derechos humanos no se aplique a la contaminación atmosférica o la degradación mundial, ni que el derecho solo pueda ofrecer protección a las víctimas de la contaminación intrafronteriza. Defienden que el principio de no discriminación requiere que el Estado responsable trate la contaminación atmosférica transfronteriza o la degradación atmosférica global del mismo modo que la contaminación nacional[167]. Además, solo en la medida en que las normas de derechos humanos pertinentes tengas efectos extraterritoriales[168], se podrá considerar que se solapan con las normas ambientales de protección de la atmósfera, como

[163] P.-M Dupuy y J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), págs. 320 a 329.

[164] *Ibid*., págs. 308 y 309.

[165] Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase A. Boyle, "Human rights and the environment: where next?", *European Journal of International Law*, vol. 23 (2012), págs. 613 a 642, en especial págs. 633 a 641.

[166] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109.

[167] Boyle, "Human rights and the environment" (véase la nota 165 *supra*), págs. 639 y 640.

[168] B. Simma y P. Alston, "Sources of human rights law: custom, *jus cogens* and general principles", *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), págs. 82 a 108; V. Dimitrijevic, "Customary law as an instrument for the protection of human rights", Working Paper, núm. 7 (Milán, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), págs. 3 a 30; B. Simma, "Human rights in the International Court of Justice: are we witnessing a sea change?", en D. Alland y otros (eds.), *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2014), págs. 711 a 737; y H. Thirlway, "International law and practice: human rights in customary law: an attempt to define some of the issues", *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), págs. 495 a 506.

la diligencia debida (proyecto de directriz 3), la evaluación del impacto ambiental (proyecto de directriz 4), la utilización sostenible (proyecto de directriz 5), la utilización equitativa y razonable (proyecto de directriz 6) y la cooperación internacional (proyecto de directriz 8), entre otras, lo que permitiría interpretar y aplicar ambas normas de manera armoniosa.

15) A diferencia del párrafo 1, que se ocupa de la identificación, la interpretación y la aplicación, el párrafo 2 se refiere a la situación en la que los Estados desean elaborar nuevas normas. El párrafo pone de manifiesto un deseo general de alentar a los Estados que participen en negociaciones relacionadas con la creación de nuevas normas a que tengan en cuenta las relaciones sistémicas existentes entre las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera y las normas de otros ámbitos jurídicos.

16) El párrafo 3 destaca las dificultades de las personas en situación vulnerable a causa de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Se ha redactado para incluir una referencia directa a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La referencia a los párrafos 1 y 2 abarca tanto los aspectos de "identificación, interpretación y aplicación", por una parte, como el de "desarrollo", por otra. Las palabras "debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica" ponen de relieve el alcance amplio de la atención que debe prestarse a la situación de las personas y grupos vulnerables, que abarca ambos aspectos del presente tema, es decir, la "contaminación atmosférica" y la "degradación atmosférica". No se consideró útil hacer referencia en el texto a los "derechos humanos", ni tan siquiera a los "derechos" o los "intereses legalmente protegidos".

17) La segunda oración del párrafo 3 contiene ejemplos de grupos que pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad en el contexto de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La Organización Mundial de la Salud ha señalado que todas las poblaciones se verán afectadas por el cambio climático, pero los riesgos iniciales para la salud varían considerablemente, dependiendo de dónde y cómo vive la población. Las personas que viven en los pequeños Estados insulares en desarrollo y otras regiones costeras, megalópolis y regiones montañosas y polares son particularmente vulnerables en distintas formas[169]. En los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por la Asamblea General en su Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se aborda la contaminación atmosférica. En particular, en los Objetivos 3.9 y 11.6, en los que se pide una reducción sustancial del número de muertes y enfermedades causadas por la contaminación atmosférica, y una atención especial a la calidad del aire en las ciudades[170].

18) La expresión, en la segunda oración del párrafo 3, "pueden incluir, entre otros" indica que los ejemplos que se dan no son necesariamente exhaustivos. Los pueblos indígenas son, como se declaró en el Informe de la Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas sobre el Cambio Climático, "los más vulnerables a los efectos del cambio climático porque viven en las zonas más afectadas por el cambio climático y suelen ser los más desfavorecidos socioeconómicamente"[171]. La población de los países menos adelantados también se encuentra en una situación especialmente vulnerable, ya que a menudo vive en condiciones de pobreza extrema, sin acceso a servicios básicos de infraestructura ni a una protección

[169] Organización Mundial de la Salud, *Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People* (Ginebra, 2009), pág. 2.

[170] Véase B. Lode, P. Schönberger y P. Toussaint, "Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law", *Review of European, Community and International Environmental Law*, vol. 25 (2016), págs. 27 a 38. Véanse también los indicadores de esas metas especificados en 2016 (3.9.1: tasa de mortalidad atribuida a la contaminación de los hogares y del aire ambiente, y 11.6.2: niveles medios anuales de partículas finas en las ciudades).

[171] "Informe de la Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas sobre el Cambio Climático, 20 a 24 de abril de 2009, Anchorage, Alaska", pág. 12. Véanse R. L. Barsh, "Indigenous peoples", en Bodansky y otros, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 829 a 852; B. Kingsbury, "Indigenous peoples", en R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, págs. 116 a 133; y H. A. Strydom, "Environment and indigenous peoples", *ibid*., vol. III, págs. 455 a 461.

médica y social adecuada[172]. La población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por la elevación del nivel del mar está expuesta a una posible pérdida de tierras que provocaría su desplazamiento y, en algunos casos, su migración forzada. Según se observa en el preámbulo del Acuerdo de París, además de los grupos especificados en el párrafo 3 del proyecto de directriz 9, otros grupos que pueden ser particularmente vulnerables y que a menudo se ven gravemente afectados por la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica son las comunidades locales, los migrantes, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y las personas de edad[173].

Directriz 10
Aplicación

1. La observancia en el ámbito nacional de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, incluidas las mencionadas en el presente proyecto de directrices, puede adoptar la forma de medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole.

2. Los Estados deben procurar poner en práctica las recomendaciones contenidas en el presente proyecto de directrices.

Comentario

1) El proyecto de directriz 10 se ocupa de la observancia en el ámbito nacional de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. El cumplimiento en el ámbito internacional se aborda en el proyecto de directriz 11. Esos dos proyectos de directriz están interrelacionados. En el presente proyecto de directriz, el término "observancia" se utiliza para hacer referencia a las medidas que pueden adoptar los Estados para hacer efectivas las disposiciones de un tratado a nivel nacional, incluida la aplicación en sus leyes nacionales[174].

2) Los dos párrafos del proyecto de directriz abordan, por una parte, las obligaciones existentes en virtud del derecho internacional, y, por otra, las recomendaciones que figuran en el proyecto de directrices.

3) La expresión "observancia en el ámbito nacional" indica las medidas que pueden adoptar las partes para hacer efectivas a nivel nacional las obligaciones internacionales, de

[172] World Bank Group Climate Change Action Plan, 7 de abril de 2016, párr. 104, puede consultarse en: http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf.

[173] El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tiene una recomendación general sobre las "dimensiones de la reducción del riesgo de desastres y el cambio climático relacionadas con el género"; véase https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx. Además de las mujeres y los niños, se suele citar a las personas de edad y las personas con discapacidad como personas vulnerables. Véanse Organización Mundial de la Salud, *Protecting Health from Climate Change…* (nota 169 *supra*), y el Plan de Acción para el Clima del Grupo del Banco Mundial (nota 172 *supra*). La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de 2015 (*Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, cuadragésimo quinto período ordinario de sesiones, Actas y documentos*, vol. I (OEA/Ser.P/XLV-O.2), págs. 11 a 38) establece, en su artículo 25 (derecho a un medio ambiente sano), que "[l]a persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas: a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza; b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros".

[174] Véase, en general, P. Sands y J. Peel, con A. Fabra y R. MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, 4ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), págs. 144 a 196; E. Brown Weiss y H. K. Jacobson (eds.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), véase "A framework for analysis", págs. 1 a 18, en especial pág. 4.

conformidad con la constitución y el ordenamiento jurídico de cada Estado[175]. La observancia en el ámbito nacional adopta diversas formas, a saber, "medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole". La palabra "puede" refleja el carácter discrecional de la disposición. Se habla de medidas "administrativas", en lugar de medidas "ejecutivas", por tratarse de un concepto más amplio que abarca la posible aplicación en los niveles inferiores de la administración del Estado. La expresión "de otra índole" designa una categoría residual que comprende todas las demás formas de aplicación en el ámbito nacional. Las palabras "observancia en el ámbito nacional" también se refieren a las obligaciones de organizaciones regionales como la Unión Europea[176].

4) Hay que interpretar que el término "obligaciones" en el párrafo 1 no designa nuevas obligaciones para los Estados, sino que se refiere a las obligaciones que ya tienen los Estados en virtud del derecho internacional. Por tanto, se eligió la frase "incluidas las [obligaciones] mencionadas en el presente proyecto de directrices", y la expresión "mencionadas" pone de relieve el hecho de que el proyecto de directrices como tal no crea nuevas obligaciones ni aborda exhaustivamente las diversas cuestiones relacionadas con el tema.

5) El proyecto de directrices se refiere a las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, a saber, la obligación de proteger la atmósfera (proyecto de directriz 3), la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental (proyecto de directriz 4) y la obligación de cooperar (proyecto de directriz 8)[177]. Habida cuenta de que los Estados tienen esas obligaciones, es evidente que deben aplicarse fielmente.

6) La referencia en el párrafo 2 a "las recomendaciones contenidas en el presente proyecto de directrices" tiene por objeto distinguir entre esas recomendaciones y las "obligaciones" que se mencionan en el párrafo 1. El término "recomendaciones" se consideró conveniente porque sería compatible con los proyectos de directriz en que se utilice la fórmula "debe"[178]. Esto se entiende sin perjuicio del contenido normativo que los proyectos de directriz tengan con arreglo al derecho internacional. En el párrafo 2 se establece que los Estados deben procurar poner en práctica las recomendaciones contenidas en el proyecto de directrices.

7) Además, aunque los Estados recurran en ocasiones a la aplicación extraterritorial del derecho interno en la medida que se permita en el derecho internacional[179], no se consideró

---

[175] C. Redgwell, "National implementation", en Bodansky y otros, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 923 a 947.

[176] Véase L. Krämer, "Regional economic integration organizations: the European Union as an example", en Bodansky y otros, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 854 a 877 (sobre la aplicación, págs. 868 a 870).

[177] Incluso la obligación de cooperar requiere en ocasiones una aplicación a nivel nacional. Según el proyecto de directriz 8, párr. 2, "[l]a cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta", que normalmente exigen legislación nacional de aplicación.

[178] Véanse, por ejemplo, los proyectos de directriz 5, 6, 7, 9 y 12, párr. 2.

[179] Los precedentes pertinentes de la aplicación extraterritorial de la legislación nacional son: a) asuntos *Atún* en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (la "aplicación extrajurisdiccional" de la Ley estadounidense de Protección de los Mamíferos Marinos no es compatible con el artículo XX del Acuerdo General, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, DS21/R-39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Atún-I, no adoptado), párrs. 5.27 a 5.29; Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, DS29/R, 16 de junio de 1994 (Atún-II, no adoptado), párr. 5.32); b) OMC, asunto *Gasolina* (sobre la aplicación extraterritorial de la Ley de Regulación de la Calidad del Aire de los Estados Unidos, OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 22 de abril de 1996); c) Tribunal de Justicia Europeo, sentencia, *Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate*, 21 de diciembre de 2011 (sobre la aplicación extraterritorial de la Directiva de la Unión Europea sobre la Aviación 2008/101/CE); y d) Ley de Singapur de Contaminación Transfronteriza derivada de la Calina, de 2014, que establece la jurisdicción extraterritorial sobre la base del "objetivo del principio de territorialidad penal" (Parlamento de Singapur, *Informes oficiales*, núm. 12, segundo período de

necesario abordar la cuestión a los efectos del presente proyecto de directrices[180]. Se consideró que la cuestión de la aplicación extraterritorial del derecho interno por un Estado planteaba una serie de problemas complejos con repercusiones de gran alcance para otros Estados y para sus relaciones mutuas.

Directriz 11
Cumplimiento

1. Los Estados han de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, entre otras cosas mediante la observancia de las normas y los procedimientos de los acuerdos pertinentes en que sean parte.

2. Para lograr el cumplimiento, se pueden utilizar procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio, según proceda, de conformidad con los acuerdos pertinentes:

a) los procedimientos de facilitación pueden incluir la prestación de asistencia a los Estados, en caso de incumplimiento, de manera transparente, no contenciosa y no punitiva para velar por que los Estados en cuestión cumplan las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional, teniendo en cuenta su capacidad y sus condiciones especiales;

b) los procedimientos para el cumplimiento obligatorio pueden incluir las advertencias en caso de incumplimiento, la suspensión de los derechos y privilegios previstos en los acuerdos pertinentes, así como otro tipo de medidas para el cumplimiento obligatorio.

Comentario

1) El proyecto de directriz 11, que complementa al proyecto de directriz 10 relativo a la observancia en el ámbito nacional, se refiere al cumplimiento en el ámbito internacional. El uso del término "cumplimiento" no es necesariamente uniforme en los acuerdos ni en la doctrina. En el presente proyecto de directriz, el término "cumplimiento" hace alusión a los mecanismos o procedimientos adoptados en el ámbito internacional con los que se verifica si los Estados se atienen realmente a las obligaciones de un acuerdo o a otras normas de derecho internacional.

2) El párrafo 1 refleja, en particular, el principio *pacta sunt servanda*. El propósito del enunciado "obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional" relativas a la protección de la atmósfera es armonizar la fórmula utilizada en el párrafo 1 con la redacción empleada a lo largo del proyecto de directrices. También se consideró que el carácter general de la expresión "obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional" reflejaba mejor el hecho de que las normas convencionales que constituyen obligaciones pueden, en algunos casos, ser vinculantes únicamente para las partes en los acuerdos pertinentes, mientras que otras pueden codificar normas de derecho internacional, llevar a su cristalización o dar origen a una práctica general aceptada como derecho[181], generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, con los consiguientes efectos jurídicos para quienes no sean parte. La expresión "los acuerdos pertinentes" en que los Estados sean parte se ha utilizado para no limitar el alcance de la disposición únicamente a acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, cuando esas obligaciones pueden existir en otros acuerdos[182]. Por su carácter general, el párrafo 1 también resulta adecuado como introducción al párrafo 2.

sesiones, 4 de agosto de 2014, párrs. 5 y 6). Véase Murase, "Perspectives from international economic law on transnational environmental issues" (nota 143 *supra*), págs. 349 a 372.

[180] Véase el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/711), párr. 31.

[181] Véase la conclusión 11 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y sus comentarios, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), cap. V, págs. 155 a 160.

[182] Esta reflexión sobre la práctica de los Estados abarcaría los acuerdos multilaterales o regionales, u otros acuerdos comerciales que, por ejemplo, también puedan contemplar disposiciones de protección

3) El párrafo 2 se refiere a los procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio que pueden emplear los mecanismos de cumplimiento[183]. La formulación de la frase inicial del encabezamiento, "[p]ara lograr el cumplimiento", se ajusta a los acuerdos existentes que se ocupan de los mecanismos de cumplimiento. Con la expresión "se pueden utilizar [...], según proceda", se subraya la diversidad de circunstancias y contextos en que cabría recurrir a procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio con objeto de promover el cumplimiento. La conjunción disyuntiva "o" indica que el órgano competente creado en virtud del acuerdo de que se trate puede considerar como opciones posibles los procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio. Al final del encabezamiento se utiliza la frase "de conformidad con los acuerdos pertinentes" para subrayar que los procedimientos de facilitación o para el cumplimiento obligatorio son los que están previstos en los acuerdos en los que los Estados sean parte, y que se recurrirá a esos procedimientos con arreglo a tales acuerdos.

4) Además del encabezamiento, el párrafo 2 consta de dos apartados: a) y b). En ambos se ha utilizado la fórmula "pueden incluir" con objeto de dar a los Estados y al órgano competente establecido en virtud del acuerdo en cuestión la posibilidad de recurrir a procedimientos de facilitación o para el cumplimiento existentes.

5) En el apartado a) se emplea la fórmula "en caso de incumplimiento"[184] y se hace referencia a "los Estados en cuestión", con lo que se evita la expresión "Estados que hayan incumplido". Los procedimientos de facilitación pueden incluir la prestación de "asistencia" a los Estados, ya que algunos Estados tal vez tienen voluntad de cumplir, pero no pueden hacerlo por falta de capacidad. Así, las medidas de facilitación se ofrecen de manera transparente, no contenciosa y no punitiva para ayudar a los Estados en cuestión a cumplir las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional[185]. En cuanto a la última parte de esa oración, se consideró necesario incluir la referencia "teniendo en cuenta su capacidad y sus condiciones especiales", en reconocimiento de los problemas específicos con que a menudo se encuentran los países en desarrollo y los países menos adelantados para cumplir

---

del medio ambiente que incluyan excepciones como las previstas en el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, o incluso los denominados "acuerdos paralelos" ambientales, tales como el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.

183 Los procedimientos en caso de incumplimiento han sido adoptados de manera generalizada en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente relativos a la protección de la atmósfera, como: a) el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y sus Protocolos posteriores: véase E. Milano, "Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Convention and its Protocols", en T. Treves y otros (eds.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements* (La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009), págs. 169 a 180; b) el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369, pág. 3 y UNEP/OzL.Pro.4/15); F. Lesniewska, "Filling the holes: the Montreal Protocol's non-compliance mechanisms", en Fitzmaurice, Ong y Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 471 a 489; c) el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo; d) el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la decisión 24/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3); J. Brunnée, "Climate change and compliance and enforcement processes", en R. Rayfuse y S. V. Scott (eds.), *International Law in the Era of Climate Change* (Cheltenham, Edward Elgar, 2012), págs. 290 a 320; e) el Acuerdo de París; D. Bodansky, "The Paris Climate Change Agreement: a new hope?", *American Journal of International Law*, vol. 110 (2016), págs. 288 a 319.

184 Se basa en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, en cuyo art. 8 figura la expresión "las Partes que no hayan cumplido lo prescrito" (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369, pág. 40).

185 M. Koskenniemi, "Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol", *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992,) págs. 123 a 162; D. G. Victor, "The operation and effectiveness of the Montreal Protocol's non-compliance procedure", en Victor, K. Raustiala y E. B. Skolnikoff (eds.), *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments: Theory and Practice* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), págs. 137 a 176; O. Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (La Haya, Kluwer Law International, 2001), págs. 178 y 179; Dupuy y Viñuales, *International Environmental Law* (nota 163 *supra*), pág. 285 y ss.

las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente. Esto se debe, sobre todo, a una falta de capacidad en general, que a veces puede mitigarse con apoyo externo que permita reforzar la capacidad a fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional.

6) En el apartado b) se habla de procedimientos para el cumplimiento obligatorio, que pueden incluir las advertencias en caso de incumplimiento, la suspensión de los derechos y privilegios previstos en los acuerdos pertinentes, así como otro tipo de medidas para el cumplimiento obligatorio[186]. Los procedimientos para el cumplimiento obligatorio, a diferencia de los de facilitación, tienen por objeto lograr el cumplimiento imponiendo sanciones al Estado de que se trate en caso de que este no cumpla con sus obligaciones. Al final de la oración, se emplea la expresión "medidas para el cumplimiento obligatorio" en lugar de "sanciones" a fin de evitar confusiones debido a la posible connotación negativa asociada al término "sanciones". Los procedimientos para el cumplimiento obligatorio que se mencionan en el apartado b) deben distinguirse de cualquier invocación de responsabilidad internacional de los Estados, de modo que esos procedimientos solo deben adoptarse para inducir a los Estados en cuestión a que vuelvan a cumplir las obligaciones establecidas de conformidad con los acuerdos pertinentes en los que sean parte, como se menciona en el encabezamiento[187].

Directriz 12
Arreglo de controversias

1. Las controversias entre Estados relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica han de resolverse por medios pacíficos.

2. Habida cuenta de que esas controversias pueden conllevar numerosas cuestiones fácticas y de verificación científica, debe darse la consideración debida al recurso a expertos científicos y técnicos.

Comentario

1) El proyecto de directriz 12 se ocupa del arreglo de controversias. En el párrafo 1 se describe la obligación general de los Estados de resolver sus controversias por medios pacíficos. La expresión "entre Estados" aclara que las controversias a que se hace referencia en el párrafo son de carácter interestatal. En el párrafo no se hace referencia al Artículo 33, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, aunque no con la intención de restar importancia a los diversos medios de arreglo pacífico mencionados en esa disposición, como la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial o el recurso a otros medios pacíficos que puedan preferir los Estados en cuestión, ni al principio de elección de los medios[188]. El párrafo 1 no pretende interferir en las disposiciones existentes acerca del arreglo de controversias en los regímenes convencionales ni desplazarlas. Estas seguirán aplicándose con arreglo a sus propios términos. El principal

[186] G. Ulfstein y J. Werksman, "The Kyoto compliance system: towards hard enforcement", en O. Schram Stokke, J. Hovi y G. Ulfstein (eds.), *Implementing the Climate Change Regime: International Compliance* (Londres, Earthscan, 2005), págs. 39 a 62; S. Urbinati, "Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change", en Treves y otros, *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements* (nota 183 *supra*), págs. 63 a 84; "International lawmaking for the future framework on climate change: a WTO/GATT Model", en Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Murase (nota 143 *supra*), págs. 173 y 174.

[187] G. Loibl, "Compliance procedures and mechanisms", en Fitzmaurice, Ong y Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 426 a 449, en especial págs. 437 a 439.

[188] C. Tomuschat, "Article 33", en B. Simma y otros (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3ª ed., vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 1069 a 1085; H. Ascensio, "Article 33", en J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (eds.), *La Charte des Nations Unies*, 3ª ed. (Economica, 2005), págs. 1047 a 1060.

objetivo de este párrafo es reafirmar el principio del arreglo pacífico de controversias[189] y servir de base al párrafo 2.

2) En la primera parte del párrafo 2 se reconoce que las controversias relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica pueden "conllevar numerosas cuestiones fácticas y de verificación científica". A medida que se ha venido haciendo hincapié en las aportaciones científicas en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera[190], han ido surgiendo también en los últimos años cuestiones científicas y técnicas más complicadas en el proceso del arreglo internacional de controversias. Así, las causas sometidas a las cortes y tribunales internacionales se han centrado cada vez más en pruebas de un elevado carácter científico y técnico[191]. Esos elementos, que se encuentran en las controversias sobre medio ambiente entre Estados, requieren generalmente conocimientos especializados que permitan contextualizar o comprender plenamente las cuestiones objeto de controversia.

3) En causas recientes ante la Corte Internacional de Justicia en las que se han tenido que analizar cuestiones de derecho internacional del medio ambiente sujetas a verificación científica[192], se han puesto de manifiesto, directa o indirectamente, características específicas

[189] N. Klein, "Settlement of international environmental law disputes", en Fitzmaurice, Ong y Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 379 a 400; C. P. R. Romano, "International dispute settlement", en Bodansky y otros, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (nota 21 *supra*), págs. 1037 a 1056.

[190] Véase S. Murase, "Scientific knowledge and the progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere", en J. Crawford y otros (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz* (Leiden, Brill Nijhoff, 2017), págs. 41 a 52.

[191] Véanse el discurso del Presidente de la Corte Internacional de Justicia, el Magistrado Abraham, ante la Sexta Comisión el 28 de octubre de 2016 (sobre las causas relativas al derecho internacional del medio ambiente sometidas a la Corte Internacional de Justicia) (puede consultarse en: www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president); y Presidente Peter Tomka, "The ICJ in the service of peace and justice – words of welcome by President Tomka", 27 de septiembre de 2013 (puede consultarse en: www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president). Véase también E. Valencia-Ospina, "Evidence before the International Court of Justice", *International Law Forum du droit international*, vol. 1 (1999), págs. 202 a 207; A. Riddell, "Scientific evidence in the International Court of Justice – problems and possibilities", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2009), págs. 229 a 258; B. Simma, "The International Court of Justice and scientific expertise", *American Society of International Law, Proceedings*, vol. 106 (2012), págs. 230 a 233; A. Riddell y B. Plant, *Evidence Before the International Court of Justice* (Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009), cap. 9; G. Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales* (Bruselas, Bruylant, 2005).

[192] En las causas *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (1997) (véase la nota 84 *supra*) y *Pulp Mills* (2010) (véase la nota 79 *supra*), las partes siguieron el método tradicional de presentación de las pruebas, es decir, por conducto de peritos asesores, aunque, en lugar de abogados, estos eran científicos. Sus conclusiones científicas se consideraron alegaciones de las partes, pero hubo algunas críticas de magistrados individuales de la Corte (*Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo, opinión separada del Magistrado Greenwood, párrs. 27 y 28, y opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Simma, párr. 6) y de comentaristas. En la causas relativas a la *Fumigación aérea de herbicidas* (desistimiento en 2013) *(Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, providencia de 13 de septiembre de 2013, *I.C.J. Reports 2013*, pág. 278), *Caza de la ballena en el Antártico* (2014) *(Whaling in the Antarctica (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226), y *Construcción de una carretera (Construction of a Road)* (2015) (véase la nota 58 *supra*), las partes nombraron a peritos independientes, que, en los dos últimos casos, fueron repreguntados y a cuyas declaraciones se atribuyó más peso que a las de los peritos asesores. En ninguna de estas causas la Corte nombró a sus propios peritos, de conformidad con el Artículo 50 de su Estatuto, pero sí lo hizo en la causa *Maritime Delimitation*, aunque esta no era en sí una controversia sobre derecho ambiental *(Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo *I.C.J. Reports 2018*, pág. 139). En lo que respecta al criterio de valoración de la prueba, la Corte Internacional de Justicia tiende a evitar profundizar en la cuestión, aunque ocasionalmente se refiere a ella en términos abstractos, dejando el asunto a la discreción de quienes conozcan de la causa. En los casos que conllevan numerosas cuestiones fácticas y científicas, como las controversias medioambientales, se podría considerar que la Corte rebaja el criterio de valoración

del arreglo de controversias relativas a la protección de la atmósfera. Por ese motivo, es necesario que, como se subraya en el párrafo 2, se dé "la consideración debida" al recurso a expertos técnicos y científicos[193]. Lo esencial en este párrafo es hacer hincapié en el recurso a expertos técnicos y científicos para el arreglo de controversias entre Estados por medios judiciales o de otro tipo[194].

4) La Comisión decidió mantener una fórmula simple en este proyecto de directriz y no abordar otras cuestiones que pueden ser pertinentes, como los principios de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y *non ultra petita* (no más allá de lo pedido por las partes)[195].

de la prueba si es necesario y simplemente sopesa las respectivas pruebas presentadas por las partes para llegar a una conclusión. Véase, por ejemplo, la opinión separada del Magistrado Greenwood en el fallo de la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay* (párr. 26), en el que concluye que, en tales casos, la parte en que recae la carga de la prueba solo necesita establecer los hechos según el cálculo de probabilidades (o sopesando las pruebas). Véase también K. Del Mar, "The International Court of Justice and standards of proof", en K. Bannelier, T. Christakis y S. Heathcote (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law: the enduring impact of the* Corfu Channel *case* (Abingdon, Routledge, 2012), págs. 98 a 123, en especial págs. 99 y 100; A. Rajput, "Standard of proof" en *Max Planck Encylopedia of Public International Law* (actualizada en 2021).

193 Véase D. Peat, "The use of court-appointed experts by the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), págs. 271 a 303; J. G. Devaney, *Fact-finding before the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2016); C. E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011), págs. 77 a 135; edición especial sobre las cortes y tribunales y el tratamiento de las cuestiones científicas, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012); C. Tams, "Article 50" y "Article 51", en A. Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 1287 a 1311; C. E. Foster, "New clothes for the emperor? Consultation of experts by the International Court of Justice", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), págs. 139 a 173; J. E. Viñuales, "Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), págs. 437 a 504, en especial págs. 476 a 480; G. Gaja, "Assessing expert evidence in the ICJ", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), págs. 409 a 418.

194 Cabe recordar que hay una estrecha interacción entre los medios judiciales y no judiciales de arreglo de controversias. En el contexto de las controversias relacionadas con el medio ambiente, y en particular con la protección de la atmósfera, incluso en la etapa de las negociaciones iniciales se suele exigir a los Estados que aporten pruebas científicas suficientes para fundamentar sus reclamaciones, lo que hace que a veces cueste distinguir entre la negociación y el arreglo judicial.

195 Sobre la base de la norma *iura novit curia*, la Corte puede, en principio, aplicar cualquier derecho a un hecho. Además, puede evaluar las pruebas y sacar las conclusiones que considere apropiadas (siempre que respete la norma *non ultra petita*). Habida cuenta de su función judicial, la Corte debe comprender suficientemente el significado de cada hecho técnico conexo planteado en la causa de que se trate. Véase la declaración del Presidente de la Corte Internacional de Justicia, el Magistrado Yusuf, en "Le recours à des experts désignés par la Cour en vertu de l'article 50 du Statut", pronunciado ante la Sexta Comisión de la Asamblea General el 26 de octubre de 2018, que puede consultarse en: www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president. La línea entre "hecho" y "derecho" a menudo es imprecisa (M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* (La Haya, Kluwer Law International, 1996), págs. 42 a 49). Los comentaristas describen las cuestiones científicas como "cuestiones mixtas de hecho y de derecho" (por ejemplo, C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), pág. 58) no fácilmente clasificables como jurídicas o fácticas. El Magistrado Yusuf afirma en su declaración en la causa relativa a las *Plantas de celulosa* que la función de los peritos es esclarecer los hechos y aclarar la validez científica de los métodos utilizados para establecer los hechos o reunir datos; mientras que corresponde a la Corte valorar la fuerza probatoria de los hechos (*Pulp Mills* (véase la nota 79 *supra*), declaración del Magistrado Yusuf, párr. 10). Véase también Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (véase la nota 193 *supra*), págs. 145 a 147.

Capítulo V
Aplicación provisional de los tratados

A. Introducción

41. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir el tema "Aplicación provisional de los tratados" en su programa de trabajo y nombrar al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo Relator Especial para dicho tema[196]. Posteriormente, en su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, la Asamblea General observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

42. La Comisión examinó el primer informe del Relator Especial en su 65º período de sesiones (2013); el segundo informe, en su 66º período de sesiones (2014); el tercer informe, en su 67º período de sesiones (2015); el cuarto informe, en su 68º período de sesiones (2016), y el quinto informe, en su 70º período de sesiones (2018)[197]. La Comisión tuvo también ante sí tres memorandos, preparados por la Secretaría, que fueron presentados en sus períodos de sesiones 65º (2013), 67º (2015) y 69º (2017)[198]. En su 70º período de sesiones, sobre la base de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en los informes tercero, cuarto y quinto, la Comisión aprobó provisionalmente, en primera lectura, 12 proyectos de directriz, integrados en 1 proyecto de guía para la aplicación de los tratados, con sus comentarios[199].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

43. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/738), así como los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos y las organizaciones internacionales (A/CN.4/737). En su informe, el Relator Especial examinó los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos y las organizaciones internacionales sobre el proyecto de guía aprobado en primera lectura, así como sobre varios proyectos de cláusula modelo, que el Relator había propuesto a la Comisión en su 71er período de sesiones (2019)[200]. El Relator Especial hizo propuestas para su consideración en segunda lectura, a la luz de los comentarios y observaciones recibidos, y propuso que se hiciera una recomendación a la Asamblea General.

44. En su 3514ª sesión y en sus sesiones 3516ª a 3522ª, celebradas del 4 al 14 de mayo de 2021, la Comisión examinó el sexto informe del Relator Especial.

45. Tras el debate sobre el informe, la Comisión, en su 3522ª sesión, celebrada el 14 de mayo de 2021, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1 a 12, junto con cinco proyectos de cláusula modelo que figuraban en el sexto informe del Relator Especial, teniendo en cuenta el debate mantenido en el seno de la Comisión.

46. En su 3530ª sesión, celebrada el 3 de junio de 2021, la Comisión examinó un informe provisional del Comité de Redacción. En su 3549ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2021, la Comisión examinó el informe final del Comité de Redacción (A/CN.4/L.952/Rev.1) y aprobó la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, que incluye el proyecto de directrices y un proyecto de anexo con ejemplos de disposiciones sobre la aplicación provisional (véase la sección E.1 *infra*).

47. En sus sesiones 3554ª a 3557ª, celebradas del 29 de julio al 3 de agosto de 2021, la Comisión aprobó los comentarios a la Guía (véase la sección E.2 *infra*).

---

196 *Anuario…, 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 267.

197 A/CN.4/664 (primer informe), A/CN.4/675 (segundo informe), A/CN.4/687 (tercer informe), A/CN.4/699 y Add.1 (cuarto informe), y A/CN.4/718 y Add.1 (quinto informe).

198 A/CN.4/658, A/CN.4/676 y A/CN.4/707, respectivamente. El examen del documento A/CN.4/707 se aplazó hasta el 70º período de sesiones.

199 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párrs. 85, 86, 89 y 90.

200 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), anexo A.

48. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General la Guía, con la recomendación que figura más abajo (véase la sección C *infra*).

C. Recomendación de la Comisión

49. En su 3557ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2021, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar que la Asamblea General:

a) tome nota, en una resolución, de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados de la Comisión de Derecho Internacional y aliente a que se le dé la máxima difusión posible;

b) señale la Guía, con sus comentarios, a la atención de los Estados y las organizaciones internacionales;

c) pida al Secretario General que prepare un volumen de la *United Nations Legislative Series* en el que se recopile la práctica relativa a la aplicación provisional de los tratados que los Estados y las organizaciones hayan proporcionado a lo largo de los años, junto con otra documentación que resulte pertinente para el tema.

D. Agradecimiento al Relator Especial

50. En su 3557ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2021, la Comisión, tras aprobar la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, aprobó, por aclamación, la siguiente resolución:

"*La Comisión de Derecho Internacional*,

Habiendo aprobado la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados,

Expresa su profundo reconocimiento y su sincera felicitación al Relator Especial, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, por la extraordinaria contribución realizada, con su inagotable esfuerzo y su concienzuda labor, a la preparación de la Guía, así como por los resultados logrados en la elaboración de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados."

E. Texto de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados

1. Texto del proyecto de directrices y el proyecto de anexo que integran la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados

51. A continuación se reproduce el texto de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados aprobado por la Comisión, en segunda lectura, en su 72º período de sesiones.

Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados

Directriz 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de directrices se refiere a la aplicación provisional de los tratados por parte de Estados o de organizaciones internacionales.

Directriz 2
Objeto

El objeto del presente proyecto de directrices es proporcionar orientación sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados, tomando como base el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas de derecho internacional pertinentes.

Directriz 3
Regla general

Un tratado o una parte de un tratado se aplicará provisionalmente, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo.

Directriz 4
Forma del acuerdo

Además del caso en que el tratado así lo disponga, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado podrá ser convenida entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate mediante:

a) un tratado distinto; o

b) cualquier otro medio o arreglo, incluidas:

i) una resolución, decisión u otro acto aprobados por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, de conformidad con las reglas de dicha organización o conferencia, que refleje el acuerdo de los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate;

ii) una declaración de un Estado o de una organización internacional que sea aceptada por los otros Estados u organizaciones internacionales de que se trate.

Directriz 5
Comienzo

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos que establezca el tratado o se acuerden de otro modo.

Directriz 6
Efectos jurídicos

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, excepto en la medida en que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo. El tratado o la parte del tratado que se esté aplicando provisionalmente ha de cumplirse de buena fe.

Directriz 7
Reservas

El presente proyecto de directrices se entenderá sin perjuicio de cuestión alguna concerniente a las reservas relativas a la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado.

Directriz 8
Responsabilidad en caso de violación

La violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicado provisionalmente generará responsabilidad internacional de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Directriz 9
Terminación

1. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado terminará con la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate.

2. A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado respecto de un Estado o una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización internacional notifica a los otros Estados o a las otras organizaciones internacionales de que se trate su intención de no llegar a ser parte en el tratado.

3. A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, un Estado o una organización internacional podrá invocar otros motivos para dar por terminada la aplicación provisional, en cuyo caso lo notificará a los otros Estados o a las otras organizaciones internacionales de que se trate.

4. A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, la terminación de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución de tal aplicación provisional antes de su terminación.

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

1. Un Estado que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

2. Una organización internacional que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

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

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

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

El presente proyecto de directrices se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados o de las organizaciones internacionales de convenir en el propio tratado o de otro modo en la aplicación provisional del tratado o de una parte del tratado con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales.

Anexo

Ejemplos de disposiciones sobre la aplicación provisional de los tratados

Los ejemplos de disposiciones que figuran a continuación tienen por objeto ayudar a los Estados y a las organizaciones internacionales en la redacción de acuerdos para la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. No abarcan todas las situaciones posibles, y su propósito no es prescribir una formulación específica. Estos ejemplos de disposiciones para la aplicación provisional de los tratados, que se encuentran tanto en tratados bilaterales como multilaterales[201], están organizados con arreglo a determinadas cuestiones que suelen plantearse y que se indican en la sección A hasta la sección E. Los ejemplos enumerados provienen de la práctica reciente[202] y, en la medida de lo posible, reflejan la diversidad regional. No obstante, no son exhaustivos[203].

A. Comienzo de la aplicación provisional

A continuación figuran ejemplos de disposiciones sobre el comienzo de la aplicación provisional.

1. A partir de la fecha de la firma

a) Tratados bilaterales

1. Compromiso entre el Reino de los Países Bajos y la República de Filipinas sobre el reconocimiento de certificados en virtud de la regla 1/10 del Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar, de 1978 (Manila, 31 de mayo de 2001)[204]:

> **Artículo 11**
>
> Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9, el presente Compromiso se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma y entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente al de la fecha en que ambas Partes se hayan notificado por escrito el cumplimiento de los procedimientos necesarios para la entrada en vigor del Compromiso en sus respectivos países.

2. Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Dinamarca y el Consejo de Ministros de Serbia y Montenegro sobre la sucesión de los tratados celebrados entre el Reino de Dinamarca y la República Federal Socialista de Yugoslavia (Copenhague, 18 de julio de 2003)[205]:

> **Artículo 3**
>
> [...]
>
> b) Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán provisionalmente a partir de la fecha de su firma.

3. Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Unida de Tanzanía relativo a la Sede del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (Dar es Salam, 26 de noviembre de 2013)[206]:

---

[201] A efectos del presente proyecto de anexo, los denominados “acuerdos mixtos”, que se celebran entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y un tercero, por otra, se consideran tratados bilaterales.

[202] Véase, en particular, memorando de la Secretaría sobre la aplicación provisional de los tratados, A/CN.4/707.

[203] La no inclusión de un ejemplo no debe interpretarse como un reflejo de la posición de la Comisión respecto de ese ejemplo.

[204] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2385, núm. 43056, pág. 403.

[205] *Ibid*., vol. 2420, núm. 43679, pág. 359.

[206] *Ibid*., vol. 2968, núm. 51602, pág. 237.

Artículo 48
Entrada en vigor

1. Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán provisionalmente a partir de la fecha de su firma.

b) Tratados multilaterales

4. Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania, las Naciones Unidas y la Secretaría de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres relativo a la Sede de la Secretaría de la Convención (Bonn, 18 de septiembre de 2002)[207]:

Artículo 7
Disposiciones finales

[...]

7) Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán provisionalmente, a partir de la fecha de la firma, según proceda, hasta su entrada en vigor, mencionada en el párrafo 9 *infra*.

5. Acuerdo sobre las Enmiendas al Acuerdo Marco Internacional sobre la Cuenca del Río Sava y al Protocolo del Acuerdo Marco Internacional sobre la Cuenca del Río Sava relativo al Régimen de Navegación (Liubliana, 2 de abril de 2004)[208]:

Artículo 3

[...]

5. El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma.

6. Acuerdo relativo a las Fuerzas Colectivas de Respuesta Rápida de la Organización del Tratado de Seguridad Colectiva (Moscú, 14 de junio de 2009)[209]:

Artículo 17

El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma, salvo que contravenga las legislaciones nacionales de las Partes, y entrará en vigor en la fecha de recepción por el depositario de la cuarta notificación del cumplimiento de los procedimientos internos necesarios para su entrada en vigor por las Partes que lo hayan firmado. [...]

2. A partir de una fecha distinta de la de la firma

a) Tratados bilaterales

7. Canje de notas constitutivo de acuerdo sobre la supresión de visados para los titulares de pasaportes diplomáticos (Sofía, 16 de diciembre de 1996)[210]:

Nota de Bulgaria

[...]

6. El presente Acuerdo entrará en vigor 30 días después de la fecha de la última notificación por vía diplomática del cumplimiento de los respectivos requisitos legales internos. Será aplicado de forma provisional diez días después de la fecha del canje de estas Notas.

[207] *Ibid*., vol. 2306, núm. 41136, pág. 469.
[208] *Ibid*., vol. 2367, núm. 42662, pág. 697.
[209] *Ibid*., vol. 2898, núm. 50541, pág. 277.
[210] *Ibid*., vol. 1996, núm. 34151, pág. 33.

[...]

Nota de España

[...]

La Embajada del Reino de España en Sofia tiene el honor de informar al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Bulgaria que el Gobierno del Reino de España acepta la propuesta del Gobierno de la República de Bulgaria y que da su conformidad a que la mencionada Nota y la presente respuesta constituyan un Acuerdo entre los dos Gobiernos, que entrará en vigor y se aplicará provisionalmente según lo estipulado en el punto 6.

[...]

8. Tratado entre la República Federal de Alemania y el Reino de los Países Bajos relativo a la aplicación de controles del tráfico aéreo por la República Federal de Alemania sobre el territorio neerlandés y en lo que se refiere al impacto de las operaciones civiles del aeropuerto de Niederrhein en el territorio del Reino de los Países Bajos (Berlín, 29 de abril de 2003)[211]:

Artículo 16
Ratificación, entrada en vigor, aplicación provisional

[...]

3. El presente Tratado se aplicará provisionalmente a partir del 1 de mayo de 2003. [...]

9. Protocolo al acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajstán, por otra, para tener en cuenta la adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (Bruselas, 30 de abril de 2004)[212]:

Artículo 5

[...]

3. Si todos los instrumentos de aprobación del presente Protocolo no se hubieran depositado antes del 1 de mayo de 2004, el presente Protocolo se aplicará con carácter provisional con efectos a partir del 1 de mayo de 2004.

10. Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Malí (Madrid, 23 de enero de 2007)[213]:

Artículo 16

[...]

2. El presente Acuerdo Marco se aplicará con carácter provisional a los 30 días de la fecha de su firma.

11. Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y la República Argentina sobre asistencia mutua administrativa en cuestiones aduaneras (Buenos Aires, 26 de septiembre de 2012)[214]:

Artículo 23
Entrada en vigor

[...]

[211] *Ibid*., vol. 2389, núm. 43165, pág. 117.
[212] *Ibid*., vol. 2570, núm. 45792, pág. 254.
[213] *Ibid*., vol. 2635, núm. 46921, pág. 3.
[214] *Ibid*., vol. 2967, núm. 51580, pág. 123.

2. Este Acuerdo será aplicado de manera provisional el primer día del segundo mes después de su firma.

b) Tratados multilaterales

12. Documento acordado entre los Estados Parte en el Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa de 19 de noviembre de 1990 (Viena, 31 de mayo de 1996)[215]:

VI

1. El presente Documento entrará en vigor cuando el Depositario reciba notificación de la confirmación de su aprobación por todos los Estados Parte. Los párrafos 2 y 3 de la Sección II, la Sección IV y la Sección V del presente Documento se aplicarán provisionalmente desde el 31 de mayo de 1996 hasta el 15 de diciembre de 1996.

3. En el momento de la celebración o de la notificación

a) Tratados bilaterales

13. Canje de notas constitutivo de acuerdo sobre la supresión de visados para los titulares de pasaportes diplomáticos (Madrid, 27 de diciembre de 1996)[216]:

Nota de España

[...]

En el caso de que el Gobierno de Túnez muestre su conformidad con la anterior propuesta, sobre la base de la reciprocidad, la presente Nota y la respuesta de esa Embajada constituirán un Acuerdo entre el Reino de España y la República de Túnez que se aplicará de forma provisional a partir del intercambio de estas Notas y cuya entrada en vigor se producirá a partir de la fecha de la última notificación del cumplimiento de los respectivos requisitos internos.

[...]

Nota de Túnez

[...]

La Embajada de la República de Túnez en Madrid tiene el honor de informar al Ministerio de Asuntos Exteriores que el Gobierno de la República de Túnez acepta la propuesta del Gobierno del Reino de España y da su conformidad a que la mencionada Nota y la presente respuesta constituyan un Acuerdo.

[...]

14. Canje de notas constitutivo de acuerdo por el que se modifica el Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia relativo a la situación de los Pasantes del Tribunal en los Países Bajos (La Haya, 14 de julio de 2010)[217]:

Nota de los Países Bajos

[...]

Si la propuesta mencionada es aceptable para el Tribunal, el Ministerio tiene el honor de proponer que la presente Nota y la respuesta afirmativa del Tribunal constituyan una modificación del Acuerdo relativo a los Pasantes, que se aplicará con carácter provisional a partir de la fecha de recepción de la respuesta afirmativa, y

[215] *Ibid*., vol. 2980, núm. 44001, pág. 195.
[216] *Ibid*., vol. 1996, núm. 34152, pág. 45.
[217] *Ibid*., vol. 2689, núm. 41714, pág. 93.

entrará en vigor al día siguiente de que ambas Partes se hayan notificado mutuamente por escrito el cumplimiento de los requisitos legales para la entrada en vigor.

[...]

Nota del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

[...]

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia tiene asimismo el honor de informar al Ministerio de que las propuestas recogidas en la Nota del Ministerio son aceptables para el Tribunal y de confirmar que la Nota del Ministerio y la presente Nota constituirán una modificación del Acuerdo relativo a los Pasantes, que se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de recepción de esta Nota de respuesta afirmativa, y entrará en vigor al día siguiente de que las Partes se hayan notificado mutuamente por escrito el cumplimiento de los requisitos legales para la entrada en vigor.

[...]

15. Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra (Bruselas, 6 de octubre de 2010)[218]:

Artículo 15.10
Entrada en vigor

[...]

5. a) El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir del primer día del mes siguiente a la fecha en la que la Parte UE y Corea se hayan notificado mutuamente el cumplimiento de sus procedimientos pertinentes respectivos.

[...]

b) Tratados multilaterales

16. Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (Nueva York, 4 de agosto de 1995)[219]:

Artículo 41
Aplicación provisional

1. El presente Acuerdo será aplicado provisionalmente por los Estados y las entidades que notifiquen por escrito al depositario su consentimiento en aplicar provisionalmente el presente Acuerdo. Dicha aplicación provisional entrará en vigor a partir de la fecha de recibo de la notificación.

17. Convenio Internacional del Cacao, 2001 (Ginebra, 2 de marzo de 2001)[220]:

Artículo 57
Notificación de la intención de aplicar el presente Convenio con carácter provisional

1. Todo Gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o todo Gobierno que se proponga adherirse al mismo, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en todo momento notificar al depositario que, de conformidad con sus procedimientos constitucionales o su legislación interna, aplicará el presente Convenio con carácter provisional, bien cuando este entre en vigor conforme al artículo 58, bien, si está ya en vigor, en la

[218] *Diario Oficial de la Unión Europea*, vol. 54, L 127, 14 de mayo de 2011, pág. 6.
[219] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2167, núm. 37924, pág. 3.
[220] *Ibid*., vol. 2229, núm. 39640, pág. 2.

fecha que se especifique. Todo Gobierno que haga tal notificación declarará en ese momento si será Miembro exportador o Miembro importador.

2. Todo Gobierno que haya notificado conforme al párrafo 1 de este artículo que aplicará el presente Convenio, bien cuando este entre en vigor, bien en la fecha que se especifique, será desde ese momento Miembro provisional. Continuará siendo Miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

18. Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008)[221]:

Artículo 18
Aplicación provisional

Cualquier Estado podrá, en el momento de ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a la presente Convención, declarar que aplicará provisionalmente el artículo 1 de la misma mientras esté pendiente su entrada en vigor para tal Estado.

19. Tratado sobre el Comercio de Armas (Nueva York, 2 de abril de 2013)[222]:

Artículo 23
Aplicación provisional

Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de la firma o el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que aplicará provisionalmente lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del presente Tratado mientras no se produzca su entrada en vigor respecto de ese Estado.

B. Forma de acuerdo sobre la aplicación provisional

A continuación figuran ejemplos sobre formas de acuerdo para la aplicación provisional.

a) Tratados bilaterales

20. Acuerdo relativo a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro y su aplicación provisional (Bruselas, 26 de mayo de 2004 y La Haya, 9 de noviembre de 2004)[223]:

Carta de Alemania

[...]

En espera de la conclusión de estos procedimientos internos y de la entrada en vigor del presente Convenio relativo al intercambio automático de información en materia de rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, tengo el honor de proponer que la República Federal de Alemania y el Reino de los Países Bajos apliquen provisionalmente en lo que respecta a Aruba el presente Convenio, en el marco de nuestros respectivos requisitos constitucionales internos, a partir del 1 de enero de 2005, o, si fuera posterior, de la fecha de aplicación de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

[...]

Carta de los Países Bajos en lo que respecta a Aruba

[...]

Puedo confirmar que, en lo que respecta a Aruba, el Reino de los Países Bajos está de acuerdo con el contenido de su carta.

[221] *Ibid*., vol. 2688, núm. 47713, pág. 39.
[222] *Ibid*., vol. 3013, núm. 52373 [aún no publicado].
[223] *Ibid*., vol. 2821, núm. 49430, pág. 3.

[...]

b) Tratados multilaterales

21. Protocolo sobre la Aplicación Provisional del Acuerdo por el que se Establece el Centro para el Cambio Climático de la Comunidad del Caribe (Ciudad de Belice, 5 de febrero de 2002)[224]:

> Recordando que el artículo 37 del Acuerdo por el que se Establece el Centro para el Cambio Climático de la Comunidad del Caribe (CCCCC) prevé su entrada en vigor en el momento en que se deposite el séptimo instrumento de ratificación ante el Gobierno del país anfitrión,
>
> Deseando disponer la rápida puesta en marcha del Centro para el Cambio Climático de la Comunidad del Caribe (CCCCC),
>
> Han convenido en lo siguiente:
>
> **Artículo I**
> **Aplicación Provisional del Acuerdo por el que se Establece el Centro para el Cambio Climático de la Comunidad del Caribe**
>
> Los signatarios del Acuerdo por el que se Establece el Centro para el Cambio Climático de la Comunidad del Caribe han convenido en aplicar provisionalmente entre ellos dicho Acuerdo, a la espera de su entrada en vigor definitiva de conformidad con su artículo 37.

22. Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 [al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] en Espera de su Entrada en Vigor (Madrid, 12 de mayo de 2009)[225]:

> [...]
>
> b) Toda Alta Parte Contratante podrá declarar, en cualquier momento y mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que acepta, en lo que a ella respecta, la aplicación provisional de las partes anteriormente indicadas del Protocolo núm. 14. Dicha declaración de aceptación surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de su recepción por el Secretario General del Consejo de Europa; las partes anteriormente indicadas del Protocolo núm. 14 no se aplicarán respecto de las Partes que no hayan efectuado dicha declaración de aceptación;

23. Resolución 365 (XII) de la Asamblea General de la Organización Mundial del Turismo de las Naciones Unidas, titulada "Futuro de la Organización"[226]:

> [...]
>
> Constatando con pesar que la modificación del artículo 14 de los Estatutos, adoptada por su resolución 134(V), destinada a conferir al Estado de la sede un puesto permanente en el Consejo Ejecutivo dotado de derecho de voto y no sometido al principio de distribución geográfica de los puestos dentro de este órgano, no ha recibido todavía el número requerido de aprobaciones,
>
> 2. Decide que esta modificación se aplique provisionalmente en espera de su ratificación.

[224] *Ibid*., vol. 2953, núm. 51181, pág. 181.

[225] Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 194. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 284, 25 de noviembre de 2009.

[226] Organización Mundial del Turismo de las Naciones Unidas, resolución 365 (XII) de la Asamblea General, aprobada en su 12º período de sesiones en Estambul, octubre de 1997.

C. Aplicación provisional facultativa o exclusión facultativa de esta

A continuación figuran ejemplos de disposiciones sobre la aplicación provisional facultativa o la exclusión facultativa.

24. Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Nueva York, 28 de julio de 1994)[227]:

> **Artículo 7**
> **Aplicación provisional**
>
> 1. Si este Acuerdo no ha entrado vigor el 16 de noviembre de 1994, será aplicado provisionalmente hasta su entrada en vigor por:
>
> a) Los Estados que hayan consentido en su adopción en la Asamblea General de las Naciones Unidas, salvo aquellos que antes del 16 de noviembre de 1994 notifiquen al depositario por escrito que no aplicarán en esa forma el Acuerdo o que consentirán en tal aplicación únicamente previa firma o notificación por escrito;
>
> b) Los Estados y entidades que firmen este Acuerdo, salvo aquellos que notifiquen al depositario por escrito en el momento de la firma que no aplicarán en esa forma el Acuerdo;
>
> c) Los Estados y entidades que consientan en su aplicación provisional mediante notificación por escrito de su consentimiento al depositario;
>
> d) Los Estados que se adhieran a este Acuerdo.

25. Tratado sobre el Comercio de Armas (Nueva York, 2 de abril de 2013)[228]:

> **Artículo 23**
> **Aplicación provisional**
>
> Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de la firma o el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que aplicará provisionalmente lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del presente Tratado mientras no se produzca su entrada en vigor respecto de ese Estado.

D. Limitaciones a la aplicación provisional derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales

A continuación figuran ejemplos de disposiciones sobre limitaciones a la aplicación provisional derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales.

a) Tratados bilaterales

26. Acuerdo entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre transporte aéreo (Madrid, 10 de marzo de 1997)[229]:

> **Artículo XXIV**
> **Entrada en vigor y denuncia**
>
> 1. Las Partes Contratantes aplicarán provisionalmente las disposiciones de este Acuerdo desde el momento de su firma en lo que no se oponga a la legislación de cada una de las Partes. El presente Acuerdo entrará en vigor en el momento en que ambas Partes Contratantes se hayan notificado mutuamente, mediante canje de notas diplomáticas, el cumplimiento de sus respectivas formalidades constitucionales.

[227] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1836, núm. 31364, pág. 3.
[228] Véase la nota 222 *supra*.
[229] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2023, núm. 34927, pág. 341.

27. Acuerdo entre el Gobierno del Reino de los Países Bajos y el Consejo de Ministros de Ucrania sobre cooperación técnica y financiera (Kiev, 11 de mayo de 1998)[230]:

> **Artículo 7**
> **Cláusulas finales**
>
> [...]
>
> 7.2. El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma en la medida en que no se oponga a la legislación vigente de ambas Partes.

28. Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de las Islas Marshall relativo a la cooperación para reprimir la proliferación de las armas de destrucción en masa, sus sistemas vectores y materiales conexos por mar (Honolulu, 13 de agosto de 2004)[231]:

> **Artículo 17**
> **Entrada en vigor y duración**
>
> [...]
>
> 2. Aplicación provisional. A partir de la fecha de la firma del presente Acuerdo, las Partes lo aplicarán provisionalmente. Cualquiera de las Partes podrá poner fin a la aplicación provisional en cualquier momento. Cada Parte notificará inmediatamente a la otra cualquier restricción o limitación a la aplicación provisional, cualquier cambio en esas restricciones o limitaciones, así como la suspensión de la aplicación provisional.

29. Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Consejo de Ministros de Serbia y Montenegro sobre cooperación técnica (Belgrado, 13 de octubre de 2004)[232]:

> **Artículo 7**
>
> [...]
>
> 3. Tras la firma, el presente Acuerdo se aplicará provisionalmente de conformidad con la legislación nacional pertinente.

30. Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra (Bruselas, 12 de diciembre de 2006)[233]:

> **Artículo 30**
> **Entrada en vigor**
>
> 1. El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente, de conformidad con el derecho interno de las Partes, desde la fecha de su firma.

31. Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación científica y tecnológica de interés para la seguridad nacional (Madrid, 30 de junio de 2011)[234]:

> **Artículo 21**
> **Entrada en vigor, enmienda, duración y terminación**
>
> 1. El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir del momento de la firma por ambas Partes, de manera compatible con el derecho interno de cada una de las Partes. [...]

[230] *Ibid*., vol. 2386, núm. 43066, pág. 3.
[231] *Ibid*., vol. 2962, núm. 51490, pág. 339.
[232] *Ibid*., vol. 2424, núm. 43752, pág. 167.
[233] *Diario Oficial de la Unión Europea*, vol. 49, L 386, 29 de diciembre de 2006, pág. 57.
[234] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2951, núm. 51275, pág. 3.

b) Tratados multilaterales

32. Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Nueva York, 28 de julio de 1994)[235]:

Artículo 7
Aplicación provisional

[...]

2. Todos esos Estados y entidades aplicarán este Acuerdo provisionalmente de conformidad con sus leyes y reglamentos nacionales o internos, con efecto a partir del 16 de noviembre de 1994 o a partir de la fecha de la firma, la notificación del consentimiento o la adhesión, si esta fuese posterior.

33. Convenio sobre el Comercio de Cereales, 1995 (Londres, 7 de diciembre de 1994)[236]:

Artículo 26
Aplicación provisional

Todo Gobierno signatario y cualquier otro Gobierno con derecho a firmar el presente Convenio, o cuya solicitud de adhesión haya aprobado el Consejo, podrá depositar ante el depositario una declaración de aplicación provisional. Todo Gobierno que deposite tal declaración aplicará provisionalmente el presente Convenio de conformidad con sus leyes y reglamento, y será considerado, provisionalmente, como parte en el mismo.

34. Protocolo sobre la Energía de la CEDEAO (Comunidad Económica de los Estados de África Occidental) (Dakar, 31 de enero de 2003)[237]:

Artículo 40
Aplicación provisional

1. Los signatarios convienen en aplicar el presente Protocolo de manera provisional en espera de su entrada en vigor con arreglo al artículo 39, siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con su constitución, leyes o reglamentos.

E. Terminación de la aplicación provisional

A continuación figuran ejemplos de disposiciones sobre terminación de la aplicación provisional.

1. En el momento de la entrada en vigor

a) Tratados bilaterales

35. Acuerdo de libre comercio entre el Gobierno de la República de Letonia y el Gobierno de la República Checa (Riga, 15 de abril de 1996)[238]:

Artículo 41
Aplicación provisional

En espera de la entrada en vigor del presente Acuerdo de conformidad con el artículo 40, la República Checa lo aplicará provisionalmente a partir del 1 de julio de 1996, siempre y cuando la República de Letonia notifique, antes del 15 de junio de 1996, que se cumplen los requisitos de su derecho interno para la entrada en vigor del presente Acuerdo y que lo aplicará a partir del 1 de julio de 1996.

235 Véase la nota 227 *supra*.
236 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1882, núm. 32022, pág. 195.
237 A/P4/1/03.
238 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2069, núm. 35853, pág. 225.

36. Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Eslovenia relativo a la Inclusión en las Reservas de la Oficina Eslovena de Reservas Mínimas de Petróleo y Productos Derivados del Petróleo de las Provisiones de Petróleo y Productos Derivados del Petróleo Almacenadas en Alemania en su Nombre (Liubliana, 18 de diciembre de 2000)[239]:

Artículo 8

[…]

2. El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente desde la fecha de la firma hasta su entrada en vigor.

37. Acuerdo sobre Transporte Aéreo entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de los Estados Unidos de América (Asunción, 2 de mayo de 2005)[240]:

Artículo 17
Entrada en vigor

El presente Acuerdo y sus Anexos se aplicarán provisionalmente a partir de la fecha de la firma del mismo y entrará en vigencia efectiva a partir de la última nota dentro del canje de notas diplomáticas por el que las Partes hayan confirmado que han cumplido los procedimientos legales internos necesarios para la entrada en vigor del presente Acuerdo. [...]

38. Acuerdo entre el Reino de España y la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA) relativo al estatuto de la IATA en España (Madrid, 5 de mayo de 2009)[241]:

Artículo 12
Entrada en vigor

1. El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir de su firma en espera de su ratificación por parte de España y de su aprobación por la IATA.

39. Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno del Sudán sobre el estatuto de la Fuerza Provisional de Seguridad de las Naciones Unidas para Abyei (Nueva York, 1 de octubre de 2012)[242]:

XI
Disposiciones varias

[…]

62. El presente Acuerdo entrará en vigor y será aplicado provisionalmente por el Gobierno tras la firma en espera de que este notifique que ha llevado a cabo los procedimientos internos de ratificación previstos en la Constitución del Sudán.

b) Tratados multilaterales

40. Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Nueva York, 28 de julio de 1994)[243]:

Artículo 7
Aplicación provisional

[...]

[239] *Ibid*., vol. 2169, núm. 38039, pág. 287.
[240] *Ibid*., vol. 2429, núm. 43807, pág. 301.
[241] *Ibid*., vol. 2643, núm. 47110, pág. 91.
[242] *Ibid*., vol. 2873, núm. 50146, pág. 125.
[243] Véase la nota 227 *supra*.

3. La aplicación provisional terminará en la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo. En todo caso, la aplicación provisional terminará el 16 de noviembre de 1998 si en esa fecha no se ha cumplido el requisito establecido en el párrafo 1 del artículo 6 de que hayan consentido en obligarse por este Acuerdo al menos siete de los Estados mencionados en el apartado a) del párrafo 1 de la resolución II (de los cuales al menos cinco deberán ser Estados desarrollados).

41. Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre Su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997)[244]:

Artículo 18
Aplicación provisional

Cada Estado Parte, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que aplicará provisionalmente el párrafo 1 del artículo 1 de esta Convención.

2. En el momento de notificarse la intención de no llegar a ser parte en el tratado

a) Tratados bilaterales

42. Acuerdo entre España y el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación por Hidrocarburos (Londres, 2 de junio de 2000)[245]:

Nota de España

[...]

La aplicación provisional de este Acuerdo terminará si España, a través del Señor Embajador de España en Londres, notifica al Fondo antes del 11 de mayo de 2001 el cumplimiento total de los mencionados trámites o, si antes de esa fecha España notifica al Fondo, a través de su Embajador en Londres, que los mencionados trámites no serán cumplidos.

[...]

Nota del Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación por Hidrocarburos de 1992

[...]

En relación con el Acuerdo suscrito entre España y el Fondo y su carta del día de hoy tengo el honor de informarle que el Fondo está de acuerdo con el contenido de su carta, que deberá entenderse como un instrumento formulado por ambas partes estableciendo la única interpretación posible del Acuerdo.

[...]

43. Tratado entre la República Federal de Alemania y el Reino de los Países Bajos relativo a la aplicación de controles del tráfico aéreo por la República Federal de Alemania sobre el territorio neerlandés y al impacto de las operaciones civiles del aeropuerto de Niederrhein en el territorio del Reino de los Países Bajos (Berlín, 29 de abril de 2003)[246]:

Artículo 16
Ratificación, entrada en vigor, aplicación provisional

[...]

[244] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.
[245] *Ibid.*, vol. 2161, núm. 37756, pág. 45.
[246] *Ibid.*, vol. 2389, núm. 43165, pág. 117.

3. El presente Tratado se aplicará provisionalmente a partir del 1 de mayo de 2003. Su aplicación provisional se dará por terminada si una de las Partes Contratantes declara su intención de no llegar a ser Parte Contratante.

44. Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica entre la Comunidad Europea y el Gobierno del Reino Hachemí de Jordania (Bruselas, 30 de noviembre de 2009)[247]:

Artículo 7
Disposiciones finales

[...]

2. El presente Acuerdo entrará en vigor cuando las Partes se hayan notificado mutuamente que han llevado a término los procedimientos internos necesarios para su celebración. En espera de que las Partes lleven a término dichos procedimientos, las Partes aplicarán provisionalmente el Acuerdo desde el momento de su firma. Si una Parte notifica a la otra su intención de no celebrar el Acuerdo, queda acordado que las actividades y proyectos iniciados en virtud de esta aplicación provisional y que estén todavía en curso en el momento de la notificación anteriormente mencionada seguirán adelante hasta su conclusión en las condiciones estipuladas en el presente Acuerdo.

b) Tratados multilaterales

45. Protocolo sobre la Energía de la CEDEAO (Dakar, 31 de enero de 2003)[248]:

Artículo 40
Aplicación provisional

[…]

3) a) Cualquier signatario podrá dar por terminada la aplicación provisional del presente Protocolo mediante comunicación por escrito al Depositario en la que manifieste su intención de no llegar a ser Parte Contratante en el Protocolo. La terminación de la aplicación provisional por parte de cualquier signatario surtirá efecto transcurridos 60 días a partir de la fecha en que el Depositario reciba la mencionada comunicación.

3. Otros motivos

a) Tratados bilaterales

46. Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Liberia relativo a la cooperación para reprimir la proliferación de armas de destrucción en masa, sus sistemas vectores y materiales conexos por mar (Washington, 11 de febrero de 2004)[249]:

Artículo 17
Entrada en vigor y duración

[...]

2. Aplicación provisional. A partir de la fecha de la firma del presente Acuerdo, las Partes lo aplicarán provisionalmente, en la medida en que lo permitan sus respectivas legislaciones nacionales. Cualquiera de las Partes podrá poner fin a la aplicación provisional en cualquier momento. Cada Parte notificará inmediatamente a la otra cualquier restricción o limitación a la aplicación provisional, así como cualquier cambio en esas restricciones o limitaciones, y la suspensión de la aplicación provisional.

[247] *Ibid*., vol. 2907, núm. 50651, pág. 51.
[248] Véase la nota 237 *supra*.
[249] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2963, núm. 51492, pág. 23.

47. Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra (Bruselas, 6 de octubre de 2010)[250]:

> **Artículo 15.10**
> **Entrada en vigor**
>
> 5. [...]
>
> c) Una Parte podrá terminar la aplicación provisional mediante notificación escrita a la otra Parte. Dicha terminación surtirá efecto el primer día del mes siguiente al de su notificación.

48. Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra (Bruselas, 21 de marzo de 2014)[251]:

> **Artículo 486**
> **Entrada en vigor y aplicación provisional**
>
> [...]
>
> 7. Cada una de las Partes podrá notificar por escrito al Depositario su intención de poner fin a la aplicación provisional del Acuerdo. [...]

b) Tratados multilaterales

49. Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (Nueva York, 4 de agosto de 1995)[252]:

> **Artículo 41**
> **Aplicación provisional**
>
> [...]
>
> 2. La aplicación provisional por un Estado terminará en la fecha en que entre en vigor el presente Acuerdo para ese Estado o en el momento en que dicho Estado notifique por escrito al depositario su intención de terminar la aplicación provisional.

50. Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 [al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] en Espera de su Entrada en Vigor (Madrid, 12 de mayo de 2009)[253]:

> e) La aplicación provisional de las disposiciones del Protocolo núm. 14 indicadas anteriormente finalizará en el momento en que entre en vigor el Protocolo núm. 14 o cuando las Altas Partes Contratantes convengan otra cosa de cualquier otro modo.

2. Texto de los proyectos de directriz de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, con sus comentarios

52. A continuación se reproduce el texto del proyecto de directrices de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, aprobado por la Comisión en segunda lectura, con sus comentarios.

---

[250] Véase la nota 218 *supra*.
[251] *Diario Oficial de la Unión Europea*, vol. 57, L 161, 29 de mayo de 2014, pág. 3.
[252] Véase la nota 219 *supra*.
[253] Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 194. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 284, 25 de noviembre de 2009.

Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados

Comentario general

1) El propósito de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados es prestar asistencia a los Estados, las organizaciones internacionales y otros usuarios sobre la legislación y la práctica relativas a la aplicación provisional de los tratados. Los Estados, las organizaciones internacionales y otros usuarios pueden encontrarse con dificultades, entre otras cosas en lo que se refiere a la forma del acuerdo para la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, el comienzo y la terminación de dicha aplicación provisional, y sus efectos jurídicos. El objetivo de la Guía es ofrecer a los Estados, las organizaciones internacionales y otros usuarios respuestas que se ajusten a las normas existentes o que parezcan las más apropiadas para la práctica contemporánea. Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de directrices ha de leerse con sus comentarios.

2) La aplicación provisional es un mecanismo con el que cuentan los Estados y las organizaciones internacionales para hacer efectivas de manera inmediata todas o algunas de las disposiciones de un tratado antes de que se cumplimenten todos los requisitos internos e internacionales para su entrada en vigor[254]. Sirve a un propósito práctico, y por tanto útil, por ejemplo cuando la cuestión conlleva cierto grado de urgencia o cuando los Estados o las organizaciones internacionales negociadoras quieren fomentar la confianza antes de la entrada en vigor[255], entre otros objetivos[256]. En términos más generales, la aplicación provisional sirve al propósito más amplio de preparar la entrada en vigor del tratado o facilitarla. No obstante, ha de subrayarse que la aplicación provisional constituye un mecanismo voluntario al que los Estados y las organizaciones internacionales son libres de recurrir, y que puede estar sujeta a limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados y de las reglas de las organizaciones internacionales.

3) Aunque la Guía no es jurídicamente vinculante, trata de describir y aclarar las normas existentes de derecho internacional teniendo en cuenta la práctica contemporánea. Toma como punto de partida el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, "Convención de Viena de 1969")[257] y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre

---

[254] Véase D. Mathy, "Article 25", en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 640, y A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leiden, Brill, 2012). El concepto ha sido definido como "la aplicación de los términos de un tratado antes de su entrada en vigor y su cumplimiento vinculante" (R. Lefeber, "Treaties, provisional application", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 1), o como "una forma simplificada de lograr la aplicación de un tratado, o de algunas de sus disposiciones, durante un período limitado" (M. E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2009), pág. 354).

[255] Véase H. Krieger, "Article 25", en *Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.) (Heidelberg y Nueva York, Springer, 2012), pág. 408.

[256] Véase el primer informe del Relator Especial sobre la aplicación provisional de los tratados, *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664, párrs. 25 a 35.

[257] El artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 dice lo siguiente:

> Aplicación provisional
>
> 1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:
>
> a) si el propio tratado así lo dispone; o
>
> b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.
>
> 2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otras cosas al respecto.
>
> (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, págs. 331 y ss., en especial págs. 338 y 339).

Organizaciones Internacionales, de 1986 (en adelante, "Convención de Viena de 1986")[258], que trata de aclarar y explicar, así como en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales sobre el tema. Los términos definidos en el artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se utilizan en la presente Guía en el sentido que se les da en esas disposiciones. Si bien la Guía no obsta para la aplicación de otras normas de derecho convencional, se basa en las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 cuando procede, sin pretender abarcar toda posible aplicación de todas las disposiciones de ambas Convenciones de Viena, en particular cuando aún no se ha desarrollado práctica. En general, la Guía refleja la *lex lata* actual, aunque algunos aspectos de ella corresponden más bien a recomendaciones. Es, por tanto, un vademécum en el que los profesionales deberían encontrar respuestas a las cuestiones que plantea la aplicación provisional de los tratados. No obstante, hay que subrayar que no se pretende en absoluto que la Guía dé lugar a ningún tipo de presunción a favor del recurso a la aplicación provisional de los tratados. La aplicación provisional no es un sustituto de la garantía de entrada en vigor de los tratados, que sigue siendo la vocación natural de estos, ni un medio para esquivar procedimientos internos.

4) Es imposible, claro está, ocuparse de todas las cuestiones que pueden surgir en la práctica o abarcar la multitud de situaciones con las que pueden encontrarse los Estados y las organizaciones internacionales. No obstante, la adopción de un enfoque general es coherente con uno de los principales objetivos de la presente Guía, que es reconocer el carácter flexible de la aplicación provisional de los tratados[259] y evitar toda tentación de ser excesivamente prescriptivos. Siguiendo la línea del carácter esencialmente voluntario de la aplicación provisional, que siempre es opcional, en la Guía se reconoce que los Estados y las organizaciones internacionales pueden convenir en soluciones no identificadas en ella que consideren más adecuadas al propósito de un determinado tratado. Otro rasgo esencial de la aplicación provisional es su capacidad para adaptarse a circunstancias variables[260].

---

[258] El artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 dice lo siguiente:

> Aplicación provisional
>
> 1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:
>
> a) si el propio tratado así lo dispone; o
>
> b) si los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras han convenido en ello de otro modo.
>
> 2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización notifica a los Estados y a las organizaciones con respecto a las cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras hayan convenido otra cosa al respecto. (A/CONF.129/15 (aún no está en vigor)).

[259] Véase el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/664), párrs. 28 a 30.

[260] Por ejemplo, se ha recurrido recientemente a la aplicación provisional en relación con la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Se aplicaron provisionalmente tres tratados entre ambas partes, a saber: el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, Bruselas y Londres, 30 de diciembre de 2020, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 444, pág. 14; el Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada, Bruselas y Londres, 30 de diciembre de 2020, *ibid*., L 149, pág. 2540; y el Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comunidad Europea de la Energía Atómica para la cooperación en el uso seguro y pacífico de la energía nuclear, Bruselas y Londres, 30 de diciembre de 2020, *ibid*., L 150, pág. 1. Se aplicaron provisionalmente desde el 1 de enero de 2021 hasta el 30 de abril de 2021, plazo que incluía una prórroga acordada a finales de febrero de 2021. El Reino Unido también ha recurrido a la aplicación provisional en relación con otros tratados en el contexto de la salida de la Unión Europea, tanto de carácter bilateral como plurilateral (véase, por ejemplo, www.gov.uk/guidance/uk-trade-agreements-with-non-eu-countries).

La flexibilidad que ofrece el artículo 25, párrafo 1 b), de la Convención de Viena de 1969 queda ilustrada, por ejemplo, en el hecho de que las partes hayan convenido, en algunos casos, en la

5) Para proporcionar una ayuda adicional a los Estados y las organizaciones internacionales en la aplicación provisional, la Guía también incluye ejemplos de disposiciones sobre el tema que figuran en tratados bilaterales y multilaterales, que se reproducen en el proyecto de anexo. Con su inclusión no se pretende en modo alguno limitar el carácter flexible y voluntario de la aplicación provisional de los tratados, y los ejemplos, que no aspiran a abordar todo el abanico de situaciones que puedan surgir, no son más que eso.

Directriz 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de directrices se refiere a la aplicación provisional de los tratados por parte de Estados o de organizaciones internacionales.

Comentario

1) El proyecto de directriz 1 se refiere al ámbito de aplicación de la Guía. La disposición ha de leerse con el proyecto de directriz 2, que establece su objeto.

2) En la Guía se utiliza sistemáticamente la expresión "aplicación provisional de los tratados". En la práctica, el uso generalizado de otros términos, como la expresión "entrada en vigor provisional" en contraposición a la entrada en vigor *definitiva*, ha creado confusión acerca del alcance y los efectos jurídicos del concepto de aplicación provisional de los tratados[261]. En el mismo sentido, con bastante frecuencia en los tratados no se utiliza el adjetivo "provisional", sino que en su lugar se habla de aplicación "temporal" o "interina"[262]. Por tanto, el marco del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, si bien constituye la base legal de la aplicación provisional[263], carece de detalle y precisión, y sería conveniente aclararlo[264]. Así pues, con la Guía se pretende aportar mayor claridad a la interpretación del artículo 25 de ambas Convenciones de Viena.

3) La Guía se refiere a la aplicación provisional de los tratados "por parte de Estados o de organizaciones internacionales". La referencia a los "Estados" y a las "organizaciones internacionales", que se emplea en varios de los proyectos de directriz, no debe entenderse

aplicación provisional mediante un canje de notas, como el canje de notas sobre la aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comunidad Europea de la Energía Atómica para la cooperación en el uso seguro y pacífico de la energía nuclear, *ibid*., L 445, pág. 23.

261 Al respecto, cabe referirse al análisis que figura en *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Actors of the Economic Community of West African States (ECOWAS)*, 1975-2010 (Abuya, Ministerio de Relaciones Exteriores de Nigeria, 2011); se trata de una colección de un total de 59 tratados concluidos bajo los auspicios de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental. En ella puede observarse que, de esos 59 tratados, solo 11 no prevén la aplicación provisional (véase A/CN.4/699, párrs. 168 a 174).

262 Véase el párrafo 33 de la carta de la República Federativa de Yugoslavia en el intercambio de cartas constitutivas de un acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Federativa de Yugoslavia sobre el estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la República Federativa de Yugoslavia (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2042, núm. 35283, pág. 23, y *United Nations Juridical Yearbook 1998* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.03.V.5), pág. 103; el artículo 15 del Acuerdo entre Belarús e Irlanda relativo a las condiciones de recuperación de los nacionales menores de edad de la República de Belarús en Irlanda (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2679, núm. 47597, págs. 65 y ss., en especial pág. 79), y el artículo 16 del Acuerdo entre el Gobierno de Malasia y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo relativo al establecimiento del Centro Mundial de Servicios Compartidos del PNUD (*ibid*., vol. 2794, núm. 49154, pág. 67). Véanse los memorandos de la Secretaría sobre los orígenes del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (*Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documentos A/CN.4/658 y A/CN.4/676), así como el memorando de la Secretaría sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales respecto de los tratados que prevén la aplicación provisional (A/CN.4/707).

263 Véase Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*... (nota 254 *supra*), pág. 22.

264 Véanse A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (París, Editions A. Pedone, 2005), pág. 111; M. A. Rogoff y B. E. Gauditz, "The provisional application of international agreements", *Marine Law Review*, vol. 39 (1987), pág. 41.

en el sentido de que el ámbito de aplicación del proyecto de directrices se limite a los tratados celebrados entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

Directriz 2
Objeto

El objeto del presente proyecto de directrices es proporcionar orientación sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados, tomando como base el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas de derecho internacional pertinentes.

Comentario

1) En el proyecto de directriz 2 se explica que el objeto de la Guía es proporcionar orientación a los Estados y las organizaciones internacionales sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados.

2) El propósito del proyecto de directriz es subrayar el hecho de que la Guía se basa en la Convención de Viena de 1969 y en otras normas de derecho internacional pertinentes, incluida la Convención de Viena de 1986. La referencia a "y otras normas de derecho internacional pertinentes" tiene principalmente por objeto ampliar el alcance de la disposición a la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales. Se reconoce que la Convención de Viena de 1986 no ha entrado en vigor aún y, por tanto, no debe hacerse referencia a ella del mismo modo que se hace a la Convención de Viena de 1969.

3) El proyecto de directriz 2 sirve para confirmar el enfoque básico adoptado en toda la Guía, a saber, que el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no refleja todos los aspectos de la práctica contemporánea relativa a la aplicación provisional de los tratados. Así se desprende de la referencia al "derecho y la práctica" relativos a la aplicación provisional de los tratados. Se vuelve a aludir a ese enfoque en la referencia a "otras normas de derecho internacional pertinentes", que indica que otras normas de derecho internacional, como las de carácter consuetudinario, pueden ser aplicables también a la aplicación provisional de los tratados.

4) Al mismo tiempo, aun cuando pueden existir otras normas y otra práctica relativas a la aplicación provisional de los tratados, en la Guía se reconoce la importancia fundamental del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Las palabras "tomando como base", junto con la referencia expresa al artículo 25, tienen por objeto indicar que ese artículo constituye el punto de partida de la Guía, aun cuando haya de complementarse con otras normas de derecho internacional a fin de reflejar plenamente el derecho aplicable a la aplicación provisional de los tratados.

Directriz 3
Regla general

Un tratado o una parte de un tratado se aplicará provisionalmente, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo.

Comentario

1) El proyecto de directriz 3 establece la regla general sobre la aplicación provisional de los tratados. El texto del proyecto de directriz sigue la formulación del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 a fin de poner de relieve que el punto de partida de la Guía es el artículo 25. Esa premisa queda sujeta al entendimiento general a que se hace referencia en el párrafo 3) del comentario al proyecto de directriz 2, a saber, que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no reflejan todos los aspectos de la práctica contemporánea relativa a la aplicación provisional de los tratados.

2) La frase inicial confirma la posibilidad general de que un tratado o una parte de un tratado puedan aplicarse provisionalmente. La redacción retoma la del encabezamiento del párrafo 1 del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

3) La distinción entre la aplicación provisional de todo el tratado y de una "parte" de este tiene su origen en el artículo 25. La Comisión, en su labor previa sobre el derecho de los tratados, contempló de manera específica la posibilidad de lo que pasó a denominarse aplicación provisional de solo una parte de un tratado. En el proyecto de artículo 22, párrafo 2, del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, la Comisión confirmó que la "misma regla" se aplicaba a "una parte de un tratado"[265]. En el comentario correspondiente se explicó que "[n]o menos frecuente es hoy la práctica de poner en vigor provisionalmente solo determinada parte del tratado, a fin de satisfacer las exigencias inmediatas de la situación"[266]. La posibilidad de aplicar provisionalmente solo una parte de un tratado también ayuda a solucionar los problemas que plantean cierto tipo de disposiciones, como las cláusulas dispositivas que establecen mecanismos de vigilancia del tratado que pueden ejercer sus funciones durante la etapa de aplicación provisional de este. Además, las partes de los tratados que contienen disposiciones comerciales suelen estar sujetas a una aplicación provisional[267]. Así pues, la aplicación provisional de una parte de un tratado se refleja en la fórmula "aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado", que se utiliza en toda la Guía[268].

4) La segunda frase, a saber, "antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate", se basa en el encabezamiento del artículo 25. Con la referencia a "antes de su entrada en vigor" se subraya el papel que desempeña la aplicación provisional en la preparación o la facilitación de dicha entrada en vigor, aun cuando pueda tener por finalidad otros objetivos. Si bien cabría interpretar que la expresión

[265] *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 177, párr. 38.

[266] Párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 22, *ibid*.

[267] La aplicación provisional de una parte de un tratado también es habitual en los acuerdos mixtos celebrados entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y un tercero, por otra, como resultado de un reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros. Véanse los comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos y organizaciones internacionales (A/CN.4/737), comentarios de Alemania sobre el proyecto de directriz 3, pág. 14. Véanse también M. Chamon, "Provisional application of treaties: the EU's contribution to the development of international law", *European Journal of International Law*, vol. 31, núm. 3 (agosto de 2020), págs. 883 a 915, y F. Castillo de la Torre, "El Tribunal de Justicia y las relaciones exteriores tras el Tratado de Lisboa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 60 (mayo a agosto de 2018), págs. 491 a 512.

[268] Puede encontrarse un ejemplo de práctica relativa a la aplicación provisional de una parte de un tratado en tratados bilaterales en el Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y el Principado de Mónaco sobre el Pago de Prestaciones del Seguro Social Neerlandés en Mónaco (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2205, núm. 39160, pág. 541 y ss., en especial pág. 550, art. 13, párr. 2); y pueden encontrarse ejemplos de tratados bilaterales que excluyen expresamente la aplicación provisional de una parte de un tratado en el Acuerdo entre el Gobierno Federal de Austria y el Gobierno de la República Federal de Alemania relativo a la Cooperación de las Autoridades Policiales y las Administraciones de Aduanas en las Zonas Fronterizas (*ibid*., vol. 2170, núm. 38115, págs. 573 y ss., en especial pág. 586) y en el Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Croacia sobre Cooperación Técnica (*ibid*., vol. 2306, núm. 41129, pág. 439). Con respecto a los tratados multilaterales, se puede encontrar práctica acerca del tema en la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (*ibid*., vol. 2056, núm. 35597, págs. 211 y ss., en especial pág. 252); la Convención sobre Municiones en Racimo (*ibid*., vol. 2688, núm. 47713, pág. 39 y ss., en especial pág. 112); el Tratado sobre el Comercio de Armas (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 3013, núm. 52373) (art. 23), y el Documento acordado entre los Estados Partes en el Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (*International Legal Materials*, vol. 36, pág. 866, secc. VI, párr. 1). Del mismo modo, el Protocolo sobre la Aplicación Provisional del Tratado Revisado de Chaguaramas (*ibid*., vol. 2259, núm. 40269, pág. 440) especifica las disposiciones del Tratado Revisado que no se aplicarán provisionalmente, mientras que el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (*ibid*., vol. 2592, núm. 46151, pág. 225) es un ejemplo de aplicación provisional de una parte de un tratado que es de aplicación únicamente respecto de una de las partes en el Acuerdo, Brunei Darussalam, de conformidad con el artículo 20.5 de ese instrumento.

se refiere a la entrada en vigor del propio tratado[269], en el caso de los tratados multilaterales la aplicación provisional suele continuar respecto de los Estados o las organizaciones internacionales después de la entrada en vigor del propio tratado, cuando este aún no había entrado en vigor para esos Estados y organizaciones internacionales[270]. Así pues, la expresión "entrada en vigor" que figura en el proyecto de directriz 3 ha de interpretarse de conformidad con el artículo 24 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre el mismo tema. Se refiere tanto a la entrada en vigor del propio tratado como a la entrada en vigor para cada Estado u organización internacional de que se trate, es decir, para aquellos Estados u organizaciones internacionales que hubieran asumido derechos y obligaciones en virtud de la aplicación provisional. La inclusión de la expresión "entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate" en el presente proyecto de directriz refleja que la aplicación provisional puede continuar en el caso de aquellos Estados u organizaciones internacionales para los que el tratado aún no hubiera entrado en vigor, después de la entrada en vigor del propio tratado.

5) Las frases tercera y cuarta ("si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo") reflejan los dos posibles fundamentos de la aplicación provisional reconocidos en el párrafo 1 a) y b) del artículo 25. La posibilidad de aplicar provisionalmente un tratado sobre la base de una disposición del tratado en cuestión está bien establecida[271], de ahí que la redacción se ajuste a la de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

6) A diferencia del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, en cuyo párrafo 1 b) se hace referencia a un acuerdo consistente en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado entre "los Estados negociadores" o "los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras", el proyecto de directriz 3 no usa esa formulación. En la práctica contemporánea, pueden proceder a la aplicación provisional Estados u organizaciones internacionales distintos de los Estados negociadores o las organizaciones negociadoras del tratado en cuestión, pero que hayan consentido posteriormente en la aplicación provisional del instrumento. Se puede identificar la práctica pertinente examinando ciertos acuerdos sobre productos básicos que nunca habían entrado

[269] Así ocurre en el caso del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (*ibid*., vol. 1836, núm. 31364, pág. 3) y en el Acuerdo relativo la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 [al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el Mecanismo de Control del Convenio] en Espera de su Entrada en Vigor (Madrid, 12 de mayo de 2009, Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 194).

[270] Por ejemplo, el Tratado sobre el Comercio de Armas.

[271] Algunos ejemplos en el contexto bilateral son el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República del Paraguay sobre Determinados Aspectos de los Servicios Aéreos (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 122, 11 de mayo de 2007), art. 9; el Acuerdo entre la República Argentina y la República de Suriname sobre Supresión de Visas para Titulares de Pasaportes Ordinarios (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2957, núm. 51407, pág. 213), art. 8; el Acuerdo entre la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein relativo a los Impuestos Ambientales en el Principado de Liechtenstein (*ibid*., vol. 2761, núm. 48680, pág. 23), art. 5; el Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra sobre Traslado y Gestión de Residuos (*ibid*., vol. 2881, núm. 50313, pág. 165), art. 13; el Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Eslovaca sobre la Cooperación en Materia de la Lucha contra la Delincuencia Organizada (*ibid*., vol. 2098, núm. 36475, pág. 341), art. 14, párr. 2, y el Tratado sobre el Establecimiento de una Asociación entre la Federación de Rusia y la República de Belarús (*ibid*., vol. 2120, núm. 36926, pág. 595), art. 19. Algunos ejemplos en el contexto multilateral son el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, art. 7; el Acuerdo sobre las Enmiendas al Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava y al Protocolo del Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava relativo al Régimen de Navegación (*ibid*., vol. 2367, núm. 42662, pág. 697), art. 3, párr. 5; el Acuerdo Marco sobre un Programa Ambiental Nuclear Multilateral en la Federación de Rusia (*ibid*., vol. 2265, núm. 40358, pág. 5 y ss., en especial págs. 13 y 14), art. 18, párr. 7, y su correspondiente Protocolo sobre Denuncias, Procedimientos Judiciales e Indemnización (*ibid*., pág. 35), art. 4, párr. 8; los Estatutos de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (*ibid*., vol. 2233, núm. 39756, pág. 207), art. 21, y el Acuerdo por el que se establece la Fundación "Karanta" para el Apoyo de las Políticas de Educación No Formal y su Anexo con los Estatutos de la Fundación (*ibid*., vol. 2341, núm. 41941, pág. 3), arts. 8 y 49, respectivamente.

en vigor pero cuya aplicación provisional se prorrogó más allá de su fecha de terminación[272]. En esos casos, se entendía que la prórroga también se aplicaba a los Estados que se habían adherido al acuerdo sobre productos básicos, lo que demostraba la convicción de que esos Estados también lo habían estado aplicando provisionalmente. Además, la necesidad de distinguir entre diferentes grupos de Estados o de organizaciones internacionales en función de su participación en la negociación del tratado es menos pertinente en el contexto de los tratados bilaterales, que constituyen la inmensa mayoría de los tratados que se han aplicado provisionalmente. Por estas razones, el proyecto de directriz se limita a reafirmar la norma básica sin hacer referencia a "los Estados negociadores" o "los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras".

7) El proyecto de directriz 3 debe leerse junto con el proyecto de directriz 4, que proporciona más detalles sobre la aplicación provisional mediante un acuerdo distinto y explica así el sentido de la expresión "convenido en ello de otro modo".

Directriz 4
Forma del acuerdo

Además del caso en que el tratado así lo disponga, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado podrá ser convenida entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate mediante:

a) un tratado distinto; o

b) cualquier otro medio o arreglo, incluidas:

i) una resolución, decisión u otro acto aprobados por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, de conformidad con las reglas de dicha organización o conferencia, que refleje el acuerdo de los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate;

ii) una declaración de un Estado o de una organización internacional que sea aceptada por los otros Estados u organizaciones internacionales de que se trate.

Comentario

1) El proyecto de directriz 4 se ocupa de las formas de acordar la aplicación provisional de un tratado, o de una parte de un tratado, además del caso en que el propio tratado así lo disponga. La estructura de la disposición sigue la secuencia del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que primero contempla la posibilidad de que el tratado en cuestión prevea la aplicación provisional y, en segundo lugar, establece un posible fundamento alternativo para la aplicación provisional cuando los Estados o las organizaciones internacionales hayan convenido en ello "de otro modo", lo que generalmente ocurre cuando el tratado guarda silencio al respecto.

2) La primera posibilidad es que el propio tratado aplicado provisionalmente aborde la aplicación provisional, algo que puede hacer de diferentes maneras. Por ejemplo, puede

[272] Véase, por ejemplo, el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, de 1994 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1955, núm. 33484, pág. 81), que se prorrogó varias veces en virtud del artículo 46 del Convenio, prórroga durante la cual algunos Estados (Guatemala, México, Nigeria y Polonia) se adhirieron a él. Véase también el caso de Montenegro con respecto al Protocolo núm. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el Sistema de Control del Convenio (*ibid*., vol. 2677, núm. 2889, pág. 3 y ss., en especial pág. 34). Montenegro, que accedió a la independencia en 2006 y, por tanto, no era un Estado negociador, fue un Estado sucesor en dicho tratado y tuvo la posibilidad de aplicar provisionalmente algunas disposiciones de conformidad con el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 [al Convenio Europeo de Derechos Humanos] en Espera de su Entrada en Vigor). Para las declaraciones relativas a la aplicación provisional formuladas por Albania, Alemania, Bélgica, España, Estonia, Liechtenstein, Luxemburgo, los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza, véase, *ibid*., págs. 30 a 37.

exigir que los Estados negociadores o signatarios lo apliquen provisionalmente. También puede permitir que esos Estados, entre otros medios a través de una declaración o una notificación al depositario del tratado, opten por la aplicación provisional o la excluyan[273].

3) La segunda posibilidad, que los Estados convengan en la aplicación provisional de un modo distinto del especificado en el propio tratado, se confirma en la fórmula inicial "[a]demás del caso en que el tratado así lo disponga", que es una referencia directa a la expresión "si el propio tratado así lo dispone" del proyecto de directriz 3. Esta formulación retoma la del artículo 25. La expresión "entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate" tiene el mismo sentido que en el proyecto de directriz 3. En los apartados se establecen dos categorías de métodos adicionales para acordar la aplicación provisional.

4) El apartado a) prevé la posibilidad de una aplicación provisional mediante un tratado distinto, independiente del tratado que se aplica provisionalmente[274]. Como sucede con la primera posibilidad, y con arreglo al artículo 2, párrafo 1 a), de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ha de interpretarse que el término "tratado" abarca todos los instrumentos celebrados con arreglo al derecho convencional que constituyan un acuerdo entre Estados u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación. Esos instrumentos pueden incluir canjes de cartas o notas, memorandos de entendimiento, declaraciones de intenciones o protocolos[275].

5) En el apartado b) se reconoce la posibilidad de que, además de un tratado distinto, la aplicación provisional también pueda convenirse mediante "cualquier otro medio o arreglo", lo que amplía el abanico de posibilidades para lograr un acuerdo de aplicación provisional. Así pues, los instrumentos no contemplados en el apartado a) pueden incluirse en el b). Este enfoque está en consonancia con la naturaleza intrínsecamente flexible de la aplicación provisional[276]. A fin de proporcionar más orientación, se citan dos ejemplos de ese tipo de

---

[273] Véase, por ejemplo, el artículo 23 del Tratado sobre el Comercio de Armas. Otro ejemplo de consentimiento en quedar obligado por la aplicación provisional de una parte de un tratado mediante una declaración, pero que esté expresamente prevista en un acuerdo paralelo al tratado, figura en el Protocolo del Acuerdo relativo a un Tribunal Unificado de Patentes sobre la Aplicación Provisional (Bruselas, 1 de octubre de 2015; véase www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_Agreement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf). Véase también el artículo 37, párrafo 2, del Protocolo que modifica el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (Estrasburgo, 10 de octubre de 2018, Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 223).

[274] Algunos ejemplos de tratados bilaterales de aplicación provisional distintos del tratado que se aplica provisionalmente son el Acuerdo entre los Países Bajos y Alemania relativo a la Tributación de los Ahorros y su Aplicación Provisional (*ibid*., vol. 2821, núm. 49430, pág. 3) y la Enmienda del Acuerdo relativo a los Servicios de Transporte Aéreo entre el Reino de los Países Bajos y el Estado de Qatar (*ibid*., vol. 2265, núm. 40360, pág. 507 y ss., en especial pág. 511). Los Países Bajos han celebrado una serie de tratados similares. Algunos ejemplos de tratados multilaterales de aplicación provisional distintos del tratado que se aplica provisionalmente son el Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo por el que se Establece el Centro para el Cambio Climático de la Comunidad del Caribe (*ibid*., vol. 2953, núm. 51181, pág. 181); el Protocolo sobre la Aplicación Provisional del Tratado Revisado de Chaguaramas, y el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 [al Convenio Europeo de Derechos Humanos] en Espera de su Entrada en Vigor).

[275] Véase el párr. 2) del comentario al artículo 22 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (nota 265 *supra*), pág. 210. O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*. *A Commentary*, 2ª ed. (Berlín, Springer, 2018), págs. 449 y 450; Mathy, "Article 25" (véase la nota 64 *supra*), págs. 649 a 651.

[276] En la práctica, en las Naciones Unidas se registraron algunos tratados con la indicación de que habían sido aplicados provisionalmente, pero sin mención alguna de los otros medios o arreglos que se habían empleado para convenir en la aplicación provisional. Son ejemplos de esos tratados el Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y los Estados Unidos de América relativo a la Situación del Personal de los Estados Unidos en la Parte Caribeña del Reino (*ibid*., vol. 2967, núm. 51578, pág. 79); el Acuerdo entre el Gobierno de Letonia y el Gobierno de la República de Azerbaiyán sobre Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y sus Precursores y la Delincuencia Organizada (*ibid*., vol. 2461, núm. 44230, pág. 205), y el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Kazajstán relativo al Establecimiento de la Oficina Subregional para Asia Septentrional y Central de la

"medio o arreglo" en los apartados b) i) y ii), en los que no se pretende ofrecer una lista exhaustiva.

6) En el apartado b) i) contempla el caso de que la aplicación provisional se acuerde mediante "una resolución, decisión u otro acto aprobados por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental". El término "conferencia intergubernamental" debe entenderse en sentido amplio y puede incluir una conferencia diplomática de plenipotenciarios organizada para negociar un tratado multilateral o una reunión de los Estados parte en el tratado. La frase "que refleje el acuerdo de los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate" se refiere a la "resolución, decisión u otro acto" aprobados por la organización o la conferencia internacional que prevea la posibilidad de una aplicación provisional del tratado. Con la referencia al "acuerdo" se pretende subrayar que los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate tienen que dar su consentimiento para la aplicación provisional. El modo de expresar el acuerdo respecto de la aplicación provisional de un tratado depende de las reglas de la organización o de la conferencia, lo que queda claro con la fórmula "de conformidad con las reglas de dicha organización o conferencia". Esta frase debe interpretarse de acuerdo con el artículo 2, apartado b), de los artículos de 2011 sobre la responsabilidad de las organizaciones, que establece que, por "reglas de la organización", se entiende, en particular:

> los instrumentos constitutivos, las decisiones, resoluciones y otros actos de la organización internacional adoptados de conformidad con esos instrumentos, y la práctica bien establecida de la organización[277].

7) El apartado b) ii) se refiere a la posibilidad excepcional de que un Estado o una organización internacional hagan una declaración de aplicación provisional de un tratado de o una parte de un tratado en los casos en que ese instrumento guarde silencio o no se convenga de otro modo[278]. No obstante, la declaración ha de ser aceptada de manera expresa por los demás Estados u organizaciones internacionales de que se trate, y no limitarse a una mera no objeción, para que el tratado se pueda aplicar provisionalmente en relación con esos Estados u organizaciones internacionales. Esa aceptación de la aplicación provisional debe hacerse por escrito, si bien el proyecto de directriz mantiene cierto grado de flexibilidad para permitir otras formas de aceptación, a condición de que esta sea expresa. Con el término "declaración" no se hace referencia al régimen jurídico relativo a las declaraciones unilaterales de los Estados, que no rige la aplicación provisional de los tratados[279].

Directriz 5
Comienzo

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos que establezca el tratado o se acuerden de otro modo.

Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (*ibid*., vol. 2761, núm. 48688, pág. 339). Véase R. Lefeber, "The provisional application of treaties", en *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, J. Klabbers y R. Lefeber (eds.) (La Haya, Martinus Nihoff, 1998), pág. 81.

277 *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88, incluidos posteriormente en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

278 Un ejemplo es la declaración por la República Árabe Siria de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1974, núm. 33757). Cuando la República Árabe Siria declaró de forma unilateral que aplicaría provisionalmente la Convención, el Director General de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas respondió, informando a la República Árabe Siria de que su "solicitud" de aplicación provisional de la Convención se remitiría a los Estados partes por conducto del Depositario. La Convención no prevé la aplicación provisional y esa posibilidad no se debatió durante su negociación. Los Estados partes y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas tampoco se opusieron a que la República Árabe Siria aplicara provisionalmente la Convención, tal como expresó en su declaración unilateral (véanse el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/675), párr. 35 c) y el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/687), párr. 120).

279 *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 173 a 177.

Comentario

1) El proyecto de directriz 5 trata del comienzo de la aplicación provisional. Se inspira en el artículo 24, párrafo 1, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, relativo a la entrada en vigor.

2) La primera oración refleja el criterio adoptado en la Guía, en que se habla de la aplicación provisional de todo el tratado o de una parte de un tratado. La frase "comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos" especifica el comienzo de la aplicación provisional. El texto se basa en el recogido en el artículo 68 de la Convención de Viena de 1969, que dice "surtan efecto". Esa frase confirma que se trata del efecto jurídico respecto del Estado o la organización internacional que opta por aplicar provisionalmente el tratado.

3) La expresión "en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos" abarca las distintas formas de comienzo de la aplicación provisional de los tratados que se reflejan en la práctica contemporánea[280]. Esas formas incluyen el comienzo en el momento de la firma, en una fecha determinada, a partir de la notificación o, en el caso de los tratados multilaterales, con la adopción de una decisión por parte de una organización internacional.

4) La frase final "que establezca el tratado o se acuerden de otro modo" confirma que el acuerdo para aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado se basa en una disposición enunciada en el tratado que se aplica provisionalmente, en un tratado distinto, cualquiera que sea su denominación particular, o en otros medios o arreglos que establezcan un acuerdo para la aplicación provisional según se recoge en el proyecto de directriz 4, y está sujeto a las condiciones y los procedimientos previstos en esos instrumentos o procesos.

5) El proyecto de directriz 5 se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 24 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que establece que determinadas disposiciones relativas a cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor de un tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto. Entre esas cuestiones figuran la autenticación del texto del tratado, la constancia del consentimiento en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas o las funciones del depositario. Por lo tanto, estas disposiciones se aplican automáticamente sin necesidad de que se convenga específicamente en su aplicación provisional y podrían ser relevantes para el comienzo de la aplicación provisional de un tratado.

Directriz 6
Efectos jurídicos

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, excepto en la medida en que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo. El tratado o la parte del tratado que se esté aplicando provisionalmente ha de cumplirse de buena fe.

Comentario

1) El proyecto de directriz 6 trata de los efectos jurídicos de la aplicación provisional. Cabe contemplar dos tipos de "efectos jurídicos": los del acuerdo para aplicar provisionalmente el tratado o una parte del tratado, y los del tratado o de una parte del tratado que se aplica provisionalmente.

2) En la primera oración del proyecto de directriz se confirma que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate. En otras palabras, un tratado o una parte de un tratado aplicados provisionalmente se consideran vinculantes para las partes que los aplican provisionalmente desde el momento en que comienza la aplicación provisional entre ellas. Ese efecto jurídico se deriva del acuerdo de aplicación provisional del tratado (o de su aceptación) por los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, que puede

[280] Véase A/CN.4/707, párr. 104, apartados d) a g).

expresarse en las formas previstas en el proyecto de directriz 4. En los casos en que ese acuerdo guarde silencio sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional, que es algo habitual, el proyecto de directriz aclara que el efecto jurídico de la aplicación provisional es la obligación vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él[281].

3) La expresión inicial "[l]a aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado" sigue la formulación del proyecto de directriz 5. La expresión "una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él", que constituye la esencia del proyecto de directriz, hace referencia a los efectos jurídicos que tiene el tratado para el Estado o la organización internacional de que se trate, así como al comportamiento que se espera de los Estados o las organizaciones internacionales que convengan en recurrir a la aplicación provisional. La fórmula "entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate" especifica en quién recae la obligación de aplicar el tratado o una parte del tratado. Puede incluir no solo a otros Estados u organizaciones internacionales que apliquen el tratado provisionalmente, sino también a los Estados o las organizaciones internacionales para los que el tratado haya entrado en vigor en sus relaciones con los que todavía lo aplican provisionalmente.

4) La frase final "excepto en la medida en que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo" confirma que la regla básica está sujeta al tratado o a otro acuerdo, que pueden prever otro resultado jurídico. Ese entendimiento, que supone la creación de una obligación jurídicamente vinculante de aplicar el tratado o una parte de un tratado, con sujeción a la posibilidad de que las partes convengan en otra cosa, se confirma en la práctica de los Estados[282].

5) La segunda oración del proyecto de directriz 6 confirma que el tratado que se aplique provisionalmente ha de cumplirse de buena fe. Esta oración refleja la obligación de buena fe *(pacta sunt servanda)* especificada en el artículo 26 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. El artículo 26 de las Convenciones de Viena hace referencia a varios efectos jurídicos. El primero se señala en la primera oración del proyecto de directriz 6, es decir, la obligación vinculante que se deriva de la aplicación provisional. El segundo efecto jurídico es que el tratado en vigor "ha de cumplirse de buena fe". En la versión en inglés del proyecto de directriz, la palabra *"[s]uch"* establece el vínculo entre la primera oración (el efecto jurídico de la obligación vinculante que surge como consecuencia de la aplicación provisional) y la segunda (el efecto jurídico derivado del requisito de cumplimiento de buena fe), confirmando así que ambos efectos jurídicos corresponden al mismo tratado.

6) No obstante, hay que establecer una distinción importante entre la aplicación provisional y la entrada en vigor. La finalidad de la aplicación provisional no es desplegar todo el abanico de derechos y obligaciones que se derivan del consentimiento de un Estado o una organización internacional en quedar obligados por un tratado o una parte de un tratado. La aplicación provisional de los tratados sigue siendo distinta de su entrada en vigor, en la medida en que no está sujeta a todas las normas del derecho de los tratados. Así pues, la formulación de que la aplicación provisional "creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él" no quiere decir que la aplicación provisional tenga exactamente los mismos efectos jurídicos que la entrada en vigor. Con la referencia a "una obligación jurídicamente vinculante" se pretende precisar más la descripción de los efectos jurídicos de la aplicación provisional y evitar cualquier interpretación que pretenda equiparar la aplicación provisional con la entrada en vigor[283].

7) En el proyecto de directriz se recoge implícitamente el entendimiento de que el acto de aplicar provisionalmente el tratado no afecta a los derechos y obligaciones de otros

[281] Véase Mathy, "Article 25" (nota 254 *supra*), pág. 651.

[282] Véanse los ejemplos de la práctica de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) mencionados en el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/718).

[283] Véanse el párr. 1) del comentario al proyecto de artículo 22 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (nota 265 *supra*), pág. 210, y *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), memorando de la Secretaría sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/658), párrs. 44 a 55. Véase también el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/664)

Estados ni de otras organizaciones internacionales[284]. Asimismo, la aplicación provisional de un tratado no puede dar lugar a la modificación de su contenido. Esto se debe a que la aplicación provisional se limita a la obligación de aplicar el tratado o una parte de él. Además, no debe entenderse que el proyecto de directriz 6 limita la libertad de los Estados o las organizaciones internacionales de enmendar o modificar el tratado aplicado provisionalmente, de conformidad con la parte IV de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

Directriz 7
Reservas

El presente proyecto de directrices se entenderá sin perjuicio de cuestión alguna concerniente a las reservas relativas a la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado.

Comentario

1) El proyecto de directriz 7 aborda la posibilidad de formular reservas por parte de un Estado o de una organización internacional, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos producidos por ciertas disposiciones de un tratado que se está aplicando provisionalmente, ya sea total o parcialmente.

2) La referencia a "cuestión alguna concerniente a las reservas relativas a la aplicación provisional de un tratado o de parte de un tratado" incluye, entre otras, las cuestiones relativas a las disposiciones de la parte II, sección 2, de la Convención de Viena de 1969.

3) El proyecto de directriz adopta la forma de una cláusula "sin perjuicio". Dada la falta de práctica significativa, y a la luz de los comentarios y observaciones de los Estados, ni el proyecto de directrices ni este comentario tienen el propósito de tratar en detalle las cuestiones que puedan surgir[285]. La Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, si bien no se ocupa específicamente de las reservas formuladas en relación con la aplicación provisional, puede ofrecer orientaciones generales sobre esas cuestiones[286].

4) Por principio, la formulación de reservas relacionadas con la aplicación provisional no está excluida. El artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 permite a los Estados y las organizaciones internacionales formular una reserva al firmar, ratificar, aceptar, aprobar un tratado o adherirse a él. La decisión de aplicar el tratado provisionalmente puede tener lugar en el momento de la firma (antes de la entrada en vigor del tratado para el Estado o la organización internacional de que se trate) o antes y durante el período de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (en los casos en que el propio tratado aún no esté en vigor).

5) Como se indicaba antes, el proyecto de directriz se formula como una cláusula "sin perjuicio" en reconocimiento de la falta de práctica significativa en relación con las reservas relativas a la aplicación provisional. En el caso de los tratados bilaterales, una declaración unilateral, formulada por un Estado o una organización internacional después de la rúbrica o la firma pero antes de la entrada en vigor, por la que ese Estado o esa organización se propone obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado no constituye una reserva[287]. En el caso de los tratados multilaterales, aunque los Estados han formulado declaraciones interpretativas junto con el acuerdo en la aplicación provisional, tales declaraciones, al igual que las declaraciones de exclusión de la aplicación provisional,

[284] No obstante, la práctica ulterior de una o varias partes en un tratado puede constituir un medio de interpretación del tratado en virtud de los artículos 31 o 32 de la Convención de Viena de 1969. Véase el capítulo IV del documento A/73/10 sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

[285] Véanse los comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos y organizaciones internacionales (A/CN.4/737).

[286] *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte).

[287] Véase la directriz 1.6.1 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párrs. 1 y 2.

han de distinguirse de las reservas[288], en el sentido del derecho de los tratados[289]. No obstante, queda por determinar en un caso concreto en qué medida los efectos jurídicos de tales declaraciones unilaterales son comparables a las reservas. También puede ser pertinente distinguir entre el caso en que un Estado o una organización internacional formula una reserva limitada a la etapa de la aplicación provisional o formula una o varias reservas con el propósito de que tengan consecuencias más allá de esa etapa.

Directriz 8
Responsabilidad en caso de violación

La violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicado provisionalmente generará responsabilidad internacional de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Comentario

1) El proyecto de directriz 8 se ocupa de la cuestión de la responsabilidad por la violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicado provisionalmente. Deriva de los efectos jurídicos del proyecto de directriz 6, entre otras cosas en lo que respecta al principio *pacta sunt servanda*. En la medida en que el tratado o una parte del tratado aplicados provisionalmente establecen una obligación jurídicamente vinculante, la violación de una obligación que emana del tratado o de una parte del tratado aplicados provisionalmente constituye un hecho internacionalmente ilícito que genera responsabilidad internacional. El Estado o la organización internacional que viole una obligación respecto de los otros Estados o las otras organizaciones internacionales de que se trate incurre en responsabilidad internacional. La inclusión del presente proyecto de directriz se consideró necesaria porque se refería a una consecuencia jurídica fundamental de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. El artículo 73 de la Convención de Viena de 1969 establece que sus disposiciones no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir de la responsabilidad internacional de un Estado, y el artículo 74 de la Convención de Viena de 1986 dispone algo similar. El ámbito de aplicación de la Guía no se limita al de las dos Convenciones de Viena, como se indica en el proyecto de directriz 2.

2) El proyecto de directriz debe leerse conjuntamente con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001[290], y con los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011[291], en la medida en que reflejan el derecho internacional consuetudinario. Así, la referencia a "una obligación que emana de" y el verbo "generar" se retomaron deliberadamente de esos artículos. Del mismo modo, la fórmula final "de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables" remite, entre otras cosas, a las normas aplicables reflejadas en esos artículos.

Directriz 9
Terminación

1. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado terminará con la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate.

2. A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado respecto de

[288] Véase, en particular, la directriz 1.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *ibid.*

[289] Véanse, por ejemplo, el art. 45, párr. 2 a) del Tratado sobre la Carta de la Energía (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2080, núm. 36116, pág. 95), y el art. 7, párr. 1 a), del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

[290] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, incluidos posteriormente en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[291] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87, incluidos posteriormente en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

un Estado o una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización internacional notifica a los otros Estados o a las otras organizaciones internacionales de que se trate su intención de no llegar a ser parte en el tratado.

3. A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, un Estado o una organización internacional podrá invocar otros motivos para dar por terminada la aplicación provisional, en cuyo caso lo notificará a los otros Estados o a las otras organizaciones internacionales de que se trate.

4. A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, la terminación de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución de tal aplicación provisional antes de su terminación.

Comentario

1) El proyecto de directriz 9 se ocupa de la terminación de la aplicación provisional. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado por un Estado o una organización internacional termina generalmente en uno de los dos casos siguientes: en primer lugar, en la medida en que el tratado entre en vigor para los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate o, en segundo lugar, cuando el Estado o la organización internacional que aplica provisionalmente el tratado o una parte del tratado comunica su intención de no llegar a ser parte en el tratado a los otros Estados o a las otras organizaciones internacionales entre los que el tratado o una parte del tratado se aplican provisionalmente. Ello no excluye la posibilidad de que un Estado o una organización internacional puedan invocar la terminación de la aplicación provisional por otros motivos.

2) El párrafo 1 se ocupa de la terminación de la aplicación provisional tras la entrada en vigor. En la mayoría de los casos, la aplicación provisional termina debido a la entrada en vigor[292]. La posibilidad de que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado termine por la entrada en vigor del tratado entre los Estados y las organizaciones internacionales de que se trate se reconoce implícitamente en la expresión “antes de su entrada en vigor”, que figura en el proyecto de directriz 3 y que se basa en el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986[293]. Con arreglo al proyecto de directriz 5, la aplicación provisional continúa con respecto a dos o más Estados u organizaciones internacionales que aplican provisionalmente el tratado o una parte de un tratado hasta que el tratado entre en vigor entre ellos[294].

3) Con la frase “en las relaciones entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate” se pretende distinguir la entrada en vigor del tratado de su aplicación provisional por una o más partes en él. Ello es especialmente relevante en las relaciones entre

[292] Véase el memorando de la Secretaría sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/707), párr. 88.

[293] La mayoría de los tratados bilaterales establecen que el tratado se aplicará provisionalmente “en espera de su entrada en vigor”, “hasta su ratificación”, “a la espera del cumplimiento de los requisitos formales para su entrada en vigor”, “a la espera de la conclusión de esos procedimientos internos y la entrada en vigor de la presente Convención”, “en espera de que los Gobiernos... se informen recíprocamente por escrito de que se han cumplido las formalidades requeridas en sus respectivos países por la Constitución”, “hasta el cumplimiento de todos los procedimientos que se mencionan en el párrafo 1 del presente artículo” o “hasta su entrada en vigor” (véase A/CN.4/707, párr. 90). Así ocurre también en tratados multilaterales como el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 [al Convenio Europeo de Derechos Humanos] en Espera de su Entrada en Vigor), que establece en el párrafo d) que “[e]sta declaración [de aplicación provisional] dejará de tener efecto en el momento de la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 *bis* con respecto a la Alta Parte Contratante de que se trate”.

[294] Véanse, por ejemplo, el Acuerdo entre la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Eslovenia relativo a la Inclusión en las Reservas de la Oficina Eslovena de Reservas Mínimas de Petróleo y Productos Derivados del Petróleo de las Provisiones de Petróleo y Productos Derivados del Petróleo Almacenadas en Alemania en su Nombre (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2169, núm. 38039, págs. 287 y ss., en especial pág. 302), y el caso en el canje de notas constitutivo de acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de Colombia sobre gratuidad de visados (*ibid*., vol. 2253, núm. 20662, pág. 328 y ss., en especial págs. 329 a 332).

las partes en un tratado multilateral, en donde el tratado podría entrar en vigor para algunas de las partes, pero seguir siendo aplicado únicamente de manera provisional en relación con otras. Así pues, la frase tiene por objeto abarcar todas las situaciones jurídicas que puedan producirse al respecto.

4) El párrafo 2 refleja el segundo caso mencionado en el párrafo 1) del comentario al presente proyecto de directriz, a saber, cuando el Estado o la organización internacional notifica su intención de no llegar a ser parte en un tratado. Sigue de cerca la redacción del párrafo 2 del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

5) La frase inicial del párrafo 2, "[a] menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo", evita la referencia a un tipo de acuerdo alternativo celebrado únicamente entre los Estados "negociadores" y las organizaciones internacionales "negociadoras", previsto en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. La expresión "o se haya convenido de otro modo" también hace referencia a los Estados o las organizaciones internacionales que negociaron el tratado, si bien puede incluir asimismo a los Estados y las organizaciones internacionales que no participaron en la negociación del instrumento pero que están participando en su aplicación provisional. Dada la complejidad que entraña la celebración de tratados multilaterales modernos, la práctica contemporánea respalda una interpretación amplia del texto de ambas Convenciones de Viena en lo que se refiere a dar el mismo trato jurídico a todos los Estados u organizaciones internacionales de que se trate en relación con la aplicación provisional, reconociendo la existencia de otros grupos de Estados o de organizaciones internacionales cuyo acuerdo sobre cuestiones relacionadas con la terminación de la aplicación provisional pudiera también requerirse[295].

6) La última frase del párrafo 2, "notifica a los otros Estados o a las otras organizaciones internacionales de que se trate"[296], es una referencia a los Estados y las organizaciones internacionales entre los que se aplique o pueda aplicarse provisionalmente un tratado o una parte de un tratado, así como a todos los Estados que hayan manifestado su consentimiento en quedar obligados por el tratado.

7) El acuerdo sobre la aplicación provisional puede establecer una notificación por adelantado para facilitar una terminación ordenada de la aplicación provisional. No obstante, la Comisión decidió no introducir *mutatis mutandis* la regla que figura en el párrafo 2 del artículo 56 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que establece un plazo para la

[295] Este enfoque coincide con el adoptado respecto de la posición de los Estados negociadores en el proyecto de directriz 3. Véase el párrafo 6) del comentario al proyecto de directriz 3 *supra*.

[296] Un número reducido de tratados bilaterales contiene cláusulas explícitas sobre la terminación de la aplicación provisional y en algunos casos también se prevé su notificación. Un ejemplo sería el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de las Islas Marshall relativo a la Cooperación para Reprimir la Proliferación de las Armas de Destrucción en Masa, sus Sistemas Vectores y Materiales Conexos por Mar (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2962, núm. 51490, pág. 339), art. 17. Entre otros ejemplos, cabe citar los siguientes: el Tratado entre la República Federal de Alemania y el Reino de los Países Bajos relativo a la Aplicación de Controles del Tráfico Aéreo por la República Federal de Alemania sobre el Territorio Neerlandés y sobre los Efectos de las Operaciones Civiles del Aeropuerto de Niederrhein en el Territorio del Reino de los Países Bajos (*ibid*., vol. 2389, núm. 43165, pág. 117 y ss., en especial pág. 173); el Acuerdo entre España y el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación por Hidrocarburos (*ibid*., vol. 2161, núm. 37756, pág. 47 y ss., en especial pág. 47), y el Acuerdo entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico del Norte representada por el Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa relativo a las Condiciones Especiales Aplicables al Establecimiento y Explotación en Territorio Español de un Cuartel General Militar Internacional (*ibid*., vol. 2156, núm. 37662, pág. 175 y ss., en especial págs. 195 y 196). En cuanto a la terminación de la aplicación provisional de los tratados multilaterales, el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (*ibid*., vol. 2167, núm. 37924, pág. 211 y ss., en especial pág. 241), contiene una cláusula (art. 41) de terminación mediante notificación que refleja el texto del artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969. Además, la práctica relativa a los acuerdos sobre productos básicos pone de manifiesto que puede acordarse la terminación de la aplicación provisional mediante el retiro del acuerdo, como ocurre con el Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa.

notificación o un “plazo razonable” para la denuncia o el retiro de un tratado que no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro. La Comisión no quiso hacerlo en aras de la flexibilidad inherente al artículo 25 y habida cuenta de la insuficiente práctica al respecto.

8) En el párrafo 3 se reconoce la posibilidad de que un Estado o una organización internacional puedan invocar también motivos distintos del previsto en el párrafo 2 para la terminación de la aplicación provisional. Esta posibilidad adicional está implícita en el carácter flexible de la terminación de la aplicación provisional prevista en el artículo 25, párrafo 2. Por ejemplo, un Estado o una organización internacional pueden querer terminar la aplicación provisional de un tratado multilateral, pero seguir teniendo la intención de llegar a ser parte en el tratado. Otra situación posible es que, en los casos de violación grave, un Estado o una organización internacional puedan querer terminar o suspender la aplicación provisional únicamente respecto del Estado o la organización internacional que haya cometido la violación, pero seguir aplicando provisionalmente el tratado respecto de las otras partes en él. El Estado o la organización internacional que se haya visto afectado por la violación grave puede también querer reanudar la aplicación provisional suspendida del tratado una vez que la violación se haya subsanado.

9) En relación con la frase inicial, “[a] menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo”, son de aplicación las mismas consideraciones con respecto al párrafo 3 que las descritas anteriormente acerca del párrafo 2. La expresión “podrá invocar” permite confirmar el carácter facultativo de la invocación de otros motivos para la terminación de la aplicación provisional, al tiempo que transmite la necesidad de que se especifiquen los motivos por los que se dice que se pone fin a la aplicación provisional. Además, es necesario que el Estado o la organización internacional que invoque esos motivos lo comunique (“lo notificará”) a los otros Estados o a las otras organizaciones internacionales de que se trate, según se interpreta en la presente Guía. Dada la variedad de circunstancias en las que puede producirse la terminación de la aplicación provisional, no sería factible un requisito general sobre el plazo de notificación. No obstante, para la terminación de la aplicación provisional de algunos tratados, por ejemplo los que establecen acuerdos institucionales, está justificado que se avise con suficiente antelación. En otras situaciones, la terminación de la aplicación provisional puede producirse inmediatamente después de que se reciba la notificación, como se indica en el párrafo 7) del presente comentario.

10) Los requisitos de procedimiento establecidos en la Convención de Viena de 1969 para la terminación de los tratados que ya estén en vigor no se aplican en general a la terminación de la aplicación provisional[297]. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, el párrafo 4 del proyecto de directriz contiene una cláusula de salvaguardia con la que se pretende confirmar que, en principio, la terminación de la aplicación provisional de un tratado no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica que se deriven de la ejecución de la aplicación provisional antes de su terminación. La disposición estaba basada en el artículo 70, párrafo 1 b), de la Convención de Viena de 1969.

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

1. Un Estado que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

2. Una organización internacional que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

[297] Véase S. Talmon y A. Quast Mertsch, “Germany’s position and practice on provisional application of treaties”, *GPIL - German Practice in International Law*, 2021.

Comentario

1) El proyecto de directriz 10 se ocupa de la observancia de los tratados aplicados provisionalmente y de su relación con el derecho interno de los Estados y las reglas de las organizaciones internacionales. Concretamente, se ocupa de la invocación del derecho interno de los Estados o, en el caso de las organizaciones internacionales, de sus reglas, como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. El primer párrafo trata de la norma aplicable a los Estados y el segundo, de la norma aplicable a las organizaciones internacionales.

2) La formulación de la disposición sigue de cerca la del artículo 27 de las Convenciones de Viena de 1969[298] y 1986[299]. Por consiguiente, debe examinarse junto con esos artículos y otras normas de derecho internacional aplicables.

3) La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado se rige por el derecho internacional. Al igual que el artículo 27[300], el proyecto de directriz 10 establece, como regla general, que un Estado o una organización internacional no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno o sus reglas como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional. Asimismo, tampoco podrán invocarse esas disposiciones o reglas para eludir la responsabilidad a que pueda dar lugar el incumplimiento de tales obligaciones[301]. No obstante, como se indica en el proyecto de directriz 12, los Estados y las organizaciones internacionales de que se trate podrán convenir en limitaciones derivadas del derecho interno o de las reglas como parte de su acuerdo sobre la aplicación provisional.

4) Si bien cada Estado u organización internacional podrá decidir, con arreglo a su derecho interno o sus reglas, si conviene en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado[302], una vez que un tratado o una parte de un tratado se apliquen provisionalmente, la incompatibilidad con el derecho interno de un Estado o las reglas de una organización internacional no pueden justificar la no aplicación provisional de ese tratado o de una parte de él. Así pues, la invocación de esas disposiciones internas en un intento de justificar la no aplicación provisional de un tratado o de una parte de él no estaría en conformidad con el derecho internacional.

5) El incumplimiento de las obligaciones que emanen de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado con una justificación basada en el derecho interno de un Estado o en las reglas de una organización internacional generará la responsabilidad internacional de ese Estado o de esa organización internacional, de conformidad con el proyecto de directriz 8[303]. Cualquier otro planteamiento iría en contra del derecho sobre la

[298] El artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 estipula lo siguiente:

> El derecho interno y la observancia de los tratados
>
> Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

[299] El artículo 27 de la Convención de Viena de 1986 estipula lo siguiente:

> El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados
>
> 1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.
>
> 2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado.
>
> 3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

[300] Véase A. Schaus, "1969 Vienna Convention. Article 27: internal law and observance of treaties", en Corten y Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*. *A Commentary*, vol. I (véase la nota 254 *supra*), págs. 688 a 701, en especial pág. 689.

[301] Véase el artículo 7, "Obligatoriedad de los tratados: principio de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno", en el cuarto informe de Sir Gerald Fitzmaurice, Relator Especial (*Anuario... 1959*, vol. II, documento A/CN.4/120, pág. 47).

[302] Véase Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*... (nota 254 *supra*), pág. 64.

[303] Véase Mathy, "Article 25" (nota 254 *supra*), pág. 646.

responsabilidad internacional, con arreglo al cual la calificación del hecho de un Estado o de una organización internacional como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional y no se ve afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno de un Estado o las reglas de una organización internacional[304].

6) La fórmula "derecho interno de los Estados y reglas de las organizaciones internacionales" incluye cualquier disposición de tal naturaleza, y no solo el derecho interno o las reglas relativas específicamente a la aplicación provisional de los tratados.

7) La expresión "obligación que emane de tal aplicación provisional", que figura en los dos párrafos del proyecto de directriz, es lo suficientemente amplia como para abarcar las situaciones en que la obligación resulta del propio tratado o de un acuerdo distinto relativo a la aplicación provisional del tratado o de una parte del tratado. Ello está en consonancia con la regla general contenida en el proyecto de directriz 6, que establece que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado creará una obligación jurídicamente vinculante de aplicar ese tratado o una parte de él entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, excepto en la medida en que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo. El tratado o la parte del tratado que se esté aplicando provisionalmente ha de cumplirse de buena fe.

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

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

Comentario

1) El proyecto de directriz 11 se ocupa de los efectos de las disposiciones del derecho interno de los Estados y las reglas de las organizaciones internacionales concernientes a su competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados. El primer párrafo se refiere al derecho interno de los Estados y el segundo a las reglas de las organizaciones internacionales.

2) El proyecto de directriz 11 sigue de cerca la formulación del artículo 46 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En concreto, el primer párrafo del proyecto de directriz retoma el párrafo 1 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969[305] y el

[304] Véanse el artículo 3 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001 (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, incluido después en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001), y el artículo 5 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011 (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87, incluidos posteriormente en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011).

[305] El artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 estipula lo siguiente:

> Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados
>
> 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la

segundo, el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1986[306]. Así pues, el proyecto de directriz debe examinarse junto con esos artículos y otras normas de derecho internacional aplicables.

3) El proyecto de directriz 11 establece que toda alegación de vicio del consentimiento para la aplicación provisional ha de basarse en una violación manifiesta del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización relativas a su competencia para convenir en tal aplicación provisional y, además, ha de concernir a una norma de importancia fundamental.

4) Una violación es "manifiesta" si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado o cualquier organización internacional que proceda en la materia conforme a la práctica usual de los Estados o, en su caso, de las organizaciones internacionales, y de buena fe[307].

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

El presente proyecto de directrices se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados o de las organizaciones internacionales de convenir en el propio tratado o de otro modo en la aplicación provisional del tratado o de una parte del tratado con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales.

Comentario

1) El proyecto de directriz 12 se refiere a las limitaciones de los Estados y las organizaciones internacionales que podrían derivarse de su derecho interno y sus reglas al convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. Esas limitaciones pueden ser sustantivas o de procedimiento, como las relativas a la expresión del consentimiento en obligarse por un tratado, o una combinación de ambos. Los Estados y las organizaciones internacionales pueden convenir en la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno o de las reglas de las organizaciones, que pueden reflejarse en su consentimiento en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado.

---

competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

[306] El artículo 46 de la Convención de Viena de 1986 estipula lo siguiente:

Disposiciones de derecho interno del Estado y reglas de la organización internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

3. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado o cualquier organización internacional que proceda en la materia conforme a la práctica usual de los Estados y, en su caso, de las organizaciones internacionales, y de buena fe.

[307] De conformidad con el art. 46, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969 y el art. 46, párr. 3, de la Convención de Viena de 1986.

2) El presente proyecto de directriz reconoce el derecho de los Estados o las organizaciones internacionales para convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado de manera que se garantice la conformidad de ese acuerdo con las limitaciones derivadas de sus respectivas disposiciones internas. Por ejemplo, el presente proyecto de directriz prevé la posibilidad de que el tratado remita expresamente al derecho interno del Estado o a las reglas de la organización internacional y condicione esa aplicación provisional a la no violación del derecho interno del Estado o las reglas de la organización[308].

3) El título del proyecto de directriz refleja la base consensual de la aplicación provisional de los tratados, así como el hecho de que cabría la posibilidad de que la aplicación provisional no fuera posible en absoluto con arreglo al derecho interno de los Estados o las reglas de las organizaciones internacionales[309].

4) El proyecto de directriz no debe interpretarse en el sentido de que implica la necesidad de un acuerdo distinto sobre la aplicabilidad de las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales de que se trate. Solo es necesario que la existencia de tales limitaciones derivadas del derecho interno esté suficientemente clara en el propio tratado, en un tratado distinto o en cualquier otra forma de acuerdo en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado.

Anexo del capítulo V

Bibliografía seleccionada sobre la aplicación provisional de los tratados

A. Libros

Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Azaria, Danae. *Treaties on Transit of Energy via Pipelines and Countermeasures*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Bjorge, Eirik. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

[308] Véase, por ejemplo, el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía.

[309] Véanse los diversos ejemplos de acuerdos de libre comercio entre los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y numerosos Estados (como Albania, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chile, Egipto, ex República Yugoslava de Macedonia, Filipinas, Georgia, Líbano, México, Montenegro, Perú, República de Corea, Serbia, Singapur, Túnez y los Estados de Centroamérica, los Estados miembros del Consejo de Cooperación del Golfo y los Estados de la Unión Aduanera del África Meridional), en los que se utilizan diferentes cláusulas en este sentido, como: "si sus disposiciones constitucionales lo permiten", "si sus respectivas disposiciones jurídicas lo permiten" o "si sus disposiciones internas lo permiten" (www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements). Por ejemplo, el artículo 43, párrafo 2, del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados de la AELC y los Estados de la Unión Aduanera de África Meridional dispone lo siguiente:

> Artículo 43 (Entrada en vigor)
>
> [...]
>
> 2. Si sus disposiciones constitucionales lo permiten, cualquier Estado de la Asociación Europea de Libre Comercio o de la Unión Aduanera de África Meridional podrá aplicar el presente Acuerdo provisionalmente. La aplicación provisional de este Acuerdo en virtud del presente párrafo se notificará al Depositario.

Véase también el artículo 22 del Acuerdo *General* sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa (París, 2 de septiembre de 1949, *European Treaty Series*, núm. 2) y el artículo 17 del Convenio sobre la Elaboración de una Farmacopea Europea (Estrasburgo, 22 de julio de 1964, *ibid*., núm. 50).

Geslin, Albane. *La mise en application provisoire des traités*. Paris: Editions A. Pedone, 2005.

Gomaa, Mohammed M. *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

Grignon, Julia. *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Geneva, Schulthess, 2014.

Gutiérrez Baylón, Juan de Dios. *Derecho de los Tratados*. Mexico City: Editorial Porrúa, 2010.

Klabbers, Jan, and René Lefeber, eds. *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, The Hague: Kluwer Law International, 1998.

Osminin, B.I. *The Adoption and Implementation by States of International Treaty Obligations*. Wolters Kluwer, 2006.

Quast Mertsch, Anneliese. *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*. Queen Mary Studies in International Law, vol. 9. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

Reuter, Paul. *Introduction au droit des traités*. 3rd ed. Geneva: Graduate Institute Publications, 1995/*Introduction to the Law of Treaties*. London and New York: Kegan Paul International, 1995.

Sarooshi, Dan. *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*. Oxford, Oxford University Press, 2005.

Simonet, Loïc. *Le traité sur le commerce des armes : du premier instrument juridique consacré à la réglementation des transferts internationaux d'armes conventionnelle*. Paris: Editions A. Pedone, 2015.

Villager, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

B. Artículos y capítulos de libros

Andrés Sáenz de Santa María, María Paz. "La aplicación provisional de los tratados internacionales en el derecho español", *Revista española de derecho internacional*, vol. 34, No. 1 (1982).

———. La Unión Europea y el derecho de los tratados: una relación compleja. *Revista española de derecho internacional*, vol. 68/2 (July–December 2016).

Arsanjani, Mahnoush H., and W. Michael Reisman. Provisional application of treaties in international law: the Energy Charter Treaty awards. In Enzo Cannizzaro, ed. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Ascensio, Hervé. Article 70. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Aust, Anthony. Article 24. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Azaria, Danae. Exception of non-performance. In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015.

———. Provisional application of treaties. In Duncan B. Hollis, ed. *The Oxford Guide to Treaties*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.

Bartels, Lorand. Withdrawing provisional application of treaties: has the EU made a mistake? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, No. 1 (2012).

Belz, Matthew. Provisional application of the Energy Charter Treaty: *Kardassopoulos v. Georgia* and improving provisional application in multilateral treaties. *Emory International Law Review*, vol. 22, No. 2 (fall 2008).

Bothe, Michael. Article 46. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Brölmann, Catherine and Guido Den Dekker. Treaties, Provisional application. In Anne Petters, ed. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

Cadilhac, Marie-Cécile. Association UE-Ukraine : débuts mouvementés d'application provisoire pour un accord ambitieux. *Revue trimestrielle de droit européen*, (2015).

Casey-Maslen, Stuart. Article 23: provisional application. In Stuart Casey-Maslen *et al.*, eds. *The Arms Trade Treaty: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Castillo de la Torre, Fernando. El Tribunal de Justicia y las relaciones exteriores tras el Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 60 (May–August 2018).

Chamon, Merijn. Provisional application of treaties: the EU's contribution to the development of international law. *European Journal of International Law*, vol. 31, No. 3 (August 2020).

Charney, Jonathan. U.S. provisional application of the 1994 Deep Seabed Agreement, *American Journal of International Law*, vol. 88, No. 4 (October 1994).

Crnic-Grotic, V. Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties. *Asian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1997).

Dalton, Robert E. Provisional application of treaties. In Duncan B. Hollis, ed. *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Da Silva, Clare, and Brian Wood. Article 7: export and export assessment. In Clare da Silva and Brian Wood, eds. *Weapons and International Law: The Arms Trade Treaty*. Brussels: Larcier, 2015.

Do Nascimento e Silva, Geraldo Eulalio. Le facteur temps et les traités. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 154 (1977).

Fahner, Johannes. The empire strikes back: Yukos-Russia, 1-1. EJIL:Talk! Blog of the *European Journal of International Law*, 26 May 2016. Available at www.ejiltalk.org/the-empire-strikes-back-yukos-russia-1-1/.

Fitzmaurice, Malgosia and Anneliese Quast. Review: La mise en application provisoire des traités. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, No. 2 (April 2007).

Flaesch-Mougin, Catherine, and Isabelle Bosse-Platière. L'application provisoire des accords de l'Union européenne. In *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Govaere, Inge, *et al.*, eds. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

Fukui, Yasuhito. CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 22, No. 2 (July 2017).

Gamarra, Yolanda. Current questions of State succession relating to multilateral treaties. In Pierre Michel Eisemann and Martti Koskenniemi, eds. *State Succession: Codification Tested against the Facts*. The Hague: Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2000.

García, Javier. La aplicación provisional de los tratados. In Spain, Ministry of Foreign Affairs, ed. *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*. Madrid: 1990.

Hafner, Gerhard. The "provisional application" of the Energy Charter Treaty. In Christina Binder *et al. International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. Provisional application of treaties. *Austrian Review of International and European Law Online*, vol. 24, No. 1 (June 2021).

Jacobsson, Marie G. Syria and the issue of chemical weapons - a snapshot of a legal time-frame: the United Nations Security Council resolution 2118 (2013) and the OPCW Executive Council Decision. In Jonas Ebbesson *et al.*, eds. *International Law and Changing Perceptions of Security. Liber Amicorum Said Mahmoudi*. Leiden: Brill Nijhoff, 2014.

Jennings, Robert Y. Treaties. In Mohammed Bedjaoui, ed. *International Law: Achievements and Prospects*. Paris and Dordrecht, UNESCO and Martinus Nijhoff, 1991.

Klaus, Ulrich. The *Yukos* case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties. Policy Papers on Transnational Economic Law, No. 11. Halle: Transnational Economic Law Research Center, 2005.

Kohona, Palitha T. B. Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, No. 2 (January 2005).

Koskenniemi, Martti. Paragraph 3: Law of Treaties. In Pierre Michel Eisemann and Martti Koskenniemi, eds. *State Succession: Codification Tested against the Facts*. The Hague: Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2000.

Krieger, Heike. Article 25. Provisional application. In Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd ed. Berlin: Springer, 2018.

Lefeber, René. The provisional application of treaties. In Jan Klabbers and René Lefeber, eds. *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1998.

_____. Treaties, provisional application. In Rüdiger Wolfrum, ed. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Li, Fenghua. The *Yukos* cases and the provisional application of the Energy Charter Treaty. *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, No. 1 (2017).

Mathy, Denise. Article 25. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Michie, Andrew. The provisional application of arms control treaties. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, No. 3 (winter 2005).

_____. The provisional application of treaties in South African law and practice. *South African Yearbook of International Law*, vol. 30, No. 1 (2005).

_____. The role of provisionally applied treaties in international organisations. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 39, No. 1 (March 2006).

_____. Provisional application of non-proliferation treaties. In Daniel H. Joyner and Marco Roscini, eds. *Non-Proliferation Law as a Special Regime: A Contribution to Fragmentation Theory in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Niebruegge, Alex M. Provisional application of the Energy Charter Treaty: the *Yukos* arbitration and the future place of provisional application in international law. *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, No. 1 (2007).

Ouguergouz, Fatsah, Santiago Villalpando and Jason Morgan-Foster. Article 77: Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Provost, René. Article 73: Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Quast Mertsch, Anneliese. The reform measures of ECHR Protocol No. 14 and the provisional application of treaties. In Malgosia Fitzmaurice and Panos Merkouris, eds. *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Queen Mary Studies in International Law, vol. 12. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

Rogoff, Martin A. and Barbara E. Gauditz. The provisional application of international agreements. *Maine Law Review*, vol. 39, No. 1 (1987).

Rosenne, Shabtai. The depositary of international treaties. *American Journal of International Law*, vol. 61, No. 4 (October 1967).

_____. More on the depositary of international treaties. *American Journal of International Law*, vol. 64, No. 5 (October 1970).

Sagar, David. Provisional application in an international organization. *Journal of Space Law*, vol. 27, No. 2 (1999).

Schaus, Annemie. Article 27. Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Schenker, Claude. L'application provisoire des traités: droit et pratique suisses. *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht: Revue suisse de droit international et européen*, 2015, vol. 25, No. 2, 217–238.

Simma, Bruno, and Christian J. Tams. Article 60. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Talmon Stefan, and Anneliese Quast Mertsch. Germany's position and practice on provisional application of treaties. GPIL – German Practice in International Law, 25 February 2021.

Treves, Tullio. L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme. *Annuaire français de droit international*, vol. 39 (1993).

Vignes, Daniel. Une notion ambigüe : l'application à titre provisoire des traités. *Annuaire français de droit international*, vol. 18 (1972).

Yihdego, Zeray. Article 23: provisional application. In Clare da Silva and Brian Wood, eds. *Weapons and International Law: The Arms Trade Treaty*. Brussels: Larcier, 2015.

C. Jurisprudencia

General Agreement on Tariffs and Trade. Canada — Import, distribution and sale of certain alcoholic drinks by provincial marketing agencies, Report of the Panel, DS17/R, adopted on 18 February 1992.

———. Report of the Panel, Norway — Restrictions on imports of apples and pears, L/6474, adopted on 22 June 1989.

———. Report of the Panel, Thailand — Restrictions on importation of and internal taxes on cigarettes, DS10/R, adopted on 7 November 1990.

———. Report of the Panel, United States — Measures affecting alcoholic and malt beverages, DS23/R, adopted on 19 June 1992.

Netherlands, The Hague District Court, Cases Nos. C/09/477160/HA ZA 15-1; C/09/477162/HA ZA 15-2; C/09/481619/HA ZA 15-112, Judgment, 20 April 2016. Available at http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4230.

Netherlands, The Hague Appeals Court, Case No. 200.197.079/01, Judgment, 18 February 2020. Available at https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2020:234.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.

Permanent Court of Arbitration, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

Permanent Court of Arbitration, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

D. Resoluciones y decisiones de organizaciones internacionales

Comprehensive Nuclear Test-Ban Treaty, Meeting of States Signatories, Resolution establishing the Preparatory Commission for the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Organization. CTBT/MSS/RES/1, adopted on 19 November 1996.

European Union, Council decision (EU) 2017/38 of 28 October 2016 on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its member States, of the other part, *Official Journal of the European Union*, L 11, 14 January 2017, p. 1080.

United Nations, Framework Convention on Climate Change, Ad Hoc Working Group on Further Commitments for Annex I Parties under the Kyoto Protocol. Legal considerations relating to a possible gap between the first and subsequent commitment periods. 20 July 2010. FCCC/KP/AWG/2010/10.

———. Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol. *Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its eighth session, held in Doha from 26 November to 8 December 2012*. 28 February 2013. FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1.

———. Conference of the Parties. Decision 1/CP.21 on adoption of the Paris Agreement, para. 5, in *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015 Addendum Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its twenty-first session*. FCCC/CP/2015/10/Add.1.

United Nations, General Assembly resolution 50/245 of 10 September 1996 on the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty.

United Nations, General Assembly resolution 67/234 B of 2 April 2013 on the Arms Trade Treaty.

United Nations, General Assembly resolution 97(1) of 14 December 1946, modified by General Assembly resolutions 364 (IV) of 1 December 1949, 482 (V) of 12 December 1955 and 33/141 of 19 December 1978 on registration and publication of treaties and international agreements pursuant to Article 102 of the Charter of the United Nations.

E. Otros documentos

1. Organizaciones internacionales

Council of Europe, ed. *Treaty Making – Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

———. Committee of Ministers. Minutes of the sitting held at the Sofia Hotel Balkan, Sofia, Bulgaria, 12 December 2016. CM/PV(2016)126-final, appendix 3, decision on tackling violent extremism and radicalisation leading to terrorism para. 3. Available at https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016806c9744.

———. Treaty Office. Draft model final clauses for conventions, additional protocols and amending protocols concluded within the Council of Europe. 12 February 2016. CAHDI (2016) 8.

European Commission. Provisional application of new agreement between the European Union and Afghanistan signals new phase in cooperation. Press release, 30 November 2017. Available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5008_en.htm.

Organization for the Prohibition of Chemical Weapons. Syria's accession to the Chemical Weapons Convention enters into force. 14 October 2013. Available at www.opcw.org/news/article/syrias-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force/.

United Nations, General Assembly, Report of the Secretary-General on examples of precedents of provisional application, pending their entry into force, of multilateral treaties,

especially treaties which have established international organizations and/or regimes. 12 June 1973. A/AC.138/88.

———, General Assembly. Report of the Secretary-General on strengthening and coordinating United Nations rule of law activities. 27 July 2015. A/70/206, para. 11.

———. *Final Clauses of Multilateral Treaties: Handbook* (United Nations publication, Sales No. E.04.V.3).

_____, Office of Legal Affairs. *Treaty Handbook*, (United Nations publication, Sales No. E.12.V.1).

———. *Repertory of Practice of United Nations Organs, Supplement No. 3*, vol. IV, arts. 92–111 of the Charter (United Nations publication, Sales No.: E.73.V.2).

———. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, vol. V, Articles 92–111 of the Charter (United Nations publication, Sales No: 1955.V.2 (vol. V)).

———.*Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, ST/LEG/7/Rev.1 (United Nations publication, Sales No. E.94.V.15), paras. 237–241.

———. *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, ST/LEG/7/Rev.1. (United Nations publication, Sales No. E/94/V.5).

2. Estados

Estonia, Foreign Relations Act, adopted on 15 June 2006, *Rigii Teataja*, I 2006, 32, 248, entered into force on 1 January 2007. Available at www.riigiteataja.ee/en/eli/517012014001/consolide.

France, Circular of 30 May 1997 on the preparation and conclusion of international agreements, *Journal officiel de la République française*, No. 0125, 31 May 1997, 8415. The text of the circular is available at www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000200416.

Nigeria, Ministry of Foreign Affairs. The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States [1975–2010]. Abuja, 2011.

Peru. Reservation to the Vienna Convention on the Law of Treaties. C.N.1021.2000.TREATIES-2 (Depositary Notification). Available on the website of the United Nations Treaty Collection, at https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2000/CN.1021.2000-Eng.pdf.

Spain. *Boletín Oficial del Estado*, No. 288 (28 November 2014), sect. I, p. 96841.

Switzerland, Federal Justice and Police Department. Réglementer clairement l'application à titre provisoire de traités internationaux. 19 February 2004. Available at www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2004/2004-02-19.html.

Turkey, Constitution of the Republic of Turkey. Available at https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf.

United States of America, Library of Congress Report on the Law of the Sea Treaty: alternative approaches to provisional application, 93rd congress, 2nd session, House Committee on Foreign Affairs (4 March 1974). *International Legal Materials*, vol. 13, No. 2 (1974), at p. 456.

3. Comisión de Derecho Internacional

Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat. 24 March 2017. A/CN.4/707.

Third report on identification of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur. 27 March 2015. A/CN.4/682.

Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, by Mr. Georg Nolte, Special Rapporteur, 7 April 2015. A/CN.4/683.

Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat. 25 November 2014. A/CN.4/676.

Yearbook ... 2013, vol. II (Part One), document A/CN.4/658, Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat.

Yearbook ... 2011, vol. II (Part Three), Guide to Practice on Reservations to Treaties.

Yearbook ... 2001, vol. II (Part Two) and corrigendum, articles on responsibility of States for internationally wrongful acts.

Yearbook ... 1974, vol. II (*Part* One), document A/CN.4/278, First report on succession of States in respect of treaties.

Yearbook ... 1966, doc. A/6309/Rev.1, part II, Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session.

Yearbook ... 1966, vol. II, doc. A/6309/Rev.1, part II, annex, Comments by Governments on parts I, II and III of the draft articles on the law of treaties drawn up by the Commission at its fourteenth, fifteenth and sixteenth sessions.

Yearbook ... 1966, vol. II, draft articles on the law of treaties.

Yearbook ... 1965, vol. I, 790th meeting.

Yearbook ... 1965, vol. II, document A/6009, Report of the International Law Commission on the work of the first part of its seventeenth session.

Yearbook ... 1962, vol. I, 668th meeting.

Yearbook ... 1962, vol. II, document A/5209, Report of the International Law Commission covering the work of its fourteenth session.

Yearbook ... 1962, vol. II, document A/CN.4/144, First report on the law of treaties, by Sir Humphrey y Waldock.

Yearbook ... 1959, vol. I, 487th meeting.

Yearbook ... 1959, vol. II, Brierly, J.L., First report on the law of treaties, document A/CN.4/23.

4. Tratados

Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties (Vienna, 23 August 1978), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1946, No. 33356, p. 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna, 23 May 1969), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232, p. 331.

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 21 March 1986). A/CONF.129/15.

5. Otros

International Law Association. *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 2004*. Arms Control and Disarmament Law. Final Report of the Committee.

Michie, Andrew. “The provisional application of treaties with special reference to arms control, disarmament and non-proliferation instruments”, Master of Laws dissertation, University of South Africa, 2004.

Capítulo VI
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

53. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado" y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin[310]. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)[311].

54. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63er período de sesiones (2011)[312]. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º (2009) y 62º (2010)[313].

55. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que había dejado de ser miembro de la Comisión[314]. Recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014) y el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015). El quinto informe fue examinado por la Comisión en los períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017), el sexto informe en los períodos de sesiones 70º (2018) y 71º (2019) y el séptimo informe en el 71er período de sesiones (2019)[315]. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero, cuarto y quinto, la Comisión ha aprobado provisionalmente siete proyectos de artículo con sus comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción[316].

---

[310] En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta que figuraba en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/61/10), párr. 257).

[311] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en los documentos A/CN.4/596 y Corr.1.

[312] A/CN.4/601, A/CN.4/631 y A/CN.4/646, respectivamente.

[313] Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/64/10), párr. 207; e *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/65/10), párr. 343.

[314] *Ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 266.

[315] A/CN.4/654, A/CN.4/661, A/CN.4/673, A/CN.4/686, A/CN.4/701, A/CN.4/722 y A/CN.4/729, respectivamente.

[316] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 48 y 49.

En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 48 y 49).

En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2, apartado e), y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 130 a 132).

En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2, apartado f), y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

56. La Comisión tuvo ante sí el octavo informe (A/CN.4/739) de la Relatora Especial. En el informe se examinaban las relaciones entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales; un mecanismo de solución de controversias entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; y la cuestión de las buenas prácticas que podían ayudar a resolver los problemas que se planteaban en la práctica en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. Teniendo en cuenta el tratamiento dado a esas cuestiones en el informe, también se presentaron propuestas para los proyectos de artículo 17 y 18.

57. La Comisión examinó el octavo informe en sus sesiones 3520ª, 3521ª y 3523ª a 3528ª, celebradas del 12 al 21 de mayo de 2021.

58. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3528ª sesión, celebrada el 21 de mayo de 2021, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 17 y 18 que figuraban en el octavo informe de la Relatora Especial, teniendo en cuenta el debate mantenido y las propuestas formuladas en el seno de la Comisión.

59. En sus sesiones 3530ª y 3549ª, celebradas el 3 de junio y el 26 de julio de 2021, la Comisión recibió y examinó los informes del Comité de Redacción (A/CN.4/L.940, A/CN.4/L.953 y Add.1) y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 y 12 (véase la sección C.1 *infra*).

60. En sus sesiones 3557ª a 3561ª, celebradas del 3 al 5 de agosto de 2021, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 y 12 (véase la sección C.2 *infra*).

1. Presentación del octavo informe por la Relatora Especial

61. La Relatora Especial recordó que, en el séptimo informe, que se había sometido a la Comisión en su 71er período de sesiones para su consideración, había completado su examen de las cuestiones incluidas en el plan de trabajo presentado a la Comisión en 2012. No obstante, en el capítulo V del séptimo informe se habían destacado en especial tres cuestiones generales que merecían ser examinadas por la Comisión antes de que concluyera la primera lectura, a saber, la relación existente entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales, la posibilidad de establecer un mecanismo de solución de controversias y la posible incorporación en el proyecto de artículos de recomendaciones de buenas prácticas. Esas cuestiones se estudiaron en el octavo informe.

62. La Relatora Especial explicó que el octavo informe estaba dividido en una introducción y cuatro capítulos. La introducción tenía por objeto describir el tratamiento del tema por parte de la Comisión. En el capítulo I se examinaba la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales. En el capítulo II se estudiaban los problemas relacionados con la solución de

---

de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones, y en sus sesiones 3345ª y 3346ª, que tuvieron lugar el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó sus comentarios (*ibid*., *septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 194, 195 y 250).

En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 en votación registrada, y en sus sesiones 3387ª a 3389ª, que tuvieron lugar los días 3 y 4 de agosto de 2017, aprobó sus comentarios (*ibid*., *septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 74, 76, 140 y 141).

En su 3501ª sesión, celebrada el 6 de agosto de 2019, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional del Comité de Redacción sobre la "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", con el proyecto de artículo 8 *ante* aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en el 71er período de sesiones (A/CN.4/L.940). La Comisión tomó nota del informe provisional del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 8 *ante*, que se presentó a la Comisión únicamente a título informativo únicamente (*ibid*., *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 125 y nota 1469).

controversias y se proponía la creación de un mecanismo específico a tal efecto. En el capítulo III se abordaba la cuestión de la recomendación de buenas prácticas. El capítulo IV se refería al plan de trabajo futuro.

63. En relación con los proyectos de artículo que el Comité de Redacción aún no había examinado, la Relatora Especial señaló que había celebrado dos rondas de consultas oficiosas antes del inicio del actual período de sesiones con el fin de examinar el estado actual de los trabajos de la Comisión y formular propuestas que permitieran al Comité de Redacción avanzar teniendo en cuenta la dificultad de las circunstancias de la pandemia de COVID-19 y los métodos de trabajo aprobados para el actual período de sesiones. Dio las gracias a los miembros que habían participado en las consultas.

64. En lo que respecta a la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales, la Relatora Especial recordó que, en el sexto informe, se había referido a la necesidad de abordar en un informe posterior la incidencia que la obligación de cooperar con los tribunales penales internacionales podía tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado[317]. Dos hechos la habían llevado a no abordar la cuestión en el séptimo informe. El primero era que la cuestión de la relación entre la inmunidad y la obligación de cooperar se había planteado ante la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir*, que en ese momento se encontraba *sub iudice*. El segundo era que, cuando se había terminado el informe, había un tema en el programa de la Asamblea General relativo a una posible solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión de la inmunidad de los Jefes de Estado y la relación de esta con el deber de cooperar con la Corte Penal Internacional[318]. La Relatora Especial señaló que la solicitud de una opinión consultiva parecía haber perdido fuerza y que la Corte Penal Internacional había dictado su fallo en la causa mencionada el 6 de mayo de 2019[319]. Estas circunstancias permitían, por tanto, a la Comisión abordar la relación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales desde una perspectiva general.

65. La cuestión de la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales había sido analizada por los dos Relatores Especiales que se habían ocupado del presente tema. Estaba estrechamente vinculada al ámbito de aplicación del proyecto de artículos, definido en el proyecto de artículo 1 aprobado por la Comisión. Era evidente que el tema no se ocupaba de las inmunidades ante los tribunales penales internacionales. Con todo, tampoco podía negarse que el examen de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no podía realizarse en abstracto y sin tener en cuenta la existencia de tribunales penales internacionales creados para conocer de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional. Dada la posibilidad de que los crímenes internacionales hubieran sido cometidos por funcionarios del Estado que podrían entonces ser perseguidos ante tribunales penales tanto nacionales como internacionales, no parecía posible negar la existencia de una relación entre el presente tema y la jurisdicción penal internacional. La relación también estaba estrechamente vinculada al principio de rendición de cuentas y a la lucha contra la impunidad de los crímenes según el derecho internacional, que se habían abordado de manera recurrente en los debates de la Comisión.

66. Se plantearon cuestiones específicas sobre la relación entre los tribunales penales internacionales y el presente tema en dos ámbitos. El primero era la posible definición de una excepción a la inmunidad derivada de la obligación de cooperar con un tribunal penal internacional. El segundo era el lugar que ocupaba la jurisdicción penal extranjera a la luz de

[317] A/CN.4/722, párr. 43.

[318] Tema 89 del programa, titulado “Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes del derecho internacional con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros altos funcionarios” (A/73/251 y Add.1).

[319] *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, fallo de la Sala de Apelaciones de 6 de mayo de 2019 (ICC-02/05-01/09-397-Corr).

la misma obligación de cooperar. La Comisión había abordado la primera cuestión en 2016 y 2017 y había decidido no mantener dicha excepción en el proyecto de artículo 7. La segunda cuestión se abordaba en el fallo de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir*, en el que la Corte afirmaba que, cuando un Estado parte en el Estatuto de Roma[320] actuaba atendiendo a una solicitud de asistencia de la Corte, prestaba asistencia a la Corte en el ejercicio de su competencia en lugar de ejercer su jurisdicción penal nacional[321].

67. La Relatora Especial reiteró su opinión, que había expresado oralmente en el 71er período de sesiones y en su octavo informe, de que, a los efectos de su labor, no sería útil ni necesario que la Comisión examinara el fallo de la Corte Penal Internacional. El fallo debía considerarse en el contexto del régimen jurídico específico establecido por el Estatuto de Roma, y no parecía posible extrapolarlo al tema que la Comisión tenía ante sí, que era de alcance general y debía ser de aplicación a cualquier Estado respecto de cuya jurisdicción penal pudiera plantearse una cuestión de inmunidad.

68. No obstante, la Relatora Especial consideró que no parecía razonable que la Comisión ignorara la existencia de los tribunales penales internacionales al ocuparse de una cuestión que guardaba cierta relación con dichos tribunales. Si bien el tema se refería únicamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, varios miembros de la Comisión y varios Estados habían afirmado que, en su labor en curso, la Comisión no debía ignorar los avances de la comunidad internacional en el ámbito del derecho penal internacional, ni tampoco alterar ni socavar las normas sustantivas e institucionales del derecho penal internacional.

69. El proyecto de artículo 18[322], propuesto a la Comisión para su examen, respondía a ese objetivo. Estaba formulado como una cláusula "sin perjuicio" que salvaguardaría la separación y la independencia de los regímenes aplicables a la inmunidad ante los tribunales penales nacionales y los tribunales penales internacionales y preservaría las normas especiales que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales. La Relatora Especial también observó que existía cierta similitud entre el proyecto de artículo 18 y el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 como cláusulas "sin perjuicio", y propuso que el primero se incorporara como párrafo 3 del proyecto de artículo 1.

70. En lo que respecta a la cuestión de la solución de controversias, la Relatora Especial señaló que, como se indicaba en el octavo informe, las disposiciones procesales propuestas en los informes sexto y séptimo tenían por objeto contribuir a fomentar la confianza entre el Estado del funcionario y el Estado del foro, y facilitar de esa manera la solución de las controversias que pudieran surgir en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. No obstante, seguía siendo posible que una divergencia entre las posiciones jurídicas de los Estados implicados generara una controversia que no pudiera resolverse más que por los medios pacíficos aplicables en el derecho internacional contemporáneo. Por lo tanto, a juicio de la Relatora Especial, era necesario incluir en el presente proyecto de artículos una disposición específica dedicada a la solución de controversias.

71. Era obvio que cualquier controversia que pudiera surgir entre el Estado del foro y el Estado del funcionario podía someterse a un mecanismo de solución de controversias aceptado por los Estados, como de hecho había ocurrido en la práctica. No obstante, esos mecanismos tradicionales de solución de controversias habían funcionado a menudo de manera *ex post facto*, como último recurso para el restablecimiento de la legalidad internacional. No habían ofrecido a los Estados la oportunidad de resolver la controversia en una etapa temprana y evitar así un hecho consumado difícil de revertir posteriormente.

72. Tanto el mecanismo de consulta propuesto en el proyecto de artículo 15 como el sistema de intercambio de información previsto en el proyecto de artículo 13 (numerado

[320] Roma, 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

[321] Véase la nota 319 *supra*.

[322] El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

"Proyecto de artículo 18

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales."

nuevamente como proyecto de artículo 12) tenían por objeto facilitar la resolución temprana de las controversias. No obstante, en caso de que ninguno funcionara, también podría ser oportuno establecer un mecanismo para someter la controversia a un tercero neutral e imparcial. La Relatora Especial explicó que, para que fuera de utilidad, el mecanismo debía estructurarse en torno a dos elementos básicos: la supeditación del sometimiento de la controversia a la solución dada por un tercero a la suspensión del ejercicio de la jurisdicción penal por el Estado del foro, y el efecto vinculante de la decisión que adoptara el tercero.

73. En la propuesta presentada a la Comisión se optaba por el recurso al arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia a fin de evitar el largo proceso de negociación necesario para crear un organismo *ad hoc*. Se consideraba que tanto esos mecanismos como sus normas procesales eran bien conocidos por los Estados. La condición de "corte común de derecho internacional" de la Corte Internacional de Justicia haría también que esta resultara especialmente idónea para pronunciarse sobre las complejas cuestiones que podían plantearse en las causas relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

74. A partir de esas consideraciones, la propuesta de proyecto de artículo 17[323] sometida a la Comisión para su examen establecía un sistema de solución de controversias dividido en tres fases consecutivas: consultas, negociaciones (entendidas ambas como mecanismos obligatorios), y recurso al arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia (como mecanismos alternativos de carácter voluntario). Ese modelo, que estaría sujeto a las normas generales de solución de controversias vigentes en el derecho internacional contemporáneo, ofrecería a los Estados un instrumento útil para la defensa de sus respectivos derechos e intereses y evitaría situaciones de hechos consumados.

75. La Relatora Especial señaló que la Comisión había incluido disposiciones sobre solución de controversias en gran parte de sus últimos trabajos, incluidos proyectos que no seguían el modelo tradicional de proyectos de artículos, por ejemplo el relativo a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. No obstante, reconoció que los mecanismos de solución de controversias estaban especialmente vinculados a instrumentos de carácter normativo y que la Comisión aún no había decidido si recomendaría a la Asamblea General que el proyecto de artículos se convirtiera en un tratado. Incluso si no lo hiciera, el proyecto de artículo 17 estaría plenamente justificado en el contexto de la cuarta parte del proyecto de artículos, dedicada a las disposiciones y garantías procesales.

76. En lo que respecta a las buenas prácticas, la Relatora Especial recordó que, en el séptimo informe, había planteado la posibilidad de incorporar en el proyecto de artículos algunas referencias a buenas prácticas cuya adopción pudiera recomendarse a los Estados. Cabía mencionar, en particular, las prácticas consistentes en que una autoridad nacional de alto nivel tomara las decisiones relativas a la determinación y aplicación de la inmunidad y en que los Estados redactaran manuales o guías para su uso por los órganos del Estado que participaran en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. La Relatora Especial explicó que ese planteamiento obedecía a la constatación de que, en algunos casos, las autoridades estatales competentes no estaban familiarizadas con los problemas especiales que planteaba la inmunidad en el derecho internacional, su relación con los principios fundamentales del derecho internacional o la influencia que las decisiones sobre la inmunidad

[323] El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

"Proyecto de artículo 17
Solución de controversias

1. Si tras la celebración de consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario subsisten diferencias respecto de la determinación y aplicación de la inmunidad, ambos Estados procurarán resolver la controversia mediante negociaciones a la mayor brevedad posible.

2. Si en un plazo razonable, que no podrá exceder de [6] [12] meses, no se alcanzase una solución negociada, tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario podrán ofrecer a la otra parte el someter la controversia a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia.

3. En el caso de que la controversia se someta a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia, el Estado del foro suspenderá el ejercicio de su jurisdicción hasta que el órgano competente adopte una decisión definitiva."

de un funcionario de un Estado extranjero podían tener en las relaciones internacionales del Estado del foro.

77. Varios miembros habían abordado la cuestión de las buenas prácticas en el debate celebrado en la Comisión en su 71er período de sesiones, y la Relatora Especial recordó que las opiniones expresadas eran muy diversas. Una de las cosas que se habían propuesto era transformar la cuarta parte del proyecto de artículos en un anexo que pudiera recomendarse a los Estados como buenas prácticas. La Relatora Especial no consideraba que esa opción fuera adecuada. Otros miembros habían indicado que la inclusión de buenas prácticas en el proyecto de artículos carecería de utilidad. Un tercer grupo había considerado que, aunque la inclusión de buenas prácticas podía ser útil, llevaría mucho tiempo redactar el texto correspondiente y retrasaría la finalización de la labor de la Comisión sobre el tema.

78. La Relatora Especial señaló también que solo un Estado había respondido a la solicitud, formulada en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 71er período de sesiones, de información "sobre la existencia de manuales, guías, protocolos o instrucciones operativas dirigidas a los funcionarios y órganos del Estado competentes para adoptar alguna decisión que pueda afectar a los funcionarios extranjeros y a su inmunidad de jurisdicción penal en el territorio del Estado del foro"[324]. Dicho Estado había respondido que no contaba con ninguna guía de ese tipo.

79. Ante las consideraciones expresadas, la Relatora Especial explicó que el octavo informe no contenía ninguna propuesta específica sobre recomendaciones de buenas prácticas. Sin embargo, ello no impedía incluir las prácticas que había señalado en el proyecto de artículos, ya fuera en la cuarta parte o en el comentario general.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

80. Los miembros elogiaron a la Relatora Especial por su amplia labor con el octavo informe, en el que, a su juicio, se trataban de manera clara, bien documentada, sucinta y completa las cuestiones de la relación entre el tema y la jurisdicción penal internacional, la posibilidad de añadir una cláusula sobre solución de controversias y la recomendación de buenas prácticas. Los miembros le agradecieron que hubiera organizado varias rondas de consultas informales, tanto antes como en el curso del período de sesiones. Se señaló que las consultas oficiosas habían permitido al Comité de Redacción avanzar en sus trabajos en el actual período de sesiones.

81. Se recordó que la Relatora Especial ya había completado su plan de trabajo sobre el tema, incluidas las cuestiones adicionales tratadas en el octavo informe. Varios miembros expresaron su deseo de que la Comisión concluyera su primera lectura en el actual período de sesiones o durante el quinquenio. Se destacó la importancia de dar a los Estados la oportunidad de formular observaciones sobre un conjunto completo de proyectos de artículo al término de la primera lectura. También se señaló que el tema figuraba en el actual programa de trabajo de la Comisión desde 2007, lo que lo convertía en uno de los temas de los que la Comisión llevaba más tiempo ocupándose. Se consideró que el tiempo que la Comisión llevaba trabajando en él reflejaba su complejidad y el carácter controvertido de algunos de sus aspectos fundamentales. A ese respecto, se afirmó que los Estados habían pedido a la Comisión que encontrara una forma de avanzar en el tema. En este sentido, varios miembros indicaron que la Comisión tendría que superar la divergencia de opiniones de sus miembros sobre el proyecto de artículo 7 antes de completar su primera lectura sobre el tema. También se recordó la necesidad de estudiar la cuestión de la inviolabilidad y las definiciones pendientes del proyecto de artículo 2 (anteriormente proyecto de artículo 3).

[324] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 29.

b) Observaciones específicas

Proyecto de artículo 18

82. Los miembros estuvieron de acuerdo en que cualquier cuestión relacionada con la inmunidad ante los tribunales penales internacionales quedaba fuera del alcance del presente tema. Varios miembros señalaron que la inmunidad ante un determinado tribunal penal internacional se regía por el instrumento que establecía su respectivo régimen jurídico. No obstante, algunos miembros consideraban importante que la Comisión abordara esa relación de forma específica en el proyecto de artículos. Se señaló que las dos ramas del derecho compartían los importantes objetivos de promover la rendición de cuentas e impedir la impunidad de los crímenes más graves según el derecho internacional. Se argumentó que, a menudo, los tribunales penales internacionales debían recurrir a los Estados para ejercer su competencia. Varios miembros señalaron la importancia de no cuestionar la interpretación y aplicación de las normas sustantivas e institucionales del derecho penal internacional. En particular, se recordó la importancia de la obligación de los Estados partes en el Estatuto de Roma de cooperar con la Corte Penal Internacional y de las obligaciones de cooperación impuestas a los Estados en virtud de las resoluciones 955 (1994) y 827 (1993) del Consejo de Seguridad. Algunos miembros también dijeron que, en su práctica anterior, el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, había establecido obligaciones horizontales para que los Estados prestaran asistencia en las investigaciones penales de otros Estados. No obstante, varios miembros destacaron asimismo la importancia de que el proyecto de artículo se redactase de manera que se aplicara por igual a los Estados partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a los que no lo eran.

83. Algunos miembros apoyaban la inclusión del proyecto de artículo 18, pues compartían el punto de vista de la Relatora Especial sobre la utilidad de contar con una cláusula “sin perjuicio” para abordar la relación del proyecto de artículos con las normas que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales. Se consideraba que el proyecto de artículos dejaba claro que este no era de aplicación a los regímenes autónomos de los tribunales penales internacionales ni los abordaba. Se indicó que el proyecto de artículo 18 aclararía a los Estados que el proyecto de artículos no afectaba a ninguna otra obligación que los Estados pudieran haber aceptado o asumido anteriormente. También se afirmó que la Comisión había utilizado con frecuencia cláusulas “sin perjuicio” en sus trabajos anteriores, y que estas habían servido para delimitar el alcance de un tema, y no para crear relaciones jerárquicas.

84. Otros miembros se oponían a la aprobación del proyecto de artículo 18. Se expresó la opinión de que la posibilidad de que hubiera un solapamiento entre jurisdicciones nacionales e internacionales no era suficiente para establecer la existencia de una relación entre ellas. Algunos miembros consideraban que la relación entre el tema y los tribunales penales internacionales había quedado clara en el proyecto de artículo 1, párrafo 1, y en el comentario. Varios miembros también temían que, si se aprobaba sin el proyecto de artículo 18, el proyecto de artículos pudiera frenar el desarrollo del derecho penal internacional. Se expresó preocupación por que pudiera interpretarse que una cláusula “sin prejuicio” creaba una relación jerárquica entre las normas que regían los tribunales penales internacionales y el derecho de la inmunidad de los funcionarios del Estado frente a los tribunales nacionales. También se señaló que la priorización de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre la competencia de los tribunales nacionales sería contraria al principio de complementariedad. Se insistió en que una disposición sobre la relación entre el tema y los tribunales penales internacionales no debía crear una excepción a la inmunidad que no existiera en el derecho internacional consuetudinario. Varios miembros destacaron que, aunque unos Estados podían acordar no reconocer inmunidades en sus relaciones mutuas, no podían hacer extensivas esas normas a otros Estados. En lo que respecta a las autorizaciones del Consejo de Seguridad, se recordó la necesidad de analizar cuidadosamente el texto de esas autorizaciones para determinar su contenido. Se indicó que los instrumentos anteriores en que se abordaba la competencia de los tribunales nacionales respecto de crímenes internacionales, como el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad y la Convención Internacional para la Protección de Todas las

Personas contra las Desapariciones Forzadas[325], no contenían cláusulas "sin perjuicio" similares. Además, algunos miembros señalaron que la complejidad del examen del proyecto de artículo 18 podía demorar de manera innecesaria la finalización de la primera lectura sobre el tema.

85. Varios miembros hicieron referencia al fallo de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir*. Algunos señalaron que el fallo se había basado en un razonamiento deficiente y había sido controvertido. Por consiguiente, estos miembros afirmaron que era importante no redactar una cláusula "sin perjuicio" que pudiera respaldar el fallo y que, en el comentario, no debía establecerse ningún vínculo entre el fallo y el proyecto de artículo 18. Por el contrario, algunos miembros no estuvieron de acuerdo con este argumento. Se afirmó que no correspondía a la Comisión pronunciarse sobre la resolución de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir* sobre una cuestión jurídica respecto de la que únicamente la Corte tenía competencia. En todo caso, en general los miembros estuvieron de acuerdo en que la Comisión no necesitaba ni debía analizar el fallo en su labor sobre el presente tema.

86. Por lo que se refiere al texto del proyecto de artículo 18, se hicieron varias propuestas concretas. A fin de tomar en consideración la existencia de tribunales híbridos, cuya naturaleza no era enteramente nacional ni internacional, varios miembros apoyaron la propuesta de hablar de "tribunales penales internacionalizados" en lugar de "tribunales penales internacionales". También se propuso complementar la expresión "las normas que rigen […] los tribunales penales internacionales" al añadir "y prácticas", tomando como inspiración el texto de las cláusulas de salvaguardia de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[326]. Asimismo, se apoyó la inclusión de una referencia explícita a las obligaciones derivadas de decisiones del Consejo de Seguridad. Algunos miembros expresaron su preocupación por el hecho de que el alcance de las normas a que se hacía referencia en el proyecto de artículo 18 era demasiado amplio o poco claro. Se señaló que la cláusula "sin perjuicio" propuesta en el proyecto de artículo 18 tenía un alcance mayor que el comentario pertinente al proyecto de artículo 1, ya que la primera se refería al "funcionamiento" de los tribunales penales internacionales y el segundo a las inmunidades ante ellos. Se propuso afinar el texto para que dijera: "El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la aplicabilidad de la inmunidad ante los tribunales penales internacionales en virtud de los instrumentos constitutivos pertinentes por los que se establecen dichos tribunales penales internacionales." También se propuso hacer referencia a las obligaciones de derecho internacional anteriores de los Estados. Otros miembros señalaron que el término apropiado sería más bien "jurisdicción", habida cuenta de que no existían inmunidades ante los tribunales penales internacionales. A ese respecto, se destacó que en el texto debía tenerse en cuenta la existencia de múltiples jurisdicciones de ese tipo. También se afirmó que sería preferible una cláusula que estableciera que el proyecto de artículos "no se ocupa de" la cuestión de los tribunales penales internacionales.

87. En lo que respecta a la ubicación del texto propuesto, varios miembros manifestaron su preferencia por que la disposición se incluyera como un nuevo párrafo 3 del proyecto de artículo 1. En opinión de algunos miembros, así se pondría de relieve la relación entre la cláusula "sin perjuicio" que ya figuraba en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 y el proyecto de artículo 18. Otros miembros consideraban aceptable cualquiera de las dos ubicaciones para la disposición. Se insistió en que, en cualquier caso, ambas disposiciones tendrían que leerse conjuntamente.

88. Como la Relatora Especial no había propuesto un título para el proyecto de artículo 18, se sugirió que se aprobara "Relación con los tribunales internacionalizados" si la disposición se mantenía como un proyecto de artículo independiente. También se propusieron títulos como "Sin perjuicio", "Relación con los regímenes de tratados

[325] Nueva York, 20 de diciembre de 2006, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3.

[326] Viena, 18 de abril de 1961, *ibid*., vol. 500, núm. 7310, pág. 95, y Viena, 24 de abril de 1963, *ibid*., vol. 596, núm. 8638, pág. 261, respectivamente.

especializados", "Casos que escapan al ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos" y "Relación entre el presente proyecto de artículos y los instrumentos por los que se establecen tribunales penales internacionales".

Proyecto de artículo 17 (solución de controversias)

89. Varios miembros se mostraron de acuerdo con la inclusión de un proyecto de artículo relativo a la solución de controversias. Se afirmó que una cláusula sobre solución de controversias podía considerarse una garantía procesal definitiva, sobre la base de los proyectos de artículo 8 a 16. Los mecanismos procesales propuestos en el proyecto de artículos podrían considerarse como un todo destinado a establecer un delicado equilibrio entre los intereses del Estado del foro y los del Estado del funcionario. Se señaló que la inclusión de dicha cláusula podía ser bien recibida por los Estados, algunos de los cuales habían estado contemplando el establecimiento de un mecanismo internacional para resolver las controversias relacionadas con la inmunidad de los funcionarios del Estado. Además, a nivel práctico, varios miembros indicaron que, si se incluía una cláusula sobre solución de controversias en primera lectura, los Estados tendrían la posibilidad de hacer observaciones que podrían resultar de utilidad. No obstante, también se expresó la opinión de que la adición de una cláusula sobre solución de controversias al proyecto de artículos en general no sería apropiada. En particular, se afirmó que los Estados podían mostrarse reacios a adherirse a un mecanismo que pudiera considerarse que restringía su respectivo ejercicio de la jurisdicción penal nacional.

90. Varios miembros opinaron que una cláusula de solución de controversias solo sería pertinente si el proyecto de artículos estuviera destinado a convertirse en un tratado. Algunos miembros consideraban que la inclusión de una cláusula de solución de controversias no dependía de la naturaleza del resultado final de los trabajos de la Comisión. Se afirmó que, como aún no podía descartarse que el proyecto de artículos se convirtiera en un tratado, era conveniente incluir una cláusula de solución de controversias. Varios miembros consideraban necesario aclarar el objetivo de la disposición a fin de determinar una formulación adecuada. Para algunos miembros, una cláusula compromisoria típica sería más apropiada si el proyecto de artículos estuviera destinado a convertirse en un tratado. Sin embargo, si el proyecto de artículos no estuviera destinado a convertirse en un tratado, convendría incluir una cláusula más general con recomendaciones procesales.

91. Varios miembros consideraban que las disposiciones sobre solución de controversias aprobadas por la Comisión en sus últimos trabajos relativos a otros temas podían servir de modelo para esa disposición. En particular, se citaron el proyecto de conclusión 21 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[327] y el proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[328]. Se señaló que el primero podía servir de modelo para las recomendaciones procesales a los Estados, y que el segundo podía ser un buen modelo de cláusula compromisoria eficaz. No obstante, varios miembros recomendaron que en el presente proyecto de artículos se omitieran los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, relativos a las reservas a la solución de controversias. También se expresó la opinión de que el proyecto de conclusión 21 no sería un modelo adecuado porque los trabajos de la Comisión sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* aún no habían concluido. Se recordó que el proyecto de conclusión 21 había sido motivado por los antecedentes particulares de la negociación del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[329], que no era de aplicación al presente tema.

92. Varios miembros expresaron su opinión sobre los medios de solución de controversias mencionados en el proyecto de artículo 17. Se afirmó que el proyecto de artículo se centraba en la negociación, el arbitraje y el arreglo judicial, sin hacer referencia a los demás medios de arreglo pacífico de controversias establecidos en el Artículo 33 de la Carta de las

[327] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 56.

[328] *Ibid.*, párr. 44.

[329] Viena, 23 de mayo de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

Naciones Unidas. Varios miembros se mostraron partidarios de incluir otros medios en el proyecto de artículo. Se señaló que la mención de más opciones de medios haría que la disposición reflejara mejor la práctica de los Estados. Se citó como modelo la Parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[330].

93. También se insistió en la importancia de destacar la obligación que incumbía a todos los Estados, en virtud de los Artículos 2, párrafo 3, y 33 de la Carta, de arreglar cualquier controversia entre ellos por medios pacíficos. Varios miembros resaltaron la importancia de que los Estados tuvieran libertad para elegir los medios de solución de controversias. Se señaló que podía incorporarse en el proyecto de artículo un párrafo adicional que hiciera referencia expresa a ese principio o que esa cuestión podía explicarse en el comentario. También se observó que, más que contrario al principio de libre elección de medios, el proyecto de artículo 17 podía considerarse un ejercicio de dicha libertad.

94. Con respecto al párrafo 1, algunos miembros pidieron más aclaraciones sobre la distinción entre consultas y negociaciones. Se propuso que se modificara el párrafo 1 para añadir "por cualquier otro medio de su elección" después de "negociaciones". Se sugirió cambiar "a la mayor brevedad posible" por "a la mayor brevedad viable" para ofrecer a los Estados un grado de flexibilidad adecuado. En su defecto, se propuso establecer plazos para las consultas y negociaciones con el fin de facilitar la solución de las controversias.

95. Por lo que se refiere al párrafo 2, se dijo que no estaba claro si se pretendía que el recurso a medios judiciales o arbitrales para solucionar las controversias fuera obligatorio. Algunos miembros eran partidarios de utilizar términos imperativos y convertir el proyecto de artículo 17 en una cláusula compromisoria. No obstante, otros preferían el texto actual. Se indicó que, si la disposición pretendía servir de recordatorio a los Estados, debía ser de carácter general. Así, en opinión de algunos miembros, incluir un plazo de 6 o 12 meses solo tendría sentido si la disposición se hiciera obligatoria. También se afirmó que, dado el carácter delicado de las controversias en materia de inmunidad, incluso un plazo de 6 meses podía ser demasiado largo. Se pidió que se aclarase si una controversia podía someterse a arreglo judicial o arbitral antes de que expirase el plazo de 6 o 12 meses, por ejemplo si las negociaciones no tenían perspectivas razonables de prosperar. Varios miembros sugirieron que se hiciera referencia a otros foros judiciales, incluidos, en su caso, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y una posible Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos. También se propuso añadir la conciliación, la mediación y la interposición de buenos oficios a la lista de medios disponibles. Algunos miembros propusieron que el proyecto de artículo 17 aclarase las consecuencias de que un Estado no aceptase la invitación de otro Estado a solucionar una controversia. Varios miembros también señalaron que no veían aconsejable crear un nuevo órgano permanente que se ocupara de las controversias en materia de inmunidad.

96. Algunos miembros apoyaban el párrafo 3 del proyecto de artículo 17, pero otros expresaron dudas sobre la disposición. Se indicó que los tratados vigentes en materia de inmunidades no preveían la suspensión de los procedimientos nacionales mientras se solucionaba una controversia entre Estados. Se afirmó que la suspensión de los procedimientos nacionales mientras se solucionaba una controversia internacional supondría una especial deferencia hacia el Estado del funcionario. Algunos miembros consideraban que el proyecto de artículo no abordaba la situación del funcionario del Estado cuya inmunidad se estuviera examinando. Se propuso que el proyecto de artículo prohibiera que el procedimiento penal siguiera su curso y dejara abierta la cuestión de la continuidad de la detención. Varios miembros señalaron que la cuestión de la suspensión debía ser tratada caso por caso por la corte o el tribunal arbitral en el contexto de la adopción de medidas provisionales. Se afirmó que, en causas anteriores en que se habían planteado reclamaciones relativas a la inmunidad de funcionarios del Estado ante la Corte Internacional de Justicia, esta no había señalado medidas provisionales para ordenar la suspensión de los procedimientos nacionales. También se indicó que sería necesario asegurarse de que los ordenamientos jurídicos nacionales contaran con disposiciones que permitieran hacer efectiva cualquier suspensión. Por otra parte, varios miembros sugirieron que el proyecto de artículo especificara cuáles serían los efectos de una decisión de la Corte Internacional de

[330] Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, *ibid.*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3.

Justicia o de un tribunal arbitral en los procedimientos nacionales. También se indicó que la cláusula de solución de controversias podría establecer un tipo de procedimiento de remisión preliminar que permitiera a los tribunales nacionales recabar la orientación de un mecanismo de solución de controversias por terceros.

97. Se señaló que había un riesgo de que el proyecto de artículo 17 propuesto pudiera interferir con las cláusulas compromisorias existentes. Se propuso añadir una cláusula "sin prejuicio" para evitarlo.

98. En lo que respecta al título del proyecto de artículo, se señaló que "requisitos procesales" podría ser un título más apropiado para la disposición, ya que "solución de controversias" parecía indicar el establecimiento de una obligación vinculante para los Estados.

Buenas prácticas recomendadas

99. En general, los miembros estuvieron de acuerdo con la Relatora Especial en que no era necesario formular nuevas propuestas sobre buenas prácticas recomendadas. Aunque varios miembros apoyaban la idea de reflejar las buenas prácticas en principio, algunos consideraban que dicha inclusión no encajaría con la forma del proyecto de artículos. Otros miembros también consideraban que, si se dedicaba mucho esfuerzo a recomendar buenas prácticas, se retrasaría innecesariamente la conclusión de la primera lectura de la Comisión sobre el tema. También se señaló la dificultad que podía tener establecer un conjunto de buenas prácticas que fuera de fácil aplicación en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Varios miembros manifestaron su apoyo a la propuesta de la Relatora Especial de que se abordaran las buenas prácticas que ya pudieran encontrarse en los proyectos de artículos que la Comisión tuviera ante sí o, más probablemente, en los comentarios. También se indicó que podían determinarse las buenas prácticas recomendadas por los Estados a partir de las observaciones de estos, por lo que no sería necesario mencionarlas directamente en los trabajos de la Comisión.

3. Observaciones finales de la Relatora Especial

100. La Relatora Especial expresó su agradecimiento a los miembros por sus observaciones sobre el octavo informe. En su opinión, los comentarios, observaciones, críticas y sugerencias de los miembros contribuirían al avance de la labor de la Comisión.

101. Para responder en primer lugar a las preocupaciones expresadas sobre la evolución de la labor sobre el tema, la Relatora Especial señaló que, antes de aprobar el proyecto de artículos en primera lectura, la Comisión tenía pendientes varias cuestiones de fondo cuyo examen adecuado requeriría un esfuerzo adicional. Afirmó que, en ese contexto, algunos miembros habían mencionado el proyecto de artículo 7, relativo a las excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, destacó que la Comisión estaba avanzando de manera efectiva en el tratamiento de una cuestión que entrañaba dificultades jurídicas y sensibilidad política. Ese avance se debía en gran medida a un plan de trabajo y una metodología que habían recibido un amplio apoyo en la Comisión durante el presente quinquenio y el anterior. Expresó su confianza en que, de acuerdo con el espíritu de colegialidad que la caracterizaba, la Comisión pudiera resolver los problemas que surgían de manera inevitable en el proceso de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional.

102. Con respecto al futuro resultado de la labor de la Comisión sobre el tema, la Relatora Especial opinaba que esta se había desarrollado en forma de proyecto de artículos con objeto de ofrecer a los Estados una propuesta para la regulación general del tema, de conformidad con el mandato de la Comisión de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. No veía ninguna razón para cambiar el formato de la labor de la Comisión en este momento, en especial habida cuenta de la dimensión normativa de dicha labor, y señaló que estaba convencida de que la Comisión opinaba lo mismo. Por ese motivo, la labor de la Comisión sobre el tema adoptaría la forma de proyecto de artículos, con independencia de que la Comisión recomendara en segunda lectura que la Asamblea General lo utilizara como base para un posible tratado. En su opinión, la naturaleza del instrumento que se estaba elaborando y la recomendación que pudiera hacerse a la Asamblea General

sobre el tratamiento que debiera darse posteriormente al proyecto de artículos eran dos cuestiones que debían permanecer separadas.

103. En relación con el proyecto de artículo 18, la Relatora Especial observó que las declaraciones de los miembros, si bien ponían de manifiesto opiniones diversas, reflejaban la importancia de la cuestión.

104. En cuanto al alcance del proyecto de artículos, la Relatora Especial recordó que varios miembros no consideraban necesario que la Comisión examinara la relación entre el tema y los tribunales penales internacionales, ya que la cuestión quedaba fuera del alcance del tema. No obstante, también observó que la mayoría de los miembros se había pronunciado a favor de examinar la cuestión y mantener el proyecto de artículo 18. La Relatora Especial suscribía esta opinión y consideraba que sería difícil justificar la exclusión intencionada de una referencia a la autonomía de los regímenes aplicables a los tribunales penales internacionales a la luz de la evolución del derecho internacional. Esto era especialmente cierto si se tenía en cuenta el número de casos en la práctica en los que se había planteado la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de crímenes que eran competencia de tribunales penales internacionales. El reconocimiento de esa relación y la declaración formal de la autonomía de los regímenes jurídicos aplicables a dichos tribunales no socavaría el alcance del tema y permitiría que la Comisión evitara entrar en el debate sobre la inmunidad ante los tribunales penales nacionales y los tribunales penales internacionales.

105. Por lo que se refiere al fallo de la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir*, la Relatora Especial recordó que algunos miembros expresaron su oposición al proyecto de artículo 18 porque les preocupaba que este guardara una relación directa con el fallo de la Corte y pudiera interpretarse en el sentido de que lo validaba o apoyaba. La Relatora Especial consideraba que esas preocupaciones no estaban justificadas. Aunque había esperado a que la Corte Penal Internacional dictara su fallo antes de abordar la cuestión, siempre se había reservado el derecho de volver a tratar la cuestión de la relación entre el tema y los tribunales penales internacionales. Como ya había indicado en 2019, no era necesario que la Comisión examinara el fallo, ya que este no era pertinente para el tema. Por ese motivo, en el octavo informe se había limitado a recordar las principales conclusiones del fallo y a explicar por qué este carecía de pertinencia para la labor de la Comisión. Reiteró su opinión de que no podía considerarse que el proyecto de artículo 18 validara, respaldara o apoyara el fallo de la Corte Penal Internacional y confiaba en que el Comité de Redacción tuviera en cuenta las preocupaciones de los miembros al examinar el proyecto de artículo.

106. Por otra parte, la Relatora Especial observó que, aunque varios miembros habían hecho valer que en la traducción al inglés del octavo informe se afirmaba que la acogida del fallo *"has not been kind"* ("no ha sido pacífica")[331], en su opinión habría sido preferible traducir la expresión por *"has been contentious"*.

107. En lo que respecta a la cuestión del efecto de la cláusula "sin perjuicio" propuesta, la Relatora Especial observó que existía la opinión de que la aprobación del texto propuesto para el proyecto de artículo 18 equivaldría a reconocer que las normas que regían el funcionamiento de los tribunales penales internacionales eran jerárquicamente superiores a las que regían la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. La Relatora Especial también consideraba que las normas convencionales por las que se regía un tribunal penal internacional por lo general solo eran de aplicación a los Estados partes en la convención correspondiente, pero no creía que el proyecto de artículo 18 afectara en modo alguno a ese principio. Recordó que la Comisión había utilizado con frecuencia cláusulas "sin prejuicio" en sus trabajos sin entender que dichas cláusulas establecieran relaciones jerárquicas. En cambio, estaba de acuerdo con los miembros que consideraban que el proyecto de artículo 18 se limitaba a separar diferentes regímenes jurídicos para preservar su validez y sus distintos ámbitos de aplicación.

108. En cuanto a la ubicación del proyecto de artículo 18, la Relatora Especial observó que prácticamente todos los miembros que apoyaban la inclusión del proyecto de artículo 18 opinaban que sería mejor que la disposición se incluyera como párrafo 1 del proyecto de

[331] A/CN.4/739, párr. 23.

artículo 3. Esa ubicación era más apropiada porque el proyecto de artículo 18 estaba estrechamente relacionado con el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y podía complementar la cláusula "sin perjuicio" contenida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1. La Relatora Especial manifestó su intención de hacer las propuestas pertinentes al Comité de Redacción a ese respecto.

109. En respuesta a propuestas de redacción específicas formuladas por los miembros, la Relatora Especial destacó en particular la sugerencia de hablar de tribunales penales "internacionalizados" en lugar de "internacionales", pero consideró que sería más adecuado dejar el estudio de todas esas propuestas al Comité de Redacción.

110. En relación con el proyecto de artículo 17, la Relatora Especial destacó que la propuesta de incluir un proyecto de artículo dedicado a la solución de controversias había sido respaldada por la mayoría de los miembros de la Comisión. También observó que algunos miembros habían vinculado la inclusión de un proyecto de artículo sobre solución de controversias a la idea de que el resultado final de la labor de la Comisión sería un tratado. Otros, sin embargo, habían considerado que una disposición sobre solución de controversias también podría entenderse como una ampliación de las garantías procesales incluidas en la cuarta parte del proyecto de artículos y que, por lo tanto, sería conveniente incluir dicha cláusula con independencia del resultado final de los trabajos. El proyecto de artículo 17 reflejaba esta última perspectiva, lo que también explicaba la ubicación de la disposición inmediatamente después de las demás disposiciones propuestas en la cuarta parte. No obstante, la Relatora Especial convino en que el resultado final de los trabajos de la Comisión podría ser pertinente para el contenido del proyecto de artículo 17. Una cláusula compromisoria tradicional podría ser más apropiada para un proyecto de tratado y, si la Comisión no tenía intención de proponer un tratado, lo más adecuado sería una disposición que ofreciera orientación a los Estados sobre la forma de resolver una controversia. La Relatora Especial no había tenido la intención de que el proyecto de artículo se convirtiera en una cláusula compromisoria, pero estaba dispuesta a debatir las observaciones y sugerencias de los miembros en el Comité de Redacción. Asimismo, recordó que, cualquiera que fuera la decisión final de la Comisión sobre la naturaleza de su labor sobre el tema, sería útil incluir una cláusula sobre solución de controversias en la primera lectura para que los Estados pudieran dar su opinión al respecto.

111. Con respecto a los medios de solución de controversias que figuraban en el proyecto de artículo 17, la Relatora Especial tomó nota de las propuestas de incluir otros medios de solución de controversias u otros foros judiciales en el proyecto de artículo. No obstante, consideraba que la disposición pretendía ofrecer un modelo sencillo y útil para la solución de controversias. Si bien era evidente que los Estados podían utilizar cualquier otro medio de solución de controversias, no aportaría nada repetir esa lista de medios disponibles en la disposición. Con todo, la Relatora Especial estaba abierta a la posibilidad de incluir otros medios específicos que fueran especialmente útiles para el objetivo perseguido en el proyecto de artículo 17. También consideraba apropiado limitar la referencia a los medios judiciales a la Corte Internacional de Justicia, habida cuenta del enfoque general del proyecto de artículos. En cuanto a la referencia al arbitraje, la Relatora Especial explicó que, si bien convenía que dicha referencia fuera general para respetar el principio de libre elección de medios, era evidente por el contexto que se aludía al arbitraje entre Estados. La Relatora Especial también tomó nota de la opinión compartida por los miembros de que la creación de un órgano especializado no tendría ninguna utilidad.

112. Por lo que respecta a las características del mecanismo de solución de controversias propuesto y en respuesta a una pregunta planteada en el debate, la Relatora Especial explicó que su propuesta se estructuraba en tres fases: consulta, negociación y arreglo judicial o arbitral. Tras observar que las consultas y las negociaciones podían solaparse, aclaró que lo que las diferenciaba era el grado de formalismo y el objetivo concreto de la negociación de encontrar una solución bilateral. La Relatora Especial también observó las cuestiones planteadas por los miembros en relación con la suspensión del ejercicio de la jurisdicción nacional en caso de que los Estados de que se tratara decidieran someter una controversia a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia. No obstante, explicó que la disposición pretendía servir de salvaguardia para el Estado del funcionario frente a enjuiciamientos abusivos o por motivos políticos. Señaló que sería necesario tener en cuenta la necesidad de

garantizar un equilibrio adecuado entre la protección de los intereses del Estado del foro y los del Estado del funcionario, a fin de evitar un hecho consumado que pudiera privar al Estado del foro del derecho a ejercer la jurisdicción penal o al Estado del funcionario de inmunidad. En relación con las cuestiones planteadas sobre el efecto jurídico del resultado de un mecanismo de solución de controversias en el ordenamiento jurídico del Estado del foro, la Relatora Especial expresó la opinión de que la cuestión era importante y debía ser examinada por el Comité de Redacción, junto con las consecuencias prácticas que podrían derivarse del carácter facultativo del recurso a la Corte Internacional de Justicia o al arbitraje.

113. En cuanto a la cuestión de las buenas prácticas, la Relatora Especial observó que los miembros habían apoyado prácticamente por unanimidad su propuesta de no incluir una disposición a ese respecto en el proyecto de artículos. Indicó que, atendiendo a la sugerencia de algunos miembros, tenía la intención de incluir una referencia a los ejemplos de buenas prácticas en el comentario que presentaría a la Comisión.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

1. Texto de los proyectos de artículo

114. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Primera parte
Introducción

Artículo 1
Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

Artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

e) se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales;

f) se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Segunda parte
Inmunidad *ratione personae**

Artículo 3
Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 4
Alcance de la inmunidad *ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

Tercera parte
Inmunidad *ratione materiae***

Artículo 5
Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 6
Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

* La Comisión examina las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos en la cuarta parte.

** La Comisión examina las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos en la cuarta parte.

Artículo 7
Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

a) crimen de genocidio;

b) crímenes de lesa humanidad;

c) crímenes de guerra;

d) crimen de *apartheid*;

e) tortura;

f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

Cuarta parte***

Artículo 8 *ante*
Aplicación de la cuarta parte

Las disposiciones y garantías procesales de esta parte se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en la segunda parte y en la tercera parte del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no se aplica en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo.

Artículo 8
Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

1. Cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal deberán considerar sin dilación la cuestión de la inmunidad.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar siempre la cuestión de la inmunidad:

a) antes de iniciar el procedimiento penal;

b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional.

Artículo 9
Notificación al Estado del funcionario

1. Antes de que las autoridades competentes del Estado del foro inicien el procedimiento penal o adopten medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, el Estado del foro notificará dicha circunstancia al Estado del funcionario. Los Estados considerarán el establecimiento de los procedimientos adecuados para facilitar dicha notificación.

*** La Comisión aún no ha aprobado el título de esta parte.

2. La notificación incluirá, *inter alia*, la identidad del funcionario, los motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal y la autoridad competente para el ejercicio de jurisdicción.

3. La notificación se realizará por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

Artículo 10
Invocación de la inmunidad

1. El Estado podrá invocar la inmunidad de su funcionario cuando tenga conocimiento de que la jurisdicción penal de otro Estado se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario. La invocación de la inmunidad debe realizarse a la mayor brevedad posible.

2. La invocación de la inmunidad se realizará por escrito, indicando la identidad y el cargo que ocupa el funcionario y los motivos por los que se invoca la inmunidad.

3. La inmunidad se puede invocar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. Las autoridades ante quienes se ha invocado la inmunidad informarán inmediatamente de ese hecho a las demás autoridades interesadas.

Artículo 11
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios.

2. La renuncia ha de ser siempre expresa y por escrito.

3. La renuncia a la inmunidad se puede comunicar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. Las autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad.

5. La renuncia a la inmunidad es irrevocable.

Artículo 12 [13]****
Solicitudes de información

1. El Estado del foro podrá solicitar al Estado del funcionario la información que considere pertinente a los efectos de decidir si la inmunidad se aplica o no.

2. El Estado del funcionario podrá solicitar al Estado del foro la información que considere pertinente a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella.

3. La información podrá ser solicitada por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados,

**** El número que figura entre corchetes remite al número original que llevaba el proyecto de artículo en el informe de la Relatora Especial.

que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. El Estado requerido considerará toda solicitud de información de buena fe.

Anexo

Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2

Crimen de genocidio

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6.
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

Crímenes de lesa humanidad

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 7.

Crímenes de guerra

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2.

Crimen de *apartheid*

- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, artículo II.

Tortura

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1, párrafo 1.

Desapariciones forzadas

- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, artículo 2.

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones

115. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones.

Artículo 8 *ante*
Aplicación de la cuarta parte

Las disposiciones y garantías procesales de esta parte se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en las partes segunda y tercera del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 *ante* es el primero de los artículos de la cuarta parte del proyecto de artículos. Su finalidad es definir el ámbito de aplicación de la cuarta parte en relación con las partes segunda y tercera, dedicadas respectivamente a la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, antiguos o en ejercicio, respecto de la jurisdicción penal extranjera. Al hacer referencia a la vinculación entre la cuarta parte, por una parte, y las partes segunda y tercera, por otra, el proyecto de artículo 8 *ante* tiene en cuenta la noción de equilibrio reflejada en la labor anterior de la Comisión, que incluyó una nota a pie de página en los títulos de las partes segunda y tercera

en la que se afirmaba que "[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos"[332].

2) La cuarta parte está integrada en el proyecto de artículos y, por tanto, las disposiciones contenidas en la misma están llamadas a aplicarse de modo general respecto del resto de preceptos incluidos en él. Sin embargo, ha habido divergencia de opiniones entre los miembros de la Comisión con respecto al ámbito de aplicación de esta cuarta parte, en particular por lo que se refiere a su relación con el proyecto de artículo 7 provisionalmente aprobado por la Comisión en su 69º período de sesiones (2017).

3) A juicio de algunos miembros, las garantías y salvaguardias procesales que figuran en la cuarta parte eran de aplicación únicamente cuando podía haber inmunidad, lo que no parecía ser el caso respecto de los crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7, ya que este se había redactado en términos absolutos y establecía que la inmunidad *ratione materiae* "no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional". Por el contrario, varios miembros apoyaban una interpretación más amplia de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial y venían factible que las garantías y salvaguardias procesales tuvieran una función que desempeñar incluso en situaciones en que el proyecto de artículo 7 fuera de aplicación.

4) Teniendo en cuenta esta discrepancia, la Comisión ha aprobado provisionalmente el proyecto de artículo 8 *ante*, que indica expresamente que todas las disposiciones y garantías procesales contenidas en la cuarta parte del proyecto de artículos "se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en las partes segunda y tercera del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo". El proyecto de artículo 8 *ante* no prejuzga la adopción de cualesquiera garantías y salvaguardias procesales adicionales, incluida la aplicación o no de salvaguardias específicas al proyecto de artículo 7, y se entiende sin perjuicio de estas cuestiones.

5) Con la frase "incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo", la Comisión confirma que la cuarta parte, en su totalidad, se aplica también al proyecto de artículo 7. Ello queda de manifiesto, en particular, en la referencia a la determinación de la inmunidad entendida como el proceso que tiene por finalidad decidir si esta se aplica o no y que es objeto del proyecto de artículo 13, que está pendiente de examen por el Comité de Redacción. Para determinar la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* se deberán tener en cuenta tanto los elementos normativos enumerados en los proyectos de artículo 4, 5 y 6, provisionalmente aprobados por la Comisión, como las excepciones contempladas en el proyecto de artículo 7. Además, en virtud del proyecto de artículo 8 *ante*, para determinar la eventual aplicación de las excepciones deberán respetarse todas las disposiciones y garantías procesales enunciadas en la cuarta parte.

6) Aunque se debatió la propuesta de que el proyecto de artículo 8 *ante* incluyera una referencia expresa al proyecto de artículo 7, a fin de asegurar que las disposiciones y garantías de la cuarta parte se aplicaran al mismo, la Comisión no ha retenido dicha propuesta y ha decidido emplear una formulación más general y neutra referida a "la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo".

7) La cuarta parte se aplica "en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero". En el proyecto de artículo 8 *ante* se ha empleado la expresión "procedimiento penal" para hacer referencia de forma amplia a las distintas

[332] La decisión de incluir la nota se adoptó en el 69º período de sesiones de la Comisión (2017), cuando se aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 140 y 141. Véase, en particular, el párrafo 9) del comentario al proyecto de artículo 7, en el que se afirma que, "a fin de expresar la gran importancia que la Comisión atribuye a las cuestiones procesales en el tratamiento del presente tema, se acordó incluir en el texto actual del proyecto de artículos una nota a pie de página redactada en los siguientes términos: '[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos'".

medidas que el Estado del foro puede adoptar para ejercer su jurisdicción penal. Teniendo en cuenta las diferencias existentes en la práctica entre los distintos sistemas y tradiciones jurídicas existentes en los Estados, no se ha considerado necesario mencionar de forma expresa la naturaleza de dichas medidas, que podrán incluir tanto actos propios del ejecutivo como los realizados por jueces y fiscales. En todo caso, se debe tener en cuenta que el empleo de la expresión "procedimiento penal" deberá ser objeto de examen en la revisión final del proyecto de artículos antes de su aprobación en primera lectura, en especial para asegurar la utilización coherente y sistemática en todo el proyecto de artículos tanto de esta expresión como de la expresión "ejercicio de la jurisdicción penal" y de sus respectivos significados. Dicho examen deberá llevarse a cabo una vez que la Comisión se haya pronunciado sobre la definición del concepto de "jurisdicción penal", que se encuentra pendiente de examen por el Comité de Redacción.

8) El proyecto de artículo 8 *ante* emplea la expresión "contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio". De este modo se refleja la necesidad de que exista una conexión entre el funcionario del Estado extranjero y el procedimiento penal que se pretende seguir en el Estado del foro y respecto del que se podría aplicar la inmunidad. Con la mención expresa de la situación temporal en que se puede encontrar el funcionario en su relación con el Estado extranjero (antiguo o en ejercicio) no se pretende alterar el alcance temporal de la inmunidad de jurisdicción penal, ya que, como ha señalado la Comisión en el comentario al proyecto de artículo 2 e), ese elemento es irrelevante para la definición de "funcionario" y "[e]l alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de tratamiento en otros proyectos de artículo"[333]. Por tanto, la expresión "antiguo o en ejercicio" debe entenderse a la luz de lo dispuesto en el proyecto de artículo 4 para la inmunidad *ratione personae*, y en el proyecto de artículo 6 para la inmunidad *ratione materiae*. La expresión "funcionario de un Estado extranjero" también deberá ser objeto de revisión antes de aprobar el proyecto de artículos en primera lectura, a fin de decidir si se debe usar de manera coherente y sistemática esta expresión o la expresión "funcionario de otro Estado", que se utiliza igualmente en otros proyectos de artículo.

Artículo 8
Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

1. Cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal deberán considerar sin dilación la cuestión de la inmunidad.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar siempre la cuestión de la inmunidad:

a) antes de iniciar el procedimiento penal;

b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 se refiere a la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal cuando las autoridades del Estado del foro pretenden ejercer o ejercen su jurisdicción penal sobre un funcionario de otro Estado. Por "consideración de la inmunidad" se entiende las medidas necesarias para valorar si un acto de las autoridades del Estado del foro que implique el ejercicio de su jurisdicción penal puede afectar o no a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios de otro Estado. Por tanto, la "consideración" de la inmunidad es un acto preparatorio que marca el inicio de un proceso que terminará con la determinación de si la inmunidad se aplica o no. Sin embargo, aunque

[333] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 157, párrafo 12) del comentario al proyecto de artículo 2 e).

están estrechamente relacionadas, la "consideración" y la "determinación" de la inmunidad son categorías distintas. La "determinación de la inmunidad" será objeto de un proyecto de artículo separado que aún no ha sido examinado por el Comité de Redacción.

2) El proyecto de artículo 8 contiene dos párrafos dedicados, respectivamente, a definir una regla general (párr. 1) y una regla particular que sea de aplicación a situaciones específicas (párr. 2). En ambos casos la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad se predica de las "autoridades competentes" del Estado del foro. La Comisión ha decidido no hacer una mención expresa de los órganos del Estado que responden a esta categoría, ya que la identificación de cuáles sean dichos órganos dependerá del momento en que se suscite la cuestión de la inmunidad, así como del ordenamiento jurídico del Estado del foro. Dado que dichos órganos pueden ser distintos en cada sistema jurídico interno, se ha considerado preferible emplear una terminología que permite dar cobertura a órganos de distinta naturaleza, entre los que se incluyen los órganos del ejecutivo, la policía, la fiscalía o los tribunales. Determinar qué órganos del Estado responden a la categoría de "autoridades competentes" a los efectos del presente proyecto de artículo es una cuestión que deberá plantearse caso por caso.

3) La regla general contenida en el párrafo 1 define la obligación de las autoridades competentes del Estado del foro de "considerar sin dilación la cuestión de la inmunidad" cuando "tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal".

4) La Comisión ha considerado más adecuado utilizar la expresión "funcionario de otro Estado" en lugar de "funcionario extranjero". Dicha expresión se utiliza como equivalente de "funcionario de un Estado extranjero", que se emplea en el proyecto de artículo 8 *ante*, y de "funcionario del Estado", que se emplea en el título del tema (en plural) y cuya definición se contiene en el proyecto de artículo 2 e) provisionalmente aprobado por la Comisión. Bajo esta denominación se incluye, por tanto, a cualquier funcionario del Estado, con independencia de su rango, tanto si está cubierto por la inmunidad *ratione personae* como por la inmunidad *ratione materiae*, y tanto si es un funcionario en ejercicio como si ha dejado de serlo en el momento en que se debe considerar la cuestión de la inmunidad. Por tanto, bajo la denominación de "funcionario de otro Estado" debe incluirse a todo funcionario que podría beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de conformidad con lo previsto en las partes segunda y tercera del proyecto de artículos.

5) La obligación de considerar la cuestión de la inmunidad únicamente se producirá cuando un funcionario de otro Estado pueda verse afectado por el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro. En el caso de la regla general, la Comisión ha empleado la expresión "ejercicio de [la] jurisdicción penal", que ha considerado preferible a "procedimiento penal", expresión propuesta por la Relatora Especial y que fue considerada como demasiado restrictiva. La expresión "ejercicio de la jurisdicción penal" ha sido empleada también en los proyectos de artículo 3, 5 y 7, aunque no se ha definido su alcance en los comentarios correspondientes. Cabe mencionar que el propio concepto de "jurisdicción penal", que fue incluido en el segundo informe de la Relatora Especial[334], no ha sido examinado aún por el Comité de Redacción. En todo caso, y a reserva de la definición de "jurisdicción penal" que adopte en su momento la Comisión, a los efectos del proyecto de artículo 8, por "ejercicio de la jurisdicción penal" se ha de entender aquellos actos que pueden ser llevados a cabo por las autoridades competentes del Estado del foro que puedan ser necesarios para deducir, en su caso, la responsabilidad penal de uno o varios individuos. Dichos actos pueden tener distinta naturaleza y no se limitan a los propios de la actividad judicial, y pueden incluir actos gubernativos, de policía, de investigación e instrucción, o de enjuiciamiento.

6) No obstante, no todos los actos que pueden quedar cubiertos bajo la categoría genérica de "ejercicio de la jurisdicción penal" generan la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad. Por el contrario, dicha obligación solo surge cuando el funcionario de otro Estado pueda "verse afectado" por alguno de los actos que integran esta categoría. Como se desprende de los fallos de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Orden*

[334] *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, págs. 46 y 47, párrs. 36 a 42.

de detención de 11 de abril de 2000[335] y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[336], una determinada medida procesal penal solo puede afectar a la inmunidad de un funcionario extranjero si le impide ejercer sus funciones por el hecho de imponerle obligaciones. Por ejemplo, no puede considerarse que el inicio de una investigación preliminar o la incoación de una causa penal, no solo con respecto al presunto hecho delictivo sino también contra la propia persona en cuestión, violan su inmunidad si no le imponen alguna obligación de conformidad con el derecho nacional aplicable. El Estado del foro también puede proceder, al menos, al acopio preliminar de las pruebas del caso (es decir, a recabar testimonios, documentos o pruebas materiales, entre otras cosas) aplicando al funcionario extranjero medidas que no sean de carácter vinculante ni obligatorio.

7) La regla general enunciada en el párrafo 1 atribuye una importancia especial al momento en que las autoridades competentes del Estado del foro deben considerar la cuestión de la inmunidad, poniendo el énfasis en que esta se produzca en un momento temprano, ya que en caso contrario la eficacia de la institución de la inmunidad podría verse mermada. Aunque los tratados que han regulado distintas formas de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no han incluido normas específicas sobre esta cuestión, la Corte Internacional de Justicia sí ha declarado de forma expresa que la cuestión de la inmunidad debe ser examinada en un momento temprano y considerada *in limine litis*[337]. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha considerado necesario señalar de modo expreso el momento en que se debe iniciar el examen de la cuestión de la inmunidad, definiéndolo de la siguiente forma: "cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal". Con la expresión "cuando […] tengan conocimiento", que sigue en cierto modo la formulación empleada por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional de 2001[338], se ha querido poner de relieve que la consideración de la cuestión de la inmunidad se debe producir a la mayor brevedad posible, sin necesidad de esperar a que se haya formalizado el procedimiento judicial. Para reforzar esta idea, se ha empleado la expresión "sin dilación", recogida en los artículos 36 y 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

8) El párrafo 2 del proyecto de artículo 8 enuncia una regla especial en la que se identifican dos supuestos particulares en los que las autoridades competentes del Estado del

---

[335] Véase *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3 y ss., en especial pág. 22, párrs. 54 y 55.

[336] Véase *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 177 y ss., en especial págs. 236 y 237, párrs. 170 y 171.

[337] Esta cuestión ha sido abordada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, en la que se dilucidaba la aplicabilidad de los privilegios e inmunidades contenidos en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, núm. 4, pág. 15, y vol. 90, pág. 327) en relación con el enjuiciamiento en Malasia del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, que había sido procesado por las declaraciones realizadas en una entrevista. En este contexto, la Corte —a petición del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas— emitió una opinión consultiva en la que declaró que "las cuestiones de inmunidad son cuestiones preliminares que deben ser resueltas cuanto antes *in limine litis*", y que tal afirmación "[e]s un principio de derecho procesal generalmente reconocido" cuya finalidad es que no se "priv[e] de su razón de ser a la regla relativa a la inmunidad". En consecuencia, la Corte concluyó por 14 votos contra 1 "[q]ue los tribunales malayos tenían la obligación de tratar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción como una cuestión preliminar que ha de resolverse cuanto antes *in limine litis*" (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., en especial pág. 88, párr. 63, y pág. 90, párr. 67 2 b).

[338] En el artículo 6 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional se indica que "[l]as autoridades del Estado deben acordar al Jefe de Estado extranjero, desde el momento en que conocen tal condición, la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución a que tiene derecho" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), pág. 746; puede consultarse en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org, en el apartado *"Résolutions"*).

foro deben considerar la cuestión de la inmunidad. El régimen especial establecido en este párrafo se define como una cláusula "sin perjuicio", a fin de preservar la aplicabilidad de la regla general contenida en el párrafo 1. En este sentido, la expresión "sin perjuicio" se emplea para destacar que la regla general se aplica en cualquier circunstancia y no se puede ver afectada ni perjudicada por la regla especial contenida en el párrafo 2. Por su parte, la regla especial contenida en este párrafo 2 tiene como finalidad llamar la atención de las autoridades competentes del Estado del foro sobre su obligación de considerar la cuestión de la inmunidad antes de adoptar una de las medidas especiales enunciadas en este párrafo, si es que no lo han hecho antes por aplicación de la regla general. El empleo del adverbio "siempre" tiene la finalidad de reforzar esta circunstancia.

9) De conformidad con la regla especial contenida en el párrafo 2, la cuestión de la inmunidad se deberá producir siempre "antes de iniciar el procedimiento penal" (apartado a)) y "antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado" (apartado b)). La Comisión ha seleccionado estos dos supuestos por considerar que ambos se refieren a un tipo de actos que afectan siempre al funcionario de otro Estado y que, en caso de producirse, podrían violar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueda beneficiarse dicho funcionario. Con el empleo del adverbio "antes" se quiere reforzar el principio de que la consideración de la inmunidad debe ser examinada siempre con carácter preliminar *in limine litis.*

10) Con la expresión "procedimiento penal" se hace referencia al comienzo de las actuaciones judiciales cuya finalidad es la determinación de la eventual responsabilidad penal de un individuo, en este caso un funcionario de otro Estado. Dicha expresión ha de distinguirse de la expresión "ejercicio de la jurisdicción penal" que, como ya se ha señalado anteriormente, tiene un significado más amplio. La Comisión ha preferido emplear la expresión "inici[o] [d]el procedimiento penal" en lugar de los términos "procesamiento", "imputación" o "acusación", o las expresiones "inicio de la fase de enjuiciamiento" o "inicio del juicio oral", por considerar que pueden tener significados distintos en cada ordenamiento jurídico interno. Por ello, se ha optado por utilizar una terminología más general que permite incluir cualquiera de los actos particulares que, conforme al derecho interno del Estado del foro, determinan el inicio de las actuaciones judiciales en el orden penal. La identificación del "inicio del procedimiento penal" como el momento en que, en todo caso, debe considerarse la cuestión de la inmunidad es coherente con la práctica y con la jurisprudencia internacional. Ello no impide, sin embargo, que la cuestión de la inmunidad pueda ser considerada, en su caso, en un momento ulterior, también en la fase de recurso.

11) Con la expresión "medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado" se está haciendo referencia a aquellos actos de las autoridades competentes del Estado del foro que van dirigidos al funcionario y que pueden ser adoptados en cualquier momento en el contexto del ejercicio de la jurisdicción penal, con independencia de que se haya iniciado o no un procedimiento penal. Se trata, esencialmente, de medidas personales que pueden afectar, entre otras cuestiones, a la libertad de movimiento del funcionario, a su comparecencia ante los tribunales a título de testigo o a su extradición a un tercer Estado. Estas medidas no implican necesariamente que se esté llevando a cabo un "procedimiento penal contra el funcionario", pero pueden estar comprendidas dentro de la categoría de "ejercicio de la jurisdicción penal". Dado que este tipo de medidas pueden ser distintas en cada sistema jurídico interno, se ha considerado preferible emplear la fórmula general de "medidas coercitivas" para referirse al "acto de autoridad" del que habla la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, que se inspira en el razonamiento de la Corte en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[339].

12) Una de las medidas coercitivas que con mayor frecuencia podrá adoptarse en la práctica es la detención del funcionario. La necesidad de considerar la cuestión de la inmunidad antes de acordar la detención ha sido declarada por el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso *Charles Taylor*, en cuya decisión de 31 de mayo de 2004 la Sala de Apelaciones ha afirmado lo siguiente: "[i]nsistir en que un Jefe de Estado en ejercicio debe

[339] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 335 *supra*), pág. 22, párr. 54; *Certain questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 336 *supra*), págs. 236 y 237, párr. 170.

primero someterse a encarcelamiento antes de que pueda plantear la cuestión de la inmunidad no solo es contrario, de manera sustancial, a toda la finalidad del concepto inmunidad soberana, sino que también presumiría, sin considerar el fondo, cuestiones relativas a excepciones a dicho concepto que corresponde entrar a determinar después de haber abordado el fondo de la pretensión de inmunidad"[340]. Por ello, la Comisión ha considerado necesario abordar esta cuestión en el contexto de la consideración de la inmunidad.

13) En relación con esta cuestión, es preciso advertir que el presente proyecto de artículos limita su ámbito de aplicación a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y no incluye, por tanto, la cuestión de la inviolabilidad. Sin embargo, aunque inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad son dos categorías distintas y no intercambiables, no es menos cierto que ambas son tratadas al mismo tiempo en distintos tratados internacionales, pudiéndose mencionar en este sentido la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas[341], que establece que "[l]a persona del agente diplomático es inviolable [y] no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto" (art. 29)[342] y que "[e]l agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución" (art. 31, párr. 3)[343]. En un sentido similar, cabe citar también la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional (arts. 1 y 4)[344].

14) Por otro lado, la Comisión ha tenido en cuenta que la detención de un funcionario de otro Estado podría, en determinadas circunstancias, afectar a la inmunidad de jurisdicción. A ello obedece la última frase del apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo, que "incluye" entre las medidas coercitivas "aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional". Con la expresión "de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional" se quiere llamar la atención sobre el hecho de que no todo funcionario de otro Estado, por el mero hecho de serlo, goza de inviolabilidad.

Artículo 9
Notificación al Estado del funcionario

1. Antes de que las autoridades competentes del Estado del foro inicien el procedimiento penal o adopten medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, el Estado del foro notificará esa circunstancia al Estado del funcionario. Los Estados considerarán el establecimiento de los procedimientos adecuados para facilitar dicha notificación.

2. La notificación incluirá, *inter alia*, la identidad del funcionario, los motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal y la autoridad competente para el ejercicio de jurisdicción.

[340] *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, asunto SCSL-2003-01-I, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párr. 30. El texto de la decisión puede consultarse en el sitio web del Tribunal Especial: www.scsldocs.org, en *"Documents", "Charles Taylor"*.

[341] Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95.

[342] En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969), *ibid*., vol. 1400, núm. 23431, pág. 231, art. 29; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975), Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1975* (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91, o *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, Viena, 4 de febrero a 14 de marzo de 1975*, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.75.V.12), pág. 205, documento A/CONF.67/16, arts. 28 y 58. Y, de una manera más matizada, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 41, párrs. 1 y 2.

[343] En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 31; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 30 y art. 60, párr. 2.

[344] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 338 *supra*), págs. 744 y 746.

3. La notificación se realizará por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 se refiere a la notificación que el Estado del foro debe dirigir a otro Estado a fin de comunicarle que pretende ejercer la jurisdicción penal sobre uno de sus funcionarios.

2) Siendo generalmente aceptado que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se reconoce a los funcionarios del Estado en beneficio de este, será el Estado, y no el funcionario, el que tenga que decidir sobre la invocación y la renuncia a la inmunidad, correspondiéndole también al Estado del funcionario toda decisión sobre la forma y las vías en que haya de proceder a reclamar el respeto de la inmunidad de su funcionario. Pero, para que pueda ejercer esas potestades, es necesario que tenga conocimiento de que las autoridades de otro Estado pretenden ejercer sobre uno de sus funcionarios su propia jurisdicción penal.

3) La Comisión ha constatado que los instrumentos convencionales que contemplan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no contienen ninguna norma que imponga al Estado del foro una obligación de notificar al Estado del funcionario su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el mismo, con la única excepción del artículo 42 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[345]. Junto a ello, la Comisión ha tenido igualmente en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes[346] da por supuesto que la notificación de la intención de ejercer la jurisdicción del Estado del foro sobre otro Estado ha de producirse necesariamente, y a tal fin regula en el artículo 22 de la Convención los medios a través de los cuales se ha de producir la "notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado". Aunque esta disposición responde a un modelo distinto del propio de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, no es menos cierto que la notificación de la demanda se convierte en el requisito indispensable para que el Estado pueda invocar su inmunidad, por lo que el citado artículo puede ser tomado en consideración *mutatis mutandis* a los efectos del presente proyecto de artículo. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha decidido incluir la notificación entre las garantías procesales que se establecen en la cuarta parte del proyecto de artículos.

4) La notificación se configura como un requisito esencial para garantizar que el Estado del funcionario pueda conocer de manera fehaciente la intención del Estado del foro de ejercer su jurisdicción penal sobre uno de sus funcionarios y, en consecuencia, pueda decidir sobre la invocación o renuncia a la inmunidad. Al mismo tiempo, la notificación facilita que se ponga en marcha el diálogo entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y, por ello, se convierte en un requisito igualmente básico para garantizar la correcta determinación y aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por tanto, la Comisión entiende la notificación como una de las garantías procesales que se definen en la cuarta parte del proyecto de artículos. Los conceptos de "notificación" y "celebración de consultas" no pueden confundirse, ya que las consultas operan en un

[345] El artículo 42 de la Convención está redactado en los siguientes términos: "Cuando se arreste o detenga preventivamente a un miembro del personal consular, o se le instruya un procedimiento penal, el Estado receptor estará obligado a comunicarlo sin demora al jefe de la oficina consular. Si esas medidas se aplicasen a este último, el Estado receptor deberá poner el hecho en conocimiento del Estado que envía, por vía diplomática". La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y la Convención sobre las Misiones Especiales no contienen ninguna disposición similar.

[346] Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 49* (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.

momento ulterior y son objeto del proyecto de artículo 15, que deberá ser examinado por el Comité de Redacción.

5) El proyecto de artículo 9 está dividido en tres párrafos que se refieren, respectivamente, al momento en que se debe producir la notificación, al contenido de la misma y a las vías que pueden ser utilizadas por el Estado del foro para proceder a la notificación.

6) El párrafo 1 se refiere al momento en que deberá producirse la notificación. Teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la notificación, esta debe realizarse en un momento temprano, ya que solo en ese caso desplegará todos sus efectos. Sin embargo, no se puede obviar que la notificación podría tener efectos no deseados en el ejercicio de la jurisdicción penal por parte del Estado del foro, en particular cuando se encuentre en una fase muy preliminar. Por ello, se ha considerado necesario establecer un equilibrio entre el deber de notificación al Estado del funcionario y el derecho del Estado del foro a llevar a cabo actividades propias de la jurisdicción penal que pueden afectar a múltiples sujetos y hechos y cuya realización no necesariamente ha de afectar al funcionario de otro Estado. Para atender a esta preocupación se han identificado como momentos críticos para proceder a la notificación los siguientes: a) el inicio del procedimiento penal y b) la adopción de medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado. La notificación deberá realizarse antes de que se produzca cualquiera de estas dos circunstancias. Se ha alineado así el párrafo 1 del presente proyecto de artículo con el párrafo 2, apartados a) y b), del proyecto de artículo 8, de tal modo que el momento en que debe producirse la notificación al Estado del funcionario coincide con los supuestos especiales en los que las autoridades competentes del Estado del foro deben considerar la cuestión de la inmunidad si no lo han hecho antes. Las expresiones “procedimiento penal” y “medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado” deben entenderse, por tanto, en el sentido ya descrito en el comentario al proyecto de artículo 8.

7) La expresión “funcionario de otro Estado” se emplea en el presente proyecto de artículo como equivalente a “funcionario del Estado” y, por tanto, debe entenderse conforme a la definición contenida en el proyecto de artículo 2 e) provisionalmente aprobado por la Comisión. Tal y como se señaló en el comentario a dicho proyecto de artículo, el empleo de la expresión “funcionario del Estado” no afecta al alcance temporal de la inmunidad[347], que está sometido a las reglas particulares aplicables a la inmunidad *rationae personae* y a la inmunidad *ratione materiae*[348]. El comentario resulta igualmente pertinente para el presente proyecto de artículo y, en consecuencia, dentro de la categoría de “funcionario de otro Estado” debe incluirse a todo funcionario de otro Estado que pueda gozar de inmunidad de conformidad con lo previsto en las partes segunda y tercera del proyecto de artículos. Así, la expresión “funcionario de otro Estado” puede referirse tanto a un funcionario en activo en el momento en que se pretende ejercer la jurisdicción penal del Estado del foro como a un antiguo funcionario, siempre que ambos puedan beneficiarse de alguna forma de inmunidad.

8) La segunda frase del párrafo 1 se dirige a los Estados que se formula a partir de la constatación de que es posible que en algunos ordenamientos internos no existan procedimientos que permitan la comunicación entre las autoridades del ejecutivo, los jueces o la fiscalía[349]. En este supuesto, puede verse sensiblemente dificultado el cumplimiento de la obligación de notificar al Estado del funcionario el inicio de un procedimiento penal o la adopción de medidas coercitivas contra uno de sus funcionarios, especialmente si se tiene en cuenta que, en la práctica, en un buen número de casos las comunicaciones relacionadas con la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario de otro Estado se producen por vía diplomática. Por ello, la Comisión ha considerado necesario llamar la atención de los Estados sobre esta problemática, incluyendo esta frase final en el párrafo 1.

[347] Véase *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 157, párr. 12) del comentario al proyecto de artículo 2 e).

[348] Véanse el proyecto de artículo 4, párrafos 1 y 3 (inmunidad *ratione personae*), y el proyecto de artículo 6, párrafos 2 y 3 (inmunidad *ratione materiae*).

[349] Véase el análisis de esta problemática que se contiene en el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/729), párrs. 121 a 126.

No obstante, teniendo igualmente en cuenta la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas internas, se ha optado por emplear una redacción no prescriptiva, que permita a los Estados valorar si existen o no en sus respectivos ordenamientos los procedimientos antes mencionados y, en su caso, decidir sobre su adopción. A tal fin se ha utilizado el verbo "considerarán".

9) El párrafo 2 se refiere al contenido de la notificación. Teniendo en cuenta la finalidad que persigue la notificación, dicho contenido puede variar de un caso a otro, pero deberá incluir información suficiente para que el Estado del funcionario pueda formarse un juicio sobre la invocación o la renuncia a la inmunidad de que podría beneficiarse uno de sus funcionarios. Aunque la Comisión ha debatido sobre la inclusión o no de este párrafo, finalmente ha optado por mantenerlo dado que es útil a efectos de garantizar que el Estado del foro proporcione al Estado del funcionario un mínimo de información relevante. No obstante, se ha querido igualmente dejar un margen de apreciación al Estado del foro, teniendo en cuenta que los distintos sistemas y prácticas jurídicas estatales pueden regular de forma diferente la posibilidad de divulgar ciertos elementos de información que, en ocasiones, pueden encontrarse únicamente a disposición del fiscal o de los jueces. En consecuencia, en el párrafo 2 se ha pretendido asegurar un equilibrio entre el reconocimiento al Estado del foro de suficiente discrecionalidad en el ejercicio de su jurisdicción penal y la necesidad de proporcionar al Estado del funcionario información suficiente. A ello obedece el empleo del adverbio latino "*inter alia*" que precede a la enumeración de los elementos de información que deben incluirse —en todo caso— en la notificación a que se refiere el proyecto de artículo 9.

10) La información que debe incluirse necesariamente en la notificación se agrupa en tres categorías: a) la identidad del funcionario, b) los motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal, y c) la autoridad competente para el ejercicio de la jurisdicción. La identidad del funcionario constituye un elemento básico para que el Estado del funcionario pueda evaluar si es realmente uno de sus funcionarios y decidir sobre la invocación o renuncia a la inmunidad. Respecto de la información sustantiva que se debe notificar al Estado del funcionario, la Comisión ha considerado que no era suficiente limitarla a los "actos del funcionario que podrían ser sometidos al ejercicio de la jurisdicción penal", tal y como se indicaba en la propuesta original de la Relatora Especial. Por ello, se ha empleado la expresión "motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal" que, por su formulación más general, permite incluir en la notificación no solo elementos fácticos referidos al comportamiento del funcionario, sino también información sobre la legislación del Estado del foro en la que se fundamentaría el ejercicio de la jurisdicción. Por último, la Comisión ha considerado conveniente incluir en la lista de información básica la relativa a la autoridad competente para ejercer la jurisdicción en el caso concreto a que se refiere a la notificación. Ello se justifica por el interés que pueda tener el Estado del funcionario en identificar los órganos encargados de pronunciarse sobre el inicio del procedimiento penal o sobre la adopción de medidas coercitivas para, en su caso, comunicarse con los mismos y formular las alegaciones sobre la inmunidad que considere oportunas. Teniendo en cuenta que en cada ordenamiento jurídico interno los órganos competentes para realizar este tipo de acciones y examinar la cuestión de la inmunidad pueden ser distintos, se ha empleado la expresión genérica "autoridad competente", que puede incluir tanto a jueces, fiscales o policías como a otras autoridades gubernativas del Estado del foro. El uso de "autoridad competente" en singular se explica por el hecho de que dicha autoridad ya estará identificada en el caso a que se refiera la notificación, pero no impide que la competencia pueda recaer sobre una pluralidad de autoridades.

11) El párrafo 3 se refiere a las vías de comunicación que el Estado del foro puede utilizar para remitir la notificación al Estado del funcionario. Esta cuestión no ha sido recogida en ninguno de los tratados internacionales que regulan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado. Sin embargo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes sí se han definido las vías a través de las cuales deberá realizarse la notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado, que, en virtud de lo previsto en su artículo 22, párrafo 1, "se practicará: a) de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado; o b) de conformidad con cualquier arreglo especial de notificación entre el demandante y el Estado

interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro; o c) a falta de tal convenio o arreglo especial: i) transmitiéndola por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado; o ii) por cualquier otro medio aceptado por el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro".

12) La Comisión ha considerado que es útil indicar en el presente proyecto de artículo las vías de comunicación que el Estado del foro puede utilizar para proceder a la notificación. Con este propósito, en el párrafo 3 se define un modelo que incorpora la "vía diplomática" y "cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados".

13) La comunicación por vía diplomática es la empleada con mayor frecuencia en los casos en que se suscita la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo que se explica en buena medida por el hecho de que la cuestión de la aplicación o no de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de un determinado funcionario de otro Estado, que es un tema sensible, constituye un supuesto de "asunto oficial" y, por tanto, resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 41, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas[350]. Por ello se ha situado en primer lugar la "vía diplomática" para destacar su mayor peso en la práctica. La expresión "por vía diplomática" reproduce la formulación contenida en el artículo 22, párrafo 1 c) i), de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que ya ha sido utilizada con anterioridad por la Comisión en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[351]. Dado que dicha expresión no es idéntica en todas las versiones oficiales de la Convención, en el presente proyecto de artículo 9 se han mantenido en cada versión lingüística los términos originales empleados en aquella.

14) Junto a la "vía diplomática", se ha tenido igualmente en cuenta que es posible que los Estados utilicen otras vías de comunicación para realizar notificaciones relativas a la inmunidad, algunas de las cuales se mencionan en el propio artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. A ello obedece la inclusión en el párrafo 3 de la frase "cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados". Se define de esta forma una alternativa cuya utilización deberá ser decidida por los Estaos interesados caso por caso y que puede reflejarse tanto en tratados internacionales de alcance general como en otros acuerdos que puedan alcanzar los Estados interesados. Dado que la forma de producirse la comunicación entre Estados puede regularse en instrumentos dedicados a cuestiones muy variadas, se ha incluido la expresión "a tal fin" para destacar que debe tratarse, en todo caso, de acuerdos que resulten relevantes y puedan ser aplicados en los supuestos en que se suscite la cuestión de la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Ello no significa, sin embargo, que dichos acuerdos deban estar dedicados de forma específica a la inmunidad ni deban regular la cuestión de la notificación de la inmunidad de forma expresa. Por último, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, con la expresión "aceptadas […] por los Estados interesados", se hace referencia a la exigencia de que las otras vías de comunicación hayan sido aceptadas tanto por el Estado del foro como por el Estado del funcionario.

15) La última frase del párrafo 3 prevé que las otras vías de comunicación aceptadas "a tal fin" por los Estados interesados "podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables". El empleo de esta vía de comunicación, que había sido sugerida por la Relatora Especial en su propuesta original, ha generado un intenso debate en el que se han suscitado cuestiones tales como el propio concepto de "tratado de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua", el hecho de que este tipo de tratados no están dedicados a regular la cuestión de la inmunidad, o la circunstancia de que, dado el tipo de autoridades del Estado que podrían emitir y recibir la

[350] Conforme a dicho artículo, "[t]odos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor por conducto de él o con el Ministerio que se haya convenido".

[351] El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45.

notificación de conformidad con dichos tratados, ello podría excluir del proceso de notificación al que se refiere el proyecto de artículo 9 a los Ministerios de Relaciones Exteriores y otros órganos encargados de las relaciones internacionales. Sin embargo, la Comisión ha decidido mantener una referencia a esta vía de comunicación entre Estados en el entendimiento de que, en ocasiones, se ha empleado por los Estados y puede ser un instrumento útil para facilitar la notificación.

16) A los efectos del presente proyecto de artículo, por "tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua" se entienden aquellos instrumentos concluidos con la finalidad de facilitar la cooperación y asistencia jurídica mutua en materia penal entre los Estados, que pueden revestir carácter multilateral o bilateral. Sin afán de exhaustividad, entre los primeros cabe citar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal[352] y sus dos protocolos adicionales[353]; el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal[354]; el Convenio Europeo de Extradición[355] y sus cuatro protocolos adicionales[356]; la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal[357]; la Convención Interamericana sobre Extradición[358]; el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea[359]; la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales[360]; la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa[361]; la Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa[362]; y la Convención de Minsk sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia y la Convención de Chisinau sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia[363]. Respecto de los tratados bilaterales, su elevado número hace imposible incluir una lista en este comentario, pero sí es posible

[352] Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 472, núm. 6841, pág. 185.

[353] Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978), *ibid.*, vol. 1496, núm. 6841, pág. 350; y Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001), *ibid*., vol. 2297, núm. 6841, pág. 22.

[354] Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal (Estrasburgo, 15 de mayo de 1972), *ibid*., vol. 1137, núm. 17825, pág. 29.

[355] Convenio Europeo de Extradición (París, 13 de diciembre de 1957), *ibid*., vol. 359, núm. 5146, pág. 273.

[356] Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975), *ibid*., vol. 1161, núm. 5146, pág. 450; Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978), *ibid*., vol. 1496, núm. 5146, pág. 328; Tercer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 10 de noviembre de 2010), *ibid*., vol. 2838, núm. 5146, pág. 181; y Cuarto Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Viena, 20 de septiembre de 2012), Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 212.

[357] Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 23 de mayo de 1992), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 75.

[358] Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1752, núm. 30597, pág. 177.

[359] Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea (Bruselas, 29 de mayo de 2000), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 197, de 12 de julio de 2000, pág. 3.

[360] *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 328, de 15 de diciembre de 2009, pág. 42.

[361] Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *Diário da República I*, núm. 177, de 12 de septiembre de 2008, pág. 6635.

[362] Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *ibid.*, núm. 178, de 15 de septiembre de 2008, pág. 6664.

[363] Convención sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia (Minsk, 22 de enero de 1993), *The Informational Reporter of the CIS Council of Heads of State and Council of Heads of Government "Sodruzhestvo"*, núm. 1 (1993); Convención sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia (Chisinau, 7 de octubre de 2002), *ibid.*, núm. 2 (41) (2002).

referirse al menos a la existencia de tratados modelos que han sido elaborados en el seno de diversas organizaciones internacionales y que constituyen la base de un número importante de acuerdos bilaterales, entre los cuales se encuentran el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales[364]; el Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal[365]; y el Tratado Modelo de Extradición[366]. Todos ellos contienen disposiciones relativas a las vías de comunicación entre los Estados que podrían ser utilizadas en relación con la notificación regulada en el proyecto de artículo 9.

17) Las vías de comunicación establecidas en los acuerdos de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua se definen en el proyecto de artículo 9 como una subcategoría de las "otras vías de comunicación", y su utilización se condiciona a que sean "aplicables", lo que ha de entenderse en el sentido de que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario sean partes en los acuerdos antes mencionados y que el sistema diseñado en ellos sea susceptible de producir efectos en los casos en que se pueden plantear cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Estado.

18) En todo caso, se ha de destacar que el párrafo 3 del proyecto de artículo 9 no impone a los Estados nuevos requisitos relativos a las vías de comunicación distintos de los ya establecidos en los tratados aplicables.

19) Por último, respecto de la forma de la notificación, los miembros de la Comisión han expresado distintas opiniones sobre si esta debe realizarse por escrito, valorándose tanto la necesidad de evitar el abuso en el proceso de notificación como la flexibilidad que a veces requiere el propio acto de notificar. Finalmente no se ha considerado necesario establecer expresamente que la notificación deba realizarse por escrito. Así, aunque se considera que la notificación se deberá producir preferentemente en forma escrita, no se han querido excluir otras posibilidades, en particular teniendo en cuenta que con una cierta frecuencia la notificación —especialmente por vía diplomática— se produce en un primer momento de forma oral y va seguida ulteriormente por notificaciones escritas, con independencia de cuál sea su forma (nota verbal, carta o similar).

Artículo 10
Invocación de la inmunidad

1. El Estado podrá invocar la inmunidad de su funcionario cuando tenga conocimiento de que la jurisdicción penal de otro Estado se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario. La invocación de la inmunidad debe realizarse a la mayor brevedad posible.

2. La invocación de la inmunidad se realizará por escrito, indicando la identidad y el cargo que ocupa el funcionario y los motivos por los que se invoca la inmunidad.

3. La inmunidad se puede invocar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. Las autoridades ante quienes se ha invocado la inmunidad informarán inmediatamente de ese hecho a las demás autoridades interesadas.

[364] Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo (enmendado posteriormente por la resolución 53/112 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, anexo I).

[365] Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, resolución 45/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo.

[366] Tratado Modelo de Extradición, resolución 45/116 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo (enmendado posteriormente por la resolución 52/88 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1997, anexo).

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 aborda la cuestión de la invocación de la inmunidad desde una doble perspectiva, a saber: el reconocimiento del derecho del Estado del funcionario a invocar la inmunidad, por un lado; y los aspectos procedimentales relativos al momento, contenido y vía de comunicación de la invocación de la inmunidad, por otro. Junto a ello, el proyecto de artículo 10 se refiere también a la información sobre el hecho de que se ha producido la invocación dirigida a las autoridades competentes del Estado del foro. Este proyecto de artículo no se refiere a los efectos de la invocación, que serán abordados ulteriormente. Por ello, no se ha incluido en el proyecto de artículo aprobado por la Comisión el párrafo 6 originalmente propuesto por la Relatora Especial relativo al examen de oficio de la cuestión de la inmunidad[367] ni una nueva propuesta de un miembro del Comité de Redacción que se refería al posible efecto suspensivo de la invocación de la inmunidad.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 10 recoge los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo originalmente propuesto por la Relatora Especial. Su contenido parte del reconocimiento de que el Estado del funcionario tiene derecho a invocar la inmunidad de sus funcionarios cuando otro Estado pretende ejercer sobre ellos su jurisdicción penal. Aunque los tratados que regulan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se refieren de forma expresa a la invocación de la inmunidad ni al correlativo derecho del Estado del funcionario, la invocación de la inmunidad de los funcionarios del Estado es una práctica común que se entiende cubierta por el derecho internacional. La invocación de la inmunidad cumple una doble finalidad, ya que, por un lado, sirve como instrumento para que el Estado del funcionario pueda reclamar el respeto de la inmunidad y, por otro, facilita que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción tome conocimiento de esta circunstancia y pueda tener en cuenta la información proporcionada por el Estado del funcionario en el proceso de determinación de la inmunidad.

3) El derecho a invocar la inmunidad corresponde al Estado del funcionario. Ello se justifica fácilmente si se tiene en cuenta que la finalidad perseguida por la inmunidad es preservar la soberanía del Estado del funcionario, lo que se traduce en que la inmunidad se reconoce en beneficio del interés del Estado y no del individuo[368]. Por tanto, es al Estado mismo y no a sus funcionarios al que corresponde invocar la inmunidad y tomar todas las decisiones relacionadas con una eventual invocación. En todo caso, se trata de un derecho de

[367] El texto del párrafo 6 del proyecto de artículo inicialmente propuesto por la Relatora Especial en su séptimo informe es el siguiente: “En todo caso, los órganos competentes para determinar la inmunidad deberán pronunciase de oficio sobre su aplicación respecto de los funcionarios del Estado que gocen de inmunidad *ratione personae*, con independencia de que el Estado del funcionario invoque o no la inmunidad” (A/CN.4/729, párr. 69).

[368] Ello constituye una cuestión incontrovertida que se ha reflejado incluso en diversos tratados, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, cuyo preámbulo contiene una afirmación en el sentido de que las “inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados” (cuarto párrafo). Una redacción prácticamente idéntica se contiene en los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (quinto párrafo), la Convención sobre las Misiones Especiales (séptimo párrafo) y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (sexto párrafo). En el mismo sentido se ha manifestado el Instituto de Derecho Internacional en el preámbulo de su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional, en el que indica que el Jefe del Estado y de Gobierno, en tanto que representante del Estado, debe tener un trato especial “no en su interés personal, sino porque le es necesario para ejercer sus funciones y asumir sus responsabilidades de manera independiente y eficaz, en interés tanto del Estado concernido como de la comunidad internacional en su conjunto” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 338 *supra*), pág. 742, tercer párrafo). De la misma manera se han manifestado los dos Relatores Especiales que se han ocupado de este tema en la Comisión (véanse *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, págs. 427 y ss., en especial pág. 434, párr. 19; *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646, págs. 237 y ss., en especial pág. 242, párr. 15; y *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, págs. 39 y ss., en especial pág. 49, párr. 49).

naturaleza potestativa, por lo que se ha empleado la oración “[e]l Estado podrá invocar la inmunidad de su funcionario”.

4) La potestad para invocar la inmunidad se predica del Estado del funcionario, sin que se haya considerado necesario identificar las autoridades que tienen competencia para tomar las decisiones referidas a la invocación ni las autoridades que tienen competencia para invocar la inmunidad. Es el derecho interno el que determina quiénes son esas autoridades, quedando entendido que en esta categoría se incluye a las que se encargan de las relaciones internacionales en virtud del derecho internacional. No obstante, ello no impide que pueda invocar la inmunidad una persona a la que el Estado otorga un mandato específico a tal fin, especialmente en el contexto de un procedimiento penal.

5) La invocación de la inmunidad ha de entenderse, por tanto, como un acto oficial del Estado del funcionario por el que hace saber al Estado que pretende ejercer su jurisdicción penal que el individuo en cuestión es su funcionario y que, a su juicio, goza de inmunidad, con las consecuencias que de ello podrían derivarse. Por tanto, la invocación de la inmunidad será tanto más útil cuanto antes se produzca. A ello responde la afirmación de que el Estado del funcionario podrá invocar la inmunidad “cuando tenga conocimiento de que la jurisdicción penal de otro Estado se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario”. La expresión “otro Estado” se ha considerado preferible a la de “Estado del foro” por ser más amplia y comprensiva, en especial teniendo en cuenta que la invocación podría realizarse antes de que se inicie el procedimiento penal en sentido estricto. La expresión “cuando tenga conocimiento” reproduce la que se ha empleado en el proyecto de artículo 8. Por lo que se refiere a la forma en que el Estado del funcionario puede llegar a tener conocimiento de la situación, la Comisión ha tenido en cuenta, en primer lugar, la relación que existe entre “notificación” e “invocación”. La notificación tiene entre sus finalidades informar al Estado del funcionario de la intención de las autoridades competentes del Estado del foro de ejercer la jurisdicción penal y, por tanto, se configura como una fuente privilegiada a través de la cual el Estado del funcionario puede llegar a tener conocimiento de dicha situación. Sin embargo, no se ha querido excluir la posibilidad de que el Estado del funcionario tenga conocimiento de la misma por otra vía, ya sea a través de información recibida de su propio funcionario o por cualquier otra fuente de información. Por ello, no se ha incluido una referencia a la notificación regulada en el proyecto de artículo 9 como el acto relevante para determinar el momento en que se puede invocar la inmunidad.

6) El párrafo 1 contempla la posibilidad de que el Estado del funcionario invoque la inmunidad cuando tenga conocimiento de que “se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario” la jurisdicción penal de otro Estado. Con esta formulación alternativa se ha querido dar respuesta al hecho de que, en ocasiones, es posible que el Estado del funcionario solo tenga conocimiento de las acciones emprendidas respecto de su funcionario en un momento tardío, lo que —sin embargo— no puede privar al Estado del funcionario de su derecho a invocar la inmunidad, en especial cuando ya se han realizado actos de jurisdicción que pueden afectar al funcionario.

7) La última frase del párrafo 1 establece que “[l]a invocación de la inmunidad debe realizarse a la mayor brevedad posible”. La expresión “a la mayor brevedad posible” se ha empleado teniendo en cuenta que el Estado del funcionario deberá analizar diversos elementos relevantes (jurídicos y políticos) para tomar la decisión de invocar o no la inmunidad, y para determinar, en su caso, el alcance que quiere dar a la invocación. Dado que para ello el Estado del funcionario necesitará un tiempo que puede variar de un caso a otro, se ha preferido utilizar esta expresión en lugar de “tan pronto como sea posible” o “en un plazo razonable”, cuya interpretación puede resultar ambigua. Además, con la expresión “a la mayor brevedad posible”, se llama la atención sobre la importancia que tiene el hecho de que la invocación de la inmunidad se realice en un momento temprano.

8) En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, si bien la invocación de la inmunidad constituye una garantía para el Estado del funcionario, que, por esa razón, será el primer interesado en realizarla “a la mayor brevedad posible”, ello no impide que el Estado invoque la inmunidad en cualquier otro momento. El empleo del verbo “podrá” se ha de entender en este sentido. La invocación de la inmunidad será conforme a derecho, con independencia de que puedan variar, en su caso, sus efectos.

9) El párrafo 2 está dedicado a la forma en que se debe invocar la inmunidad y el contenido de la misma. La Comisión ha tenido en cuenta que la invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario está llamada a influir en el proceso de determinación de la inmunidad y en el posible bloqueo del ejercicio de su jurisdicción por parte del Estado del foro. Por ello se ha considerado que la invocación deberá realizarse por escrito, con independencia de la forma que dicho escrito revista. En él se deberán mencionar explícitamente la identidad del funcionario y el cargo que ocupa, así como los motivos por los que se invoca la inmunidad.

10) Con la expresión "el cargo que ocupa" se está haciendo referencia al título, rango o nivel del funcionario (por ejemplo, Jefe del Estado, Ministro de Relaciones Exteriores o asesor jurídico). En todo caso, debe tenerse en cuenta que la referencia al cargo que ocupa el funcionario no debe interpretarse en ningún caso en el sentido de que se excluye de la cobertura de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera a los funcionarios de menor nivel, ya que, como ha afirmado la propia Comisión, "el concepto de 'funcionario del Estado' depende únicamente de que el individuo en cuestión represente al Estado o ejerza funciones estatales, [por lo que] el rango jerárquico que el mismo ocupe resulta irrelevante a los meros efectos de la definición"[369].

11) La Comisión ha considerado que no era conveniente establecer que el Estado del funcionario deba identificar el tipo de inmunidad que invoca (*ratione personae* o *ratione materiae*), ya que ello podría constituir una exigencia técnica excesiva. La referencia al cargo que ocupa el funcionario y a los motivos para invocar la inmunidad puede constituir la base para que el Estado del foro pueda valorar si serían de aplicación las reglas contenidas en la segunda o en la tercera parte del presente proyecto de artículos.

12) El párrafo 3 identifica las vías a través de las cuales se puede invocar la inmunidad. Este párrafo sigue el modelo del párrafo 3 del proyecto de artículo 9, a cuyos comentarios cabe remitirse por lo que se refiere su significado general. Sin embargo, se debe destacar que la Comisión ha introducido algunos cambios en la redacción del párrafo 3 del presente proyecto de artículo a fin de adaptarlo a las características propias de la invocación. En particular, se ha utilizado la formulación "[l]a inmunidad se puede invocar" en lugar de "se realizará", a fin de señalar que no se excluye que la inmunidad de jurisdicción penal del funcionario se pueda invocar por otras vías, especialmente cuando se produce en un procedimiento penal a través de los actos judiciales permitidos por la legislación del Estado del foro.

13) El párrafo 4 tiene como objeto asegurar que la invocación de inmunidad formulada por el Estado del funcionario será conocida por las autoridades competentes del otro Estado que están concernidas por la cuestión de la inmunidad y que deberían considerar o determinar su aplicación. Su finalidad es evitar que la invocación de la inmunidad no produzca efectos por el simple hecho de que no se ha realizado ante las autoridades que deben examinar o pronunciarse sobre la inmunidad. Este párrafo refleja el principio de que la obligación de examinar y determinar la cuestión de la inmunidad corresponde al Estado, que deberá adoptar las medidas necesarias para cumplir con esta obligación, y, por tanto, se define como una garantía procesal que beneficia tanto al Estado del funcionario como al Estado cuya jurisdicción penal se pretende ejercer. Sin embargo, teniendo en cuenta la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas existentes en los Estados, así como la necesidad de respetar el principio de autoorganización, no se ha considerado necesario identificar cuáles son las autoridades obligadas a informar ni tampoco las autoridades que deberán recibir noticia de la invocación. Esto es así, lógicamente, en el entendimiento de que en ambos casos se trata de autoridades del Estado que pretende ejercer o ha ejercido su jurisdicción penal sobre un funcionario de otro Estado, y que por "las demás autoridades interesadas" se está haciendo referencia a aquellas autoridades que tienen competencia para participar en los procesos de consideración o determinación de la inmunidad. En ambos casos es irrelevante que se trate de autoridades del ejecutivo, del poder judicial o de la fiscalía, e incluso de autoridades policiales.

[369] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 158, párrafo 14) del comentario al proyecto de artículo 2 e).

Artículo 11
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios.

2. La renuncia ha de ser siempre expresa y por escrito.

3. La renuncia a la inmunidad se puede comunicar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. Las autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad.

5. La renuncia a la inmunidad es irrevocable.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 se refiere a la renuncia a la inmunidad desde una doble perspectiva, a saber: el reconocimiento del derecho del Estado del funcionario a renunciar a la inmunidad, por un lado; y los aspectos procedimentales relativos a la forma que debe revestir la renuncia y las vías empleadas para comunicarla, por otro. Junto a ello, el proyecto de artículo 11 se refiere también a la información sobre el hecho de que se ha producido la renuncia, que ha de dirigirse a las autoridades competentes del Estado del foro. Aunque la estructura del proyecto de artículo 11 sigue el modelo del proyecto de artículo 10, el contenido de ambos no es idéntico, ya que invocación y renuncia son instituciones distintas que no pueden confundirse.

2) Contrariamente a lo que sucede con la invocación, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción ha sido examinada de forma detallada por la Comisión en varios de sus anteriores proyectos de artículos[370] y se ha reflejado en los tratados internacionales que, basados en dichos proyectos de artículos, regulan alguna de las formas de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de ciertos funcionarios del Estado, en particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 32), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45), la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 41) y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 31). A ello se ha de añadir que la cuestión de la renuncia a la inmunidad también ha sido objeto de tratamiento en los proyectos de

[370] La Comisión abordó el tema de la renuncia a la inmunidad de ciertos funcionarios del Estado con ocasión de sus trabajos sobre las relaciones diplomáticas, las relaciones consulares, las misiones especiales y la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales. El artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas estaba redactado en los siguientes términos: "*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos. 2. En lo penal, la renuncia ha de ser siempre expresa" (*Anuario… 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 106). Por su parte, el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares establecía lo siguiente: "*Renuncia a las inmunidades*. 1. El Estado que envía puede renunciar, respecto de cualquier miembro del consulado, a las inmunidades prescritas en los artículos 41, 43 y 44. 2. La renuncia ha de ser siempre expresa" (*Anuario… 1961*, vol. II, documento A/4843, pág. 131). El artículo 41 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales estaba redactado en los siguientes términos: "*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado que envía podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus representantes en la misión especial y de los miembros del personal diplomático de ésta, así como de las demás personas que gozan de inmunidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 a 40. 2. La renuncia habrá de ser siempre expresa" (*Anuario… 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.2, pág. 379). Y, finalmente, el artículo 31 del proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales señalaba lo siguiente: "*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado que envía podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción del jefe de misión y de los miembros del personal diplomático de la misión, así como de las personas que gocen de inmunidad conforme al artículo 36. 2. La renuncia habrá de ser siempre expresa" (*Anuario… 1971*, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, pág. 328).

codificación privada sobre este tema, en especial las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional de 2001 y 2009[371]. Otro tanto sucede con la renuncia a la inmunidad del Estado, que ha sido contemplada tanto en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes[372] como en las leyes nacionales sobre la inmunidad del Estado[373].

3) La renuncia a la inmunidad por parte del Estado del funcionario es un acto oficial de dicho Estado por el que renuncia a su derecho a reclamar la inmunidad, en virtud del cual se elimina este obstáculo a los tribunales del Estado del foro para ejercer su jurisdicción. Por tanto, la renuncia a la inmunidad invalida cualquier debate sobre la aplicación de la inmunidad y sobre sus límites y excepciones. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado este efecto de la renuncia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en cuyo fallo afirmó que los funcionarios "dejarán de gozar de inmunidad respecto de las jurisdicciones extranjeras si el Estado al que representan o han representado decide renunciar a dicha inmunidad"[374].

4) En el párrafo 1 se reconoce el derecho del Estado del funcionario a renunciar a la inmunidad. Este párrafo reproduce, con pequeñas adaptaciones, la redacción del artículo 32, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 se indica que "[e]l Estado puede renunciar a la inmunidad de

---

[371] El artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional está redactado en los siguientes términos: "1. El Jefe de Estado no goza de la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción o la inmunidad de ejecución que le son otorgadas en virtud del derecho internacional si su Estado renuncia a las mismas. Esta renuncia puede ser explícita o implícita, siempre que sea cierta. Corresponde al derecho nacional del Estado interesado la determinación del órgano competente para decidir esta renuncia. 2. La renuncia debería ser decidida cuando el Jefe de Estado sea sospechoso de haber cometido infracciones particularmente graves o cuando el ejercicio de sus funciones no parezca estar comprometido por las decisiones que las autoridades del foro deberían adoptar" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 338 *supra*), pág. 748). Por su parte, el artículo 8 de la resolución establece lo siguiente: "1. Mediante acuerdo los Estados pueden acordar las derogaciones que estimen oportunas respecto de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución de sus Jefes de Estado. 2. Si la derogación no es expresa, se ha de presumir que no se han derogado la inviolabilidad y las inmunidades mencionadas en el párrafo anterior; la existencia y el alcance de esta derogación deben ser establecidas sin ambigüedades por cualquier medio jurídico" *(ibid.)*. Este planteamiento no ha experimentado cambio alguno como consecuencia de la adopción en 2009 de la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en el caso de crímenes internacionales, que, sin embargo, incorpora un elemento nuevo al estipular en su artículo II, párrafo 3, que "[l]os Estados deberían considerar el levantamiento de la inmunidad de sus agentes cuando sean sospechosos o estén acusados de haber cometido crímenes internacionales". Esta recomendación corre paralela a lo previsto en el párrafo 2 del mismo artículo II, según el cual "[c]onforme al derecho internacional convencional y consuetudinario, los Estados tienen la obligación de prevenir y reprimir los crímenes internacionales. Las inmunidades no deberían constituir un obstáculo para la reparación adecuada a la que tienen derecho las víctimas de crímenes contemplados por la presente resolución" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73-I-II (período de sesiones de Nápoles, 2009), pág. 229; puede consultarse en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org, en el apartado *"Résolutions"*).

[372] No obstante, ha de tenerse en cuenta que, en el caso de la Convención de 2004, la renuncia a la inmunidad tan solo se aborda de modo indirecto, a través de la enumeración de una serie de supuestos en los que se ha de entender automáticamente que el Estado extranjero ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales del Estado del foro. Véanse, al respecto, los artículos 7 y 8 de la Convención.

[373] Véanse Estados Unidos de América, *Foreign Sovereign Immunities Act 1976*, seccs. 1605 a) 1), 1610 a) 1), b) 1) y d) 1), y 1611 b) 1); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *State Immunity Act 1978*, secc. 2; Singapur, *State Immunity Act 1979*, secc. 4; Pakistán, *State Immunity Ordinance 1981*, secc. 4; Sudáfrica, *Foreign States Immunities Act 1981*, secc. 3; Australia, *Foreign States Immunities Act 1985*, seccs. 10, 3 y 6; Canadá, *State Immunity Act 1985*, secc. 4.2; Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, seccs. 9 y 10; Japón, *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2009*, art. 6; y España, *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, arts. 5, 6 y 8.

[374] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 335 *supra*), pág. 25, párr. 61.

jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios". De esta manera se pone el énfasis en el titular del derecho a la renuncia, que es el Estado del funcionario y no el funcionario mismo, lo que es una consecuencia lógica de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se reconozca en beneficio de los derechos e intereses del Estado del funcionario. Por tanto, solo este puede renunciar a la inmunidad y consentir de esta forma en que la jurisdicción penal de otro Estado se ejerza sobre uno de sus funcionarios. Se ha empleado el verbo "puede" para señalar que la renuncia es un derecho del Estado del funcionario y no una obligación. De esta manera se ha seguido la práctica anterior de la Comisión, que, en los distintos proyectos de artículos en los que se ha ocupado de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, ha considerado que no existe una obligación de renunciar a la inmunidad.

5) La potestad para renunciar a la inmunidad se predica del Estado del funcionario, sin que se haya considerado necesario identificar las autoridades que tienen competencia para tomar las decisiones referidas a la renuncia ni las que tienen competencia para comunicar la renuncia a la inmunidad. Ni las convenciones ni las legislaciones nacionales antes referidas regulan de forma específica esta cuestión, mencionando al Estado en términos abstractos[375]. La propia Comisión ya consideró en trabajos anteriores que era preferible no mencionar expresamente los órganos del Estado competentes para renunciar a la inmunidad[376]. Además, la práctica estatal es reducida y no concluyente[377]. Es el derecho interno el que determina quiénes son las autoridades competentes para renunciar a la inmunidad, quedando entendido que en esta categoría se incluye a las que se encargan de las relaciones internacionales en virtud del derecho internacional. No obstante, ello no significa que la renuncia a la inmunidad no pueda ser comunicada por cualquier otra persona a la que el Estado otorga un mandato específico a tal fin, especialmente en el contexto de un procedimiento judicial.

6) Contrariamente a lo que sucede con el proyecto de artículo 10 relativo a la invocación, la Comisión no ha considerado necesario incluir en este proyecto de artículo ningún elemento temporal, ya que la renuncia se puede producir en cualquier momento.

---

375 Excepcionalmente, algunas leyes nacionales se refieren a la renuncia comunicada por el Jefe de Misión. Véanse Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, secc. 2.7; Singapur, *State Immunity Act 1979*, secc. 4.7; Pakistán, *State Immunity Ordinance 1981*, secc. 4.6; Sudáfrica, *Foreign States Immunities Act 1981*, secc. 3.6; e Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, secc. 9.c).

376 En el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, la Comisión ya consideró preferible dejar abierto el tema de los órganos competentes para proceder a la renuncia de la inmunidad de los agentes diplomáticos. Así, en el texto del proyecto de artículo 30 aprobado en segunda lectura decidió modificar la redacción del párrafo 2, suprimiendo la última frase de dicho párrafo aprobado en primera lectura que decía lo siguiente: "y emanar del gobierno del Estado acreditante". La Comisión explica de la siguiente manera esta decisión: "La Comisión decidió suprimir la cláusula 'y emanar del gobierno del Estado acreditante', porque daba a entender erróneamente que la comunicación relativa a la renuncia debía emanar del gobierno del Estado acreditante. Pero, como se hizo observar, el jefe de misión es el representante de su gobierno y, cuando comunica una renuncia a la inmunidad, los tribunales del Estado recibiente no pueden sino aceptarla como una declaración del gobierno del Estado acreditante. Así, en el nuevo texto no se menciona la cuestión de la autorización del jefe de la misión para hacer la declaración. Se trata de una cuestión interna que solo concierne al Estado acreditante y al jefe de la misión" (*Anuario… 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 106, párrafo 2) del comentario al artículo 30). En una línea similar, la Comisión afirmó lo siguiente en relación con el proyecto de artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: "El texto del artículo no determina cuál será el procedimiento para renunciar a la inmunidad. Cabe suponer que cuando la medida se refiera al jefe de la oficina consular, la declaración de renuncia a la inmunidad deba hacerse por vía diplomática. Si la renuncia atañe a otro miembro del consulado, la declaración puede hacerla el jefe de la oficina consular de que se trate" (*Anuario… 1961*, vol. II, documento A/4843, pág. 132, párrafo 2) del comentario al artículo 45).

377 Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, la renuncia fue formulada por el Secretario de Justicia en el asunto *Paul v. Avril* (Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, sentencia de 14 de enero de 1993, 812 F. Supp. 207) y en Bélgica en el asunto *Hissène Habré* por el Ministro de Justicia. Por su parte, en Suiza, en el caso *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (Tribunal Federal, sentencia de 2 de noviembre de 1989, ATF 115 Ib 496), los tribunales no entraron a analizar cuáles eran los ministerios competentes, limitándose a constatar que bastaba con que fueran órganos del gobierno y por ello se aceptó una comunicación remitida por la Misión Diplomática de Filipinas.

7) El párrafo 2 se refiere a la forma de la renuncia, estableciendo que "ha de ser siempre expresa y por escrito". Esta redacción sigue el modelo del artículo 32, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, conforme al cual "[l]a renuncia ha de ser siempre expresa", y del artículo 45, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que establece que "[l]a renuncia habrá de ser siempre expresa, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo [demanda reconvencional], y habrá de comunicarse por escrito al Estado receptor". Con la afirmación de que la renuncia debe ser "expresa y por escrito" se refuerza el principio de seguridad jurídica.

8) El carácter expreso de la renuncia ha sido mantenido de forma constante por la Comisión en otros trabajos previos[378], y se recoge tanto en los tratados internacionales relevantes[379] como en leyes nacionales[380]. Teniendo esto en cuenta, no se ha mantenido el párrafo 4 del proyecto de artículo original propuesto por la Relatora Especial en su séptimo informe, que estaba redactado en los siguientes términos: "Se entenderá como renuncia expresa la que se pueda deducir de forma clara e inequívoca de un tratado internacional en el que el Estado del foro y el Estado del funcionario sean partes"[381]. Aunque los miembros de la Comisión han considerado de forma general que la renuncia a la inmunidad se puede establecer expresamente en un tratado[382], se han expresado opiniones críticas sobre el empleo de la expresión "se pueda deducir", que ha sido entendida por algunos miembros como el reconocimiento de una forma de renuncia implícita.

9) La posibilidad de que la renuncia a la inmunidad se pueda derivar de obligaciones impuestas a los Estados en virtud de disposiciones contenidas en tratados se ha suscitado, en particular, en el asunto *Pinochet (No. 3)*[383], sin que ello haya constituido la base de la decisión adoptada por la Cámara de los Lores. Y se ha suscitado igualmente, aunque desde una perspectiva distinta, en relación con la interpretación de los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[384] y el deber de los Estados partes de cooperar con la Corte. Sin embargo, la Comisión ha considerado que no hay razones suficientes que le permitan concluir que la existencia de dichas obligaciones convencionales pueda ser entendida automáticamente y de forma general como una renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado, en especial teniendo en cuenta que la Corte Internacional de Justicia concluyó lo siguiente en la sentencia recaída en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*: "Aun cuando varias convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de determinados crímenes graves imponen a los Estados obligaciones de enjuiciamiento o extradición, con lo cual los obligan a extender su jurisdicción penal, esa extensión de su jurisdicción no afecta en modo alguno a las inmunidades existentes con arreglo al derecho internacional consuetudinario, incluidas las de los ministros de relaciones exteriores. Dichas inmunidades siguen siendo oponibles ante los tribunales de un Estado

[378] Véase la nota 370 *supra*.

[379] Véanse la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 32, párr. 2; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 45, párr. 2; la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 41, párr. 2; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 31, párr. 2.

[380] Así, la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, prevé esta renuncia expresa en su artículo 27 en relación con la inmunidad del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores.

[381] A/CN.4/729, párr. 103.

[382] En este sentido se había manifestado el Instituto de Derecho Internacional en su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional, de 2001, al afirmar en su artículo 8, párrafo 1, que "[m]ediante acuerdo los Estados pueden acordar las derogaciones que estimen oportunas respecto de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución de sus Jefes de Estado" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 338 *supra*), pág. 748).

[383] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Reino Unido, Cámara de los Lores, decisión de 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147*;* véase también *International Law Reports*, vol. 119 (2002), pág. 135.

[384] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

extranjero, incluso cuando dichos tribunales ejerzan esa jurisdicción con arreglo a las convenciones mencionadas”[385].

10) Además de ser expresa, la renuncia a la inmunidad debe ser formulada por escrito. Ello no afecta, sin embargo, a la forma concreta que deba revestir el escrito de renuncia, que dependerá no solo de la voluntad del Estado del funcionario, sino también de la vía que se emplee para comunicar la renuncia e, incluso, del marco en que se formule. Así, nada impide que la renuncia se realice mediante una nota verbal, una carta u otro escrito no diplomático dirigido a las autoridades del Estado del foro, a través de un acto o documento procesal, o incluso por medio de cualquier otro documento en el que conste de forma expresa, clara y fehaciente la voluntad del Estado de renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario.

11) Por último, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que, contrariamente a lo que sucede con el párrafo 2 del proyecto de artículo 10, la Comisión no ha considerado necesario referirse de forma expresa en este proyecto de artículo al contenido de la renuncia. Aunque las opiniones de los miembros han estado divididas respecto de la conveniencia o no de incluir una referencia al contenido, finalmente se ha considerado preferible dejar un margen de discrecionalidad al Estado del funcionario. En consecuencia, se ha suprimido la frase “con mención del funcionario a cuya inmunidad se renuncia y, en su caso, los actos a que dicha renuncia se refiere”, que estaba incluida en la propuesta original de la Relatora Especial. En todo caso, la Comisión desea hacer constar que el contenido de la renuncia deberá ser lo suficientemente claro para permitir que el Estado ante cuyas autoridades se presenta pueda identificar sin lugar a dudas el alcance de dicha renuncia[386]. Para ello, se entiende que el Estado del funcionario deberá mencionar de forma expresa el nombre del funcionario a cuya inmunidad se renuncia, así como, en su caso, el alcance sustantivo que pretende dar a la renuncia, en especial cuando el Estado no desee renunciar a la inmunidad de forma absoluta, sino limitarla a ciertos actos o excluir ciertos actos que presuntamente haya realizado el funcionario. En el supuesto de que la renuncia a la inmunidad tenga un alcance limitado, el Estado del funcionario podrá invocar la inmunidad respecto de los actos no cubiertos por la

[385] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 335 *supra*), págs. 24 y 25, párr. 59.

[386] Se reproducen a continuación tres ejemplos de declaraciones claras de renuncia incluidos en el memorando de la Secretaría sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/596 y Corr.1 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones), párrs. 252 y 253). En el asunto *Paul v. Avril*, el Ministro de Justicia de Haití afirmó que “Prosper Avril, ex Teniente General de las Fuerzas Armadas de Haití y ex-Presidente del Gobierno Militar de la República de Haití, no goza absolutamente de ninguna forma de inmunidad, ya sea la que corresponde a un soberano, a un jefe de Estado o a un ex jefe de Estado; ya sea diplomática, consular, o inmunidad respecto del testimonio, ni de cualquier otra clase de inmunidad, incluidas la inmunidad respecto de una sentencia, o un proceso, la inmunidad frente a la ejecución de sentencias y la inmunidad respecto de la comparecencia ante el tribunal tanto antes como después de la sentencia” (*Paul v. Avril* (véase la nota 377 *supra*), pág. 211). En el asunto *Ferdinand et Imelda Marcos*, la renuncia presentada por Filipinas estaba redactada en los siguientes términos: “El Gobierno filipino renuncia por la presente a toda inmunidad 1) de Estado, 2) de jefe de Estado o 3) diplomática, de la cual el ex-Presidente filipino Ferdinand Marcos y su esposa Imelda Marcos podrían gozar o de la cual podrían haber gozado sobre la base del derecho de los Estados Unidos o del derecho internacional. […] Esta renuncia se extiende al enjuiciamiento de Ferdinand e Imelda Marcos en el asunto mencionado más arriba (investigación llevada a cabo en el distrito meridional del estado de Nueva York), así como a todo acto criminal o a todo otro asunto conexo en los cuales esas personas trataran de referirse a su inmunidad” (*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (véase la nota 377 *supra*), págs. 501 y 502). En la causa seguida contra Hissène Habré en Bruselas, el Ministerio de Justicia del Chad renunció expresamente a la inmunidad en los términos siguientes: “La Conferencia Nacional Soberana celebrada en Yamena del 15 de enero al 7 de abril de 1993 había levantado oficialmente toda inmunidad de jurisdicción al Sr. Hissène Habré. Esa posición fue respaldada por la Ley núm. 010/PR/95, del 9 de junio de 1995, por la que se otorgó amnistía a los detenidos y exiliados políticos y a las personas en oposición armada, con exclusión del ‘ex-Presidente de la República, Hissène Habré, sus coautores y/o sus cómplices’. En consecuencia, está claro que el Sr. Hissène Habré no puede pretender ninguna clase de inmunidad de parte de las Autoridades del Chad, y ello es así desde la terminación de la Conferencia Nacional Soberana” (carta del Ministro de Justicia del Chad al Juez de Instrucción del distrito de Bruselas, 7 de octubre de 2002).

misma, es decir, cuando las autoridades del otro Estado pretendan ejercer o ejerzan su jurisdicción penal respecto del mismo funcionario por hechos distintos a los que motivaron la renuncia o que han sido conocidos después de que la renuncia se haya producido.

12) El párrafo 3 se refiere a las vías que el Estado del funcionario puede utilizar para comunicar la renuncia a la inmunidad de su funcionario. Siendo paralelo al párrafo 3 del proyecto de artículo 10, se ha reproducido en lo esencial la redacción de este, con la única excepción del empleo del verbo "comunicar" a fin de alinear el párrafo 3 del proyecto de artículo 11 con el texto del artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Teniendo en cuenta el paralelismo entre el párrafo 3 aquí comentado y el párrafo 3 del proyecto de artículo 10, se remite a los comentarios de este último por lo que se refiere a la cuestión de las autoridades del Estado del funcionario competentes para decidir sobre la renuncia a la inmunidad y para comunicarla. En particular, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que el empleo del tiempo verbal "se puede", referido a las vías de comunicación, tiene como objeto dejar abierta la posibilidad de que la renuncia a la inmunidad sea comunicada directamente a los tribunales del Estado del foro.

13) El párrafo 4 establece que "[l]as autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad". Este párrafo es el equivalente al párrafo 4 del proyecto del artículo 10, en el que se han introducido ciertos cambios únicamente de redacción. Dado que ambos párrafos obedecen a la misma lógica y a la misma finalidad, los comentarios sobre este tema referidos al proyecto de artículo 10 son aplicables también al párrafo 3 del presente proyecto de artículo.

14) El párrafo 5 establece que "[l]a renuncia a la inmunidad es irrevocable". Este precepto parte de la constatación de que una vez que la renuncia a la inmunidad se ha producido, su efecto se proyecta hacia el futuro y la cuestión de la inmunidad dejará de actuar como una barrera en el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de las autoridades del Estado del foro. Por consiguiente, teniendo en cuenta los efectos de la renuncia a la inmunidad y su propia naturaleza, parece evidente concluir que la misma no es revocable, ya que —en caso contrario— la institución perdería todo su significado. A pesar de ello, el párrafo 5 del presente proyecto de artículo ha dado lugar a cierto debate entre los miembros de la Comisión.

15) Dicho debate no afecta a los motivos que justifican el carácter irrevocable de la renuncia a la inmunidad, sino a la posibilidad de que haya excepciones a la irrevocabilidad. Así, debe destacarse en primer lugar que, en general, los miembros de la Comisión aceptan que el párrafo 5, en su redacción actual, refleja una regla general que es manifestación del principio de buena fe y responde a la necesidad de respetar la seguridad jurídica. Sin embargo, algunos miembros han expresado igualmente su opinión de que esta regla general podría admitir ciertas excepciones, habiéndose mencionado, en particular, el hecho de que tras la renuncia aparezcan hechos nuevos que no eran conocidos por el Estado del funcionario, que con ocasión del ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro en un caso concreto se constate que no se respetan las reglas básicas del derecho a un juicio justo, o que se produzcan circunstancias excepcionales de alcance general, entre las que se mencionaron un cambio de gobierno o un cambio de sistema jurídico que puedan tener como consecuencia que el derecho a un juicio justo deje de estar garantizado en el Estado que pretende ejercer su jurisdicción penal.

16) Ello ha dado lugar a un debate sobre la utilidad y conveniencia de incluir este párrafo en el proyecto de artículo 11. Algunos miembros se han expresado a favor de su supresión, en particular teniendo en cuenta que ni los tratados relevantes ni la legislación interna de los Estados se han referido expresamente a la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad, así como la escasa práctica referida a este tema[387]. Frente a ello, otros miembros han considerado

[387] Sobre la renuncia a la inmunidad y el sometimiento del Estado extranjero a la jurisdicción del Estado del foro, véanse: Estados Unidos, *Foreign Sovereign Immunities Act 1976*, secc. 1605.a); Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, secc. 2; Singapur, *State Immunity Act 1979*, secc. 4; Pakistán, *State Immunity Ordinance 1981*, secc. 4; Sudáfrica, *Foreign States Immunities Act 1981*, secc. 3; Australia, *Foreign States Immunities Act 1985*, secc. 10; Canadá, *State Immunity Act 1985*, secc. 4; Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, seccs. 9 y 10; Japón, *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with*

útil mantener el párrafo 5 por razones de seguridad jurídica y considerando que la propia Comisión, refiriéndose a la renuncia a la inmunidad contemplada en su proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, afirmó en su día que "[h]uelga decir que el proceso, en cualquier instancia en que se encuentre, se considera como un todo y que la excepción de inmunidad no se ha de poder invocar en la apelación si se ha renunciado a ella, expresa o tácitamente, en la primera instancia"[388]. Sin embargo, otros miembros señalaron que de dicha afirmación no cabía deducir el carácter irrevocable de la renuncia a la inmunidad.

17) Para atender a la problemática de las posibles excepciones a la irrevocabilidad de la renuncia algunos miembros de la Comisión sugirieron modificar la redacción del párrafo 5 a fin de introducir expresiones de salvaguarda tales como "salvo en circunstancias excepcionales" o "en principio". A su juicio, ello permitiría reconocer que la renuncia puede ser revocada en circunstancias especiales tales como las que se han mencionado *supra*. Otros miembros consideraron, por el contrario, que la introducción de estas expresiones complicaría aún más la interpretación del párrafo 5 y que, por tanto, era preferible no modificar su redacción si finalmente se decidía mantenerlo en el proyecto de artículo 11. En relación con este tema, se señaló que, en última instancia, la renuncia a la inmunidad es un acto unilateral del Estado cuyo alcance debería definirse a la luz de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, aprobados por la Comisión en 2006, en especial el principio 10[389]. Por último, se destacó la dificultad de identificar las circunstancias excepcionales que podrían justificar la revocación de la renuncia a la inmunidad, aunque se reiteró que el cambio de gobierno o de sistema jurídico que perjudique el respeto de los derechos humanos y del derecho al juicio justo del funcionario podría incluirse dentro de esta categoría. Por otro lado, se expresaron dudas sobre la posibilidad de incluir en la categoría de circunstancias excepcionales la aparición de nuevos hechos que no eran conocidos en el momento de la renuncia o el ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro respecto de hechos que no estén cubiertos por la renuncia, ya que los mismos no constituyen circunstancias excepcionales, sino supuestos respecto de los que el Estado del funcionario no ha formulado renuncia alguna y, por tanto, la inmunidad se podría aplicar en virtud de las reglas generales contenidas en el proyecto de artículos.

18) Teniendo en cuenta el debate que se ha resumido en los párrafos anteriores y la práctica generalmente seguida en casos similares de división de opiniones entre sus miembros durante la primera lectura del proyecto de artículos, la Comisión ha decidido mantener el párrafo 5 en el proyecto de artículo 11, facilitando así que los Estados tengan adecuado conocimiento del debate y puedan formular comentarios.

respect to a Foreign State 2009, arts. 5 y 6; y España, *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, arts. 5, 6, 7 y 8. Tan solo las leyes de Australia y España contemplan la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad. Conforme a la *Foreign States Immunities Act 1985*, "*[a]n agreement by a foreign State to waive its immunity under this Part has effect to waive that immunity and the waiver may not be withdrawn except in accordance with the terms of the agreement*" (secc. 10, 5). Por su parte, la *Ley Orgánica 16/2015* establece que "[e]l consentimiento del Estado extranjero al que se refieren los artículos 5 y 6 no podrá ser revocado una vez iniciado el proceso ante un órgano jurisdiccional español" (Artículo 8. Revocación del consentimiento).

388 *Anuario… 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 107, párrafo 5) del comentario al artículo 30.

389 El principio 10 está redactado en los siguientes términos: "Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta: a) todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación; b) la medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas; c) la medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias" (*Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 177, párr. 176).

Artículo 12 [13]*
Solicitudes de información

1. El Estado del foro podrá solicitar al Estado del funcionario la información que considere pertinente a los efectos de decidir si la inmunidad se aplica o no.

2. El Estado del funcionario podrá solicitar al Estado del foro la información que considere pertinente a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella.

3. La información podrá ser solicitada por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. El Estado requerido considerará toda solicitud de información de buena fe.

Comentario

1) El proyecto de artículo 12 se refiere a la posibilidad de que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario puedan solicitar información al otro Estado. Es la última de las disposiciones de carácter procedimental que se incluye en la cuarta parte del proyecto de artículos antes de referirse a la determinación de si la inmunidad se aplica o no, cuestión de la que se ocupa el proyecto de artículo 13, que aún no ha sido examinado por el Comité de Redacción. El proyecto de artículo 12 está estructurado en cuatro párrafos dedicados al derecho de los Estados interesados a solicitar información (párrs. 1 y 2), al procedimiento para solicitar la información (párr. 3) y a la forma en que el Estado requerido "considerará" la solicitud (párr. 4).

2) En los párrafos 1 y 2 se indica que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario pueden solicitar información. Aunque la Comisión considera que la solicitud de información por parte de ambos Estados responde a una misma lógica, por razones de claridad se ha preferido incluir en párrafos separados cada una de las situaciones. No obstante, se debe destacar que ambos párrafos siguen un mismo modelo en su redacción, con la única diferencia del objetivo último perseguido por el Estado solicitante, que en el caso del Estado del foro será "decidir si la inmunidad se aplica o no" y en el caso del Estado del funcionario será "decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella".

3) La solicitud de información a que se refieren los párrafos 1 y 2 tiene una naturaleza finalista que ha de entenderse en el contexto del proceso que debe seguir un Estado a fin de pronunciarse sobre la inmunidad en un caso concreto, ya sea desde la perspectiva del Estado del foro (consideración y determinación de la inmunidad) o desde la del Estado del funcionario (invocación de la inmunidad o renuncia a ella). A ello obedece el empleo de la expresión "a los efectos de decidir" en ambos párrafos, que pone de manifiesto que en los dos supuestos la decisión final es el resultado de un proceso que puede estar integrado por distintas fases y actos.

4) Al aprobar el proyecto de artículo 12, la Comisión ha tenido en cuenta que, para determinar la aplicación o no de la inmunidad, el Estado del foro necesitará tener información referida al funcionario (nombre, cargo en el Estado, competencias, etc.) y sobre la vinculación del Estado del funcionario con sus actos, que, en su caso, podrían ser la base para el ejercicio de la jurisdicción penal. Esta información es importante para que el Estado del foro pueda tomar una decisión sobre la inmunidad (en especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*), pero es posible que únicamente sea conocida por el Estado del funcionario. Lo mismo sucede desde la perspectiva del Estado del funcionario a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella, ya que el Estado del funcionario puede necesitar obtener información sobre la legislación estatal, los órganos competentes del Estado del foro o sobre el estadio en que se encuentra la actividad emprendida por el Estado

* El número que figura entre corchetes remite al número original que llevaba el proyecto de artículo en el informe de la Relatora Especial.

del foro. El proyecto de artículo 12 tiene como finalidad facilitar el acceso a dicha información.

5) Nada impide que la información mencionada en el párrafo anterior pueda estar ya en posesión del Estado del foro o del Estado del funcionario, en especial si con anterioridad a la solicitud de información se han aplicado las disposiciones previstas en los proyectos de artículo 9 (sobre la notificación), 10 (sobre la invocación) y 11 (sobre la renuncia). Sin duda, a través de dichas disposiciones el Estado del foro y el Estado del funcionario habrán proporcionado información al otro Estado. No obstante, no puede ignorarse la posibilidad de que, en un cierto número de casos, la información recibida por esas vías no sea suficiente para alcanzar los objetivos antes mencionados. Por ello, y especialmente en esta circunstancia, la solicitud de información se convierte en un instrumento útil y necesario para asegurar el correcto funcionamiento de la inmunidad, que coadyuva además al fortalecimiento de la cooperación entre los Estados interesados y a la creación de condiciones de confianza mutua. Por tanto, el sistema de solicitud de información previsto en el proyecto de artículo 12 constituye una garantía procesal para ambos Estados.

6) La solicitud de información puede venir referida a cualquier elemento que el Estado requirente considere útil para adoptar una decisión sobre la inmunidad. Dada la variedad de elementos que pueden ser tenidos en cuenta por los Estados a los efectos de decidir sobre la aplicación de la inmunidad o sobre su invocación o renuncia, no es posible elaborar una lista exhaustiva de estos. La Comisión ha optado por emplear la expresión "la información que considere pertinente", que ha juzgado preferible a "la información necesaria", ya que el adjetivo "necesaria" podría tener un significado restrictivo y formal, especialmente en inglés. Por el contrario, mediante el empleo del término "pertinente" se reconoce al Estado solicitante (ya sea el Estado del foro o el Estado del funcionario) el derecho a decidir en cada caso sobre la información pertinente que desea solicitar, conforme a lo dispuesto en varios instrumentos internacionales[390].

7) El párrafo 3 se refiere a las vías a través de las cuales se puede solicitar la información. Este párrafo sigue el mismo modelo que el párrafo 3 de los proyectos de artículo 9, 10 y 11, cuya redacción reproduce *mutatis mutandis*, por lo que le resultan de aplicación los comentarios ya realizados respecto de esos proyectos de artículo.

8) Sin embargo, la Comisión desea llamar la atención sobre su decisión de no incluir en el proyecto de artículo 12 un párrafo dedicado a la comunicación interna entre las autoridades del Estado del foro o del Estado del funcionario, similar al párrafo 4 de los proyectos de artículo 10 y 11. Ello se explica por el hecho de que la solicitud de información se ha de entender fundamentalmente referida a una información que, en un buen número de casos, será complementaria o adicional respecto de la información que ya obre en poder del Estado del foro o del Estado del funcionario y que, por tanto, está llamada a producirse esencialmente en un momento más avanzado del procedimiento. Por ello, cabe pensar que la autoridad competente para tomar las decisiones en cualquiera de los dos Estados ya será conocida por el otro y, por tanto, no sería necesario introducir este elemento que opera como cláusula de salvaguardia. En todo caso, si la solicitud de información se produjese en un momento incipiente del tratamiento de la cuestión de la inmunidad, ha de entenderse que no existe ninguna razón para no aplicar el principio de la obligación de comunicación entre las autoridades competentes del mismo Estado.

9) El párrafo 4 sustituye a los párrafos 4 y 5 propuestos inicialmente por la Relatora Especial en los que se enumeraban las posibles causas de rechazo de la solicitud y las

[390] Véanse, por ejemplo, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 472, núm. 6841, pág. 185, art. 3; la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 23 de mayo de 1992), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 75, art. 7; la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *Diário da República I*, núm. 177, de 12 de septiembre de 2008, pág. 6635, art. 1, párrs. 1 y 2; y el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo (enmendado posteriormente por la resolución 53/112 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, anexo I), art. 1, párr. 2.

condiciones a que se podría someter tanto la solicitud de información como la información proporcionada, en especial la confidencialidad[391]. La Comisión ha considerado preferible incluir en el proyecto de artículo 12 un párrafo más sencillo que se limite a enunciar el principio de que toda solicitud de información será examinada de buena fe por el Estado requerido, ya sea el Estado del foro o el Estado del funcionario. Para ello se han tenido en cuenta varias razones. En primer lugar, que la propuesta original, en la que se enumeraban las causas de denegación permitidas, podía ser interpretada *a contrario* como el reconocimiento de una obligación de proporcionar la información solicitada, que —sin embargo— no existe en el ordenamiento internacional, salvo por lo que se refiere a las obligaciones específicas que se puedan contener en los tratados de cooperación y asistencia jurídica mutua o en otros tratados. En segundo lugar, que la propuesta original podría entrar en colisión con sistemas de solicitud e intercambio de información establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia jurídica mutua, que —en todo caso— resultarían de aplicación entre los Estados partes. En tercer lugar, que el establecimiento de una regla de confidencialidad podría entrar en colisión con las normas estatales que regulan la confidencialidad. Y, en cuarto lugar pero no por ello menos importante, que la finalidad perseguida por el proyecto de artículo 12 es favorecer la cooperación y el intercambio de información entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, y dicha finalidad podría verse perjudicada o cuestionada si el proyecto de artículo enumerase de forma expresa causas de denegación y reglas de condicionalidad.

10) No obstante, la Comisión considera que las razones antes indicadas no son justificación suficiente para ignorar la cuestión de los criterios que deberían seguir los Estados para evaluar la solicitud de información. Por ello, ha optado por una redacción en la que, de forma sencilla, se señala la obligación del Estado requerido de examinar de buena fe toda solicitud que le sea dirigida. El término "Estado requerido" se ajusta a la terminología comúnmente empleada en los acuerdos de cooperación y asistencia jurídica mutua, que es familiar a los Estados.

11) La expresión "considerará […] de buena fe" que figura en el párrafo 4 remite a la obligación general de los Estados de actuar de buena fe en sus relaciones con terceros. El alcance de esta obligación, por su propia naturaleza, no puede analizarse en abstracto, siendo necesario determinarlo caso por caso. Su inclusión en el proyecto de artículo 12 ha de entenderse en el contexto definido por el propio proyecto de artículo, es decir, la definición de un instrumento procedimental que favorezca la cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario a los efectos de que cada uno de ellos pueda formarse un juicio correcto que le permita adoptar las decisiones a que se refieren los párrafos 1 y 2. En consecuencia, la expresión "considerará […] de buena fe" ha de entenderse a la luz de dos elementos que operan de manera conjunta, a saber: en primer lugar, la obligación de examinar la solicitud, y, en segundo lugar, el requisito de que ese examen se realice con la intención de facilitar al otro Estado la adopción de una decisión informada y razonada sobre si la inmunidad se aplica o no, o sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella. Así, la expresión "considerará […] de buena fe" refleja una obligación de comportamiento y no una obligación de resultado.

12) El Estado requerido deberá tener en cuenta en su respuesta estos elementos como punto de partida para examinar toda solicitud de información, pero nada impide que pueda considerar, además, otros elementos o circunstancias para tomar una decisión al respecto, como, entre otras cosas, cuestiones que afecten a la soberanía, al orden público, a la seguridad y a intereses públicos fundamentales. En cualquier caso, la Comisión no ha considerado necesario hacer referencia expresa a estos elementos en el proyecto de artículo 12, reconociendo que corresponde al Estado requerido identificar los motivos que justifican su decisión.

[391] Véase el séptimo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/729), anexo II.

13) Por otro lado, se debe señalar que la Comisión no ha considerado necesario hacer una referencia expresa en el párrafo 4 a la posibilidad de someter a condiciones la entrega de la información solicitada. Sin embargo, nada impediría que el Estado requerido pudiera valorar la formulación de condiciones como parte del proceso de "considerar de buena fe" toda solicitud de información, en particular si ello facilitara o favoreciese la entrega de la información solicitada.

Capítulo VII
La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

A. Introducción

116. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión decidió incluir el tema "La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Pavel Šturma[392]. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 72/116, de 7 de diciembre de 2017, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

117. En ese mismo período de sesiones, la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/708), en el que este exponía el enfoque que iba a adoptar con respecto al alcance y el resultado del tema y ofrecía una visión general de las disposiciones generales relacionadas con el mismo. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 a 4, que figuraban en el primer informe del Relator Especial. Posteriormente, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 y 2, aprobados provisionalmente por el Comité, que fue presentado a la Comisión únicamente a título informativo[393].

118. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/719), en el que se examinaban la legalidad de la sucesión, las normas generales sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado y ciertas categorías especiales de la sucesión de Estados en las obligaciones derivadas de la responsabilidad. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 5 a 11, que figuraban en el segundo informe del Relator Especial. Posteriormente, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 1, párrafo 2, y los proyectos de artículo 5 y 6, aprobados provisionalmente por el Comité, que fue presentado a la Comisión únicamente a título informativo[394].

119. En su 71er período de sesiones (2019), la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/731), en que se examinaba la reparación por el perjuicio resultante de hechos internacionalmente ilícitos contra el Estado predecesor, así como contra sus nacionales. El informe también contenía propuestas técnicas en relación con la estructura del proyecto de artículos. La Comisión también tuvo ante sí un memorando de la Secretaría con información sobre tratados que pueden ser pertinentes para su futura labor sobre el tema (A/CN.4/730). Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 2, párrafo f), X, Y, 12, 13, 14 y 15, así como el título de las partes segunda y tercera, que figuraban en el tercer informe del Relator Especial. Posteriormente, la Comisión examinó un primer informe del Comité de Redacción sobre el tema[395] y aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 1, el proyecto de artículo 2, párrafos a) a d), y el proyecto de artículo 5, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 69º y 70º, con sus comentarios[396]. La Comisión también tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción

[392] En su 3354ª sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 68º período de sesiones (2016), sobre la base de la propuesta que figuraba en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/71/10)).

[393] El informe provisional del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: http://legal.un.org/ilc/guide/3_5.shtml.

[394] *Ibid*.

[395] Véanse el documento A/CN.4/L.939 y el informe provisional del Presidente del Comité de Redacción, que pueden consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission (nota 393 *supra*).

[396] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm.* 10 (A/74/10).

sobre los proyectos de artículo 7, 8 y 9, aprobados provisionalmente por el Comité, que fueron presentados a la Comisión a título informativo únicamente[397].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

120. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/743).

121. En su cuarto informe, dividido en tres partes, el Relator Especial ofrecía una visión general de la labor sobre el tema, que incluía un resumen del debate celebrado en la Sexta Comisión y una explicación de la metodología del informe (primera parte). A continuación, el Relator Especial abordaba cuestiones relacionadas con las repercusiones de la sucesión de Estados en las formas de responsabilidad, en particular las diferentes formas de reparación (restitución, indemnización y satisfacción), la obligación de cesación y las seguridades y garantías de no repetición (segunda parte). Por último, el Relator Especial trataba del futuro programa de trabajo sobre el tema (tercera parte). En el cuarto informe se proponían cinco nuevos proyectos de artículo (7 *bis*, 16, 17, 18 y 19)[398].

[397] El informe provisional del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission (véase la nota 393 *supra*).

[398] El texto de los proyectos de artículo 7 *bis*, 16, 17, 18 y 19 propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe dice lo siguiente:

Proyecto de artículo 7 *bis*
Hechos compuestos

1. Cuando un hecho internacionalmente ilícito sea de carácter compuesto, incurrirá en responsabilidad internacional un Estado predecesor o un Estado sucesor si tiene lugar una serie de acciones u omisiones definida en su conjunto como ilícita. Si la acción u omisión, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito del Estado predecesor o del Estado sucesor, ese Estado será responsable únicamente de las consecuencias de su propio hecho.

2. No obstante, si un hecho internacionalmente ilícito tiene lugar únicamente después de la última acción u omisión del Estado sucesor, la responsabilidad internacional de este Estado se extenderá durante todo el período que comience con la primera de las acciones u omisiones y se prolongará mientras esas acciones u omisiones se repitan y se mantenga su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier responsabilidad en que incurran el Estado predecesor o el Estado sucesor sobre la base de un hecho único cuando y en la medida en que este constituya una violación de una obligación internacional en vigor para ese Estado.

Proyecto de artículo 16
Restitución

1. En los casos de sucesión de Estados en los que siga existiendo un Estado predecesor, ese Estado estará obligado a la restitución, siempre y cuando la restitución no sea materialmente imposible o no entrañe una carga totalmente desproporcionada.

2. Si, debido a la naturaleza de la restitución, solo un Estado sucesor o uno de los Estados sucesores está en condiciones de hacer dicha restitución, o si la restitución no es posible sin la participación de un Estado sucesor, un Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor podrá pedir dicha restitución o participación a ese Estado sucesor.

3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier acuerdo de reparto o de otra índole entre el Estado sucesor y el Estado predecesor u otro Estado sucesor, según corresponda.

4. Un Estado sucesor podrá pedir la restitución a un Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito contra el Estado predecesor si el perjuicio causado por ese hecho sigue afectando al territorio o a personas que, después de la fecha de sucesión de Estados, estén bajo la jurisdicción del Estado sucesor.

122. En su 3528ª sesión, celebrada el 21 de mayo de 2021, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 7, 8 y 9[399], que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 71er período de sesiones (2019) (véase la sección C.1 *infra*).

123. La Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial en sus sesiones 3531ª a 3537ª, del 5 al 12 de julio de 2021. En su 3537ª sesión, celebrada el 12 de julio de 2021, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 7 *bis*, 16, 17, 18 y 19, que figuraban en el cuarto informe del Relator Especial, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el debate en sesión plenaria.

124. En su 3552ª sesión, celebrada el 28 de julio de 2021, el Presidente del Comité de Redacción presentó, en forma oral, un informe provisional sobre los proyectos de artículo 10, 10 *bis* y 11, aprobados provisionalmente por el Comité en el actual período de sesiones. El

Proyecto de artículo 17
Indemnización

1. En los casos de sucesión de Estados en que siga existiendo un Estado predecesor, ese Estado estará obligado a proporcionar una indemnización por los daños causados por su hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que esos daños no hayan sido reparados mediante restitución.

2. En circunstancias particulares, un Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito podrá pedir una indemnización a un Estado sucesor o a uno de los Estados sucesores, siempre que el Estado predecesor haya dejado de existir o que, después de la fecha de la sucesión de Estados, ese Estado sucesor haya seguido beneficiándose de tal hecho.

3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier acuerdo de reparto o de otra índole entre el Estado sucesor y el Estado predecesor u otro Estado sucesor, según corresponda.

4. Un Estado sucesor podrá pedir una indemnización a un Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito contra el Estado predecesor, siempre que el Estado predecesor haya dejado de existir o que, después de la fecha de la sucesión de Estados, el Estado sucesor haya seguido sufriendo las consecuencias perjudiciales de ese hecho internacionalmente ilícito.

Proyecto de artículo 18
Satisfacción

1. En los casos de sucesión de Estados en que un Estado predecesor siga existiendo, ese Estado estará obligado a proporcionar una satisfacción por el perjuicio causado por su hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que ese perjuicio no se repare mediante restitución o indemnización.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de una satisfacción adecuada, en particular el procesamiento por crímenes de derecho internacional, que cualquier Estado sucesor pueda reclamar o pueda llevar a cabo.

Proyecto de artículo 19
Seguridades y garantías de no repetición

1. En los casos de sucesión de Estados en que siga existiendo un Estado predecesor, ese Estado estará obligado a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen, incluso después de la fecha de sucesión de Estados.

2. Siempre que la obligación violada por un hecho internacionalmente ilícito siga en vigor después de la fecha de la sucesión de Estados entre un Estado sucesor y otro Estado interesado, y si las circunstancias lo exigen:

a) un Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado predecesor podrá pedir seguridades y garantías adecuadas de no repetición a un Estado sucesor, y

b) un Estado sucesor de un Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado podrá pedir seguridades y garantías adecuadas de no repetición a este Estado.

[399] Recogidos en el informe del Grupo de Redacción (A/CN.4/L.939/Add.1).

informe provisional, que se presentó únicamente a título informativo, puede consultarse en el sitio web de la Comisión[400].

125. En sus sesiones 3560ª a 3562ª, celebradas los días 4 y 5 de agosto de 2021, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo 7, 8 y 9, aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

1. Presentación del cuarto informe por el Relator Especial

126. En primer lugar, el Relator Especial reiteró las siguientes consideraciones generales en relación con la labor de la Comisión sobre el tema, expuestas en la primera parte de su cuarto informe: a) el carácter subsidiario del proyecto de artículos y la prioridad de los acuerdos celebrados entre los Estados interesados; b) la importancia de mantener la coherencia con la labor anterior de la Comisión, en particular con sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[401]; c) el papel de los conceptos de equidad, reparto equitativo y distribución de derechos y obligaciones; d) la especificidad de los casos de sucesión de Estados que inevitablemente combina consideraciones políticas y jurídicas; e) el hecho de que ni la norma de "tabla rasa" ni la sucesión automática se aceptaran como reglas generales, y f) la necesidad de combinar la codificación con el desarrollo progresivo del derecho internacional.

127. A continuación, el Relator Especial dijo que la segunda parte del informe se refería a las repercusiones de la sucesión de Estados en las formas de responsabilidad. En ella se abordaban las formas de responsabilidad y las consecuencias jurídicas que podían ser aplicables en situaciones de sucesión de Estados, manteniendo al mismo tiempo la coherencia con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El informe y los proyectos de artículo en él propuestos respetaban el mantenimiento de la aplicabilidad de las normas generales de la responsabilidad del Estado con respecto a un Estado predecesor, con sujeción a la imposibilidad material de que ese Estado proporcionara una forma específica de reparación. También se examinaban circunstancias especiales que justificaban ciertas formas de reparación por parte de uno o varios Estados sucesores. Además, el informe contenía un análisis de: a) situaciones de sucesión de Estados en derechos y obligaciones internacionales dimanantes de la responsabilidad del Estado, y b) situaciones en las que el Estado incurre en responsabilidad por sus propios hechos internacionalmente ilícitos, incluso en el caso de sucesión de Estados.

128. Con respecto a los proyectos de artículo propuestos, el Relator Especial explicó que en el informe se abordaba la cuestión de los hechos compuestos, en respuesta a una petición realizada por los miembros del Comité de Redacción en el 71er período de sesiones (2019) de la Comisión durante el debate sobre el proyecto de artículo 7 (hechos que tengan carácter continuado). El proyecto de artículo 7 *bis* (hechos compuestos) se propuso tras el análisis del Relator Especial en los informes segundo y cuarto, y se consideraba útil para aclarar la cuestión de los hechos compuestos. El Relator Especial estimaba que los hechos compuestos diferían de los hechos de carácter continuado. El proyecto de artículo 7 *bis* no tenía por objeto establecer una nueva norma, sino que se basaba en la aplicación de las normas generales de responsabilidad de los Estados en el contexto de la sucesión de Estados.

129. En cuanto a los proyectos de artículo sobre las diferentes formas de reparación, el Relator Especial explicó que los proyectos de artículo 16 (restitución) y 17 (indemnización) seguían estructuras similares. En ambos proyectos de artículo se preveían las obligaciones de los Estados predecesores y sucesores en relación con la restitución y la indemnización, según correspondiera. Ambos se ocupaban también del reparto de la responsabilidad o de otros acuerdos pertinentes entre el Estado sucesor y el Estado predecesor u otro Estado sucesor. El Relator Especial explicó además que el proyecto de artículo 16 estaba en consonancia con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y que el proyecto de artículo 17 se basaba en un análisis de la práctica, que incluía decisiones del

[400] Puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission (véase la nota 393 *supra*).

[401] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión, con sus comentarios, figura en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas.

130. Además, el Relator Especial había examinado la satisfacción como forma de reparación del perjuicio no material, como se proponía en el proyecto de artículo 18. Había que distinguir entre la perspectiva tradicional y el derecho moderno de la responsabilidad del Estado. Según la perspectiva tradicional, la naturaleza del daño moral parecía estar vinculada a las relaciones bilaterales de los Estados interesados y a su dignidad y personalidad. En el derecho moderno se recogía la noción de "daño jurídico", que estaba relacionada principalmente con el incumplimiento de obligaciones que protegían intereses colectivos esenciales de un grupo de Estados o de la comunidad internacional de Estados. Ello incluía la protección de los derechos humanos o la prevención y el castigo de los crímenes de derecho internacional. Si bien en el cuarto informe se mencionaban ejemplos que figuraban en el comentario de la Comisión al artículo 37 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el informe se centraba en la investigación y el castigo de las personas responsables como la forma más adecuada de satisfacción en casos de violaciones graves de obligaciones *erga omnes*. El Relator Especial aclaró que en el informe se examinaba la jurisprudencia relativa a los crímenes de derecho internacional cometidos en el territorio de la ex-Yugoslavia, ya que eran los ejemplos más destacados en la práctica moderna y habían sido enjuiciados en los ámbitos nacional e internacional. En ese contexto se propuso el proyecto de artículo 18. En el primer párrafo del proyecto de artículo 18 se establecía que, en los casos de sucesión de Estados en los que siguiera existiendo un Estado predecesor, este tenía la obligación de ofrecer una satisfacción por el perjuicio causado por su hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que ese perjuicio no hubiera sido reparado mediante restitución o indemnización. El segundo párrafo contenía una cláusula sin perjuicio, con la que se pretendía reflejar un enfoque prudente y flexible de las formas apropiadas de satisfacción, en particular la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de derecho internacional.

131. En el informe también se hacía un análisis de las obligaciones relativas a la cesación y a las seguridades y garantías de no repetición. Se intentaba aclarar la obligación de cesación, que, en opinión del orador, solo era pertinente ante hechos internacionalmente ilícitos que tuvieran carácter continuado y que era de aplicación en virtud de las normas generales sobre la responsabilidad del Estado. El Relator Especial consideraba que las seguridades y garantías de no repetición cumplían una función distinta de la de otras formas de reparación y, por tanto, era necesario incluirlas y analizarlas en el informe. Hizo hincapié en que las seguridades y garantías de no repetición se orientaban al futuro, en el sentido de que solo serían de aplicación después de que se produjera el hecho internacionalmente ilícito. También se explicaba que era necesario que la obligación principal incumplida subsistiera y siguiera vigente, por lo que la transmisión de cualquier obligación secundaria estaría supeditada a la sucesión en la obligación principal. A tal efecto, se proponía el proyecto de artículo 19 (seguridades y garantías de no repetición). El primer párrafo contenía la norma general basada en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: en los casos en que siga existiendo un Estado predecesor, ese Estado estará obligado a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen, incluso después de la fecha de sucesión de Estados. El párrafo 2, a su vez, se refería a situaciones excepcionales e incluía dos condiciones para su aplicación: a) que la obligación incumplida por un hecho internacionalmente ilícito siguiera en vigor entre un Estado sucesor y otro Estado interesado; y b) que las circunstancias lo exigieran. De cumplirse ambas condiciones, un Estado lesionado podría solicitar a un Estado sucesor las seguridades y garantías de no repetición adecuadas, y un Estado sucesor de un Estado lesionado por un hecho ilícito de otro Estado podría solicitar a este las seguridades y garantías de no repetición adecuadas.

132. La tercera parte del informe trataba sobre el futuro programa de trabajo. El Relator Especial indicó que su quinto informe se centraría en cuestiones relacionadas con la pluralidad de Estados sucesores lesionados, así como con la pluralidad de Estados responsables. También abordaría cuestiones diversas y aspectos técnicos, como la renumeración de los proyectos de artículo y la estructura final del proyecto. Cabía esperar que el tema pudiera completarse en primera lectura en el 73er período de sesiones de la Comisión.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

133. Varios miembros de la Comisión expresaron su agradecimiento al Relator Especial por su cuarto informe.

134. Con respecto a las consideraciones generales acerca de la labor sobre el tema, los miembros coincidieron en general con el Relator Especial en el carácter subsidiario del proyecto de artículos y en la prioridad que debía darse a los acuerdos entre los Estados interesados. Algunos miembros sugirieron que en los comentarios al proyecto de artículos podían incluirse ejemplos de acuerdos de sucesión entre Estados, y que se podía redactar una serie de cláusulas modelo que sirvieran de base para la negociación de acuerdos de sucesión en relación con la responsabilidad del Estado.

135. Se expresaron opiniones divergentes sobre la norma general de no sucesión, la norma de "tabla rasa" y la de sucesión "automática". Hubo miembros que se mostraron de acuerdo con la afirmación del Relator Especial de que la práctica, que era diversa y específica en función del contexto de los Estados, no respaldaba la primacía de la norma de "tabla rasa" ni la de la sucesión automática, y algunos opinaron que podía haber excepciones a la norma general de no sucesión. Otros miembros reiteraron que la norma general que cabía aplicar para el tema era la de "tabla rasa" y que no existía ninguna norma de sucesión automática. Aunque se expresó la opinión de que los proyectos de artículo propuestos parecían ir en la dirección de la sucesión automática, hubo miembros que no estuvieron de acuerdo. Se señaló que, en el cuarto informe, si bien se afirmaba que la "transferencia de la responsabilidad" de los Estados era diferente de la "transmisión de derechos y obligaciones resultantes de la responsabilidad" de los Estados, esa diferencia no quedaba suficientemente explicada. Algunos miembros cuestionaron la metodología seguida en el informe y la medida en que el análisis que contenía se hiciera estableciendo un paralelismo con la sucesión de Estados en materia de deudas e inspirándose en la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado, de 1983[402].

136. Varios miembros subrayaron la necesidad de que se tuvieran en cuenta fuentes de práctica estatal más diversas desde el punto de vista geográfico y recordaron que la escasez de práctica de los Estados se había puesto de relieve durante el debate en la Sexta Comisión. Otros miembros observaron que, aunque la práctica estatal era limitada, la Comisión debía verificar qué práctica existía sobre la materia. Se defendió la conveniencia de proceder con cautela y no extraer conclusiones generales sobre cuestiones de reparación basadas en acuerdos de indemnización global o en una práctica estatal incoherente, insuficiente y específica para un contexto. A ese respecto, se recordó que el mandato de la Comisión no se limitaba a la codificación, sino que incluía también el desarrollo progresivo del derecho internacional. Se sugirió además que en el comentario se describiera con mayor claridad la relación existente entre la práctica de los Estados y cada proyecto de artículo, de modo que se pusiera de manifiesto qué proyectos de artículo se apoyaban en la práctica de los Estados y cuáles constituían un desarrollo progresivo del derecho internacional.

137. Se opinó que la labor de la Comisión sobre el tema debía centrarse en aclarar cómo se aplicaban las normas sobre la responsabilidad del Estado en el escenario fáctico específico de la sucesión de Estados. Se sugirió que la Comisión siguiera estudiando las consecuencias jurídicas de la sucesión de Estados en relación con las reclamaciones de particulares, algo que no se abordaba en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aunque también hubo oposición a esa sugerencia.

[402] Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983), Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1983* (núm. de venta S.90.V.1), pág. 154.

138. Se reiteró la importancia de mantener la coherencia, en la terminología y el contenido, con la labor anterior de la Comisión. A ese respecto, se propuso incluir en el proyecto de artículos una disposición relativa a su aplicación temporal, en la línea del artículo 7 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, de 1978[403], y del artículo 4 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado, de 1983. Se observó que la Comisión podía aprovechar la labor llevada a cabo por el Instituto de Derecho Internacional en relación con la sucesión de Estados.

b) Proyecto de artículo 7 *bis*

139. Varios miembros consideraron que el proyecto de artículo 7 *bis* era un complemento útil del proyecto de artículo 7. Se sugirió que el proyecto de artículo podía basarse en la definición de hechos compuestos que figura en el artículo 15 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Por otra parte, se recordó que, en la Sexta Comisión, algunos Estados Miembros habían expresado reservas sobre la celebración de un debate acerca de los hechos compuestos. Varios miembros opinaron que era necesario aclarar el alcance de los párrafos 1 y 2, en particular en lo relativo a la responsabilidad del Estado predecesor cuando seguía existiendo. También se consideró que en el párrafo 1 podía aclararse si se excluía la transmisión de derechos y obligaciones resultantes de la responsabilidad del Estado que pudiera existir en circunstancias diferentes de las previstas en el párrafo 2. Además, se observó que el párrafo 2 se refería, más que a los hechos compuestos, a la extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional, como se menciona en el artículo 14 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Algunos miembros consideraron necesario seguir examinando las cuestiones relacionadas con la responsabilidad compartida cuando un Estado predecesor seguía existiendo, y se pidió que se analizara cómo se aplicaba la obligación de cesación ante un hecho compuesto o de carácter continuado que se produjera durante el proceso de sucesión. Se dijo que había cierto grado de confusión entre los hechos compuestos y los de carácter continuado. Se puso de manifiesto la labor del Instituto de Derecho Internacional acerca de la sucesión y los hechos continuados y compuestos. Se formularon sugerencias para simplificar la redacción de la disposición, al considerarse que una parte del contenido que en ella se proponía lo abarcaban ya las normas generales sobre la responsabilidad del Estado. Se hicieron otras sugerencias de redacción para aclarar el alcance de los párrafos 1 y 2.

c) Proyectos de artículo 16 a 19

140. Algunos miembros observaron que el capítulo III de la segunda parte del cuarto informe, titulado “Efectos de la sucesión de Estados en las formas de responsabilidad”, se centraba en realidad en las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, en particular en relación con las formas de reparación (restitución, indemnización y satisfacción, previstas en los proyectos de artículo 16 a 18). Se recordó que la obligación de cesación, las seguridades y garantías de no repetición y otras formas de reparación no eran formas de responsabilidad, sino consecuencias jurídicas de la responsabilidad de los Estados según los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Se expresó preocupación por la cuestión de la transmisión de obligaciones al Estado sucesor con el fin de proporcionar reparación por hechos del Estado predecesor que hubiera tenido lugar antes de la fecha de la sucesión, ya que parecía que ese concepto era incompatible con el requisito de atribución previsto en el artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

141. Se hizo hincapié en la necesidad de distinguir claramente entre la reparación, por un lado, y la cesación y las seguridades y garantías de no repetición, por otro. Se expresaron dudas sobre la utilidad de que hubiera proyectos de artículo específicos independientes para diferentes formas de reparación. Por ello, se propuso simplificar los proyectos de artículo 16 a 19, de modo que fueran solo dos disposiciones: una relativa a la cesación y a la no

[403] Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados (Viena, 23 de agosto de 1978), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, núm. 33356, pág. 3.

repetición, y otra relativa a la reparación. Se consideró necesario profundizar en el debate sobre las formas de reparación en relación con las diferentes categorías de sucesión de Estados, en particular sobre las circunstancias que conducían a soluciones diversas. Se señaló que los proyectos de artículo se entendían sin perjuicio del derecho de reparación que pudiera corresponder a los particulares sometidos a la jurisdicción del Estado lesionado, y se sugirió que se añadiera en consecuencia un proyecto de artículo en ese sentido. Asimismo, se opinó que un debate sobre cómo cumplir la obligación de reparar íntegramente el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado predecesor o sufrido por este iba más allá del alcance del tema.

142. Varios miembros cuestionaron la necesidad de los proyectos de artículo 16 a 19 propuestos en el cuarto informe, dado que las situaciones contempladas en ellos ya estaban recogidas en las normas generales sobre la responsabilidad del Estado. Se expresó preocupación por que se reformulara o reescribiera el derecho sobre la responsabilidad del Estado, ya que existía el riesgo de que en los proyectos de artículo no se reflejara fielmente. No obstante, se señaló que los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos podían no abarcar todos los aspectos relevantes para el tema.

143. Algunos miembros opinaron que el recurso a los acuerdos de indemnización global no debía socavar la norma de la reparación íntegra como principio fundamental del derecho de la responsabilidad del Estado. Además, se observó que esos acuerdos podían no ser apropiados para resolver controversias en las que entraran en juego obligaciones *erga omnes*.

144. Aunque se dijo que la flexibilidad de la fórmula “podrá pedir”, empleada en los proyectos de artículos 16, 17 y 19, era apropiada, algunos miembros consideraron que esa expresión, así como “pueda reclamar”, que figuraba en el proyecto de artículo 18, eran ambiguas y poco claras. Varios miembros pidieron que se aclarara si los proyectos de artículo 16 a 19 eran de aplicación en situaciones en las que el Estado predecesor dejaba de existir. Se pidió que se dejara claro que no todos los Estados predecesores estaban obligados a la reparación, sino únicamente los que fueran responsables de un hecho ilícito. Además, se sugirió que se aclarara que los proyectos de artículo 16 a 19 eran de aplicación únicamente en la medida en que un Estado sucesor estuviera obligado a proporcionar reparación por los hechos de un Estado predecesor, de conformidad con la segunda parte del proyecto de artículos.

145. En relación con la restitución, prevista en el proyecto de artículo 16, si bien se expresó acuerdo con el planteamiento del Relator Especial de que la restitución era la forma prioritaria de reparación en derecho internacional, algunos miembros cuestionaron ese enfoque. Se observó que en la disposición no se incluía la definición de restitución. Según varios miembros, el proyecto de artículo 16 era superfluo, porque reiteraba las disposiciones relevantes de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Aunque se valoró el esfuerzo del Relator Especial por distinguir entre restitución “legal” y “material”, se cuestionó esa distinción por no estar basada en la práctica de los Estados. Varios miembros expresaron su acuerdo con la afirmación del Relator Especial de que la pérdida o destrucción del objeto de restitución no era representativa de lo que el concepto “imposibilidad material” podía suponer en situaciones de sucesión de Estados. En referencia al párrafo 1 del proyecto de artículo 16, algunos miembros subrayaron la necesidad de explicar por qué el Estado predecesor debía llevar a cabo la restitución, ya que podían darse casos en que el Estado predecesor no fuera responsable y no se le pudiera atribuir el hecho ilícito. Se señaló que la formulación del párrafo 1 podía ser más clara y menos subjetiva, además de ajustarse plenamente al artículo 35 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Con respecto al párrafo 2 del proyecto de artículo 16, si bien algunos miembros sugirieron que la situación que en este se preveía podía resolverse aplicando el principio del enriquecimiento injusto, se expresó escepticismo sobre la aplicación de ese principio en el ámbito del derecho internacional. Varios miembros observaron que, en el contexto del párrafo 2, el Estado sucesor no tenía la obligación de llevar a cabo la restitución en lugar del Estado predecesor. Se expresó la opinión de que el párrafo 2 parecía basarse en una “sucesión automática”. Algunos miembros consideraron necesario que se aclarara si el acuerdo entre el Estado sucesor y el Estado predecesor al que se hacía referencia en el párrafo 3 era oponible a los Estados lesionados. Se señaló que el párrafo 3 no se ajustaba a las normas sobre la responsabilidad del Estado

relativas a la reparación, ya que los acuerdos previstos en ese párrafo entre Estados predecesores y sucesores no podían producir efectos jurídicos en relación con los Estados lesionados. Se propuso que en el párrafo 4 se incluyera una cláusula “sin perjuicio” para preservar los derechos de los particulares. Asimismo, teniendo en cuenta lo anterior, se hicieron varias propuestas para modificar la redacción del proyecto de artículo 16.

146. En cuanto a la indemnización, prevista en el proyecto de artículo 17, varios miembros coincidieron con el Relator Especial en que la indemnización parecía ser la forma más común de reparación en los casos en que la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos se veía afectada por la sucesión de Estados. Algunos miembros consideraban que era necesario aclarar los principios en los que se basaba la disposición propuesta. Se hizo referencia a la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado, de 1983, así como a la obra del Instituto de Derecho Internacional, en que se mencionaba en varias ocasiones el principio de equidad, que podía desempeñar un papel destacado en el cálculo del importe de la indemnización y el reparto de esta entre varios Estados. Se observó que en el párrafo 1 no se mencionaban los daños susceptibles de evaluación financiera, a los que sí se hacía referencia en el artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Se sugirió que la situación prevista en el párrafo 2 podía resolverse aplicando el principio de prohibición del enriquecimiento injusto. En particular, ese principio era pertinente en situaciones en las que el Estado predecesor había dejado de existir. Se aludió a la necesidad de aclarar las circunstancias que justificaban la transmisión de obligaciones al Estado sucesor siempre que el Estado predecesor siguiera existiendo. Se expresó la opinión de que la idea expuesta en el párrafo 2 ya se planteaba en el proyecto de artículo 7. Se sugirió que las dos condiciones previstas en el párrafo 2 fueran acumulativas en lugar de alternativas. La misma sugerencia se hizo en relación con las dos condiciones del párrafo 4. Se pidió que se aclarara si el acuerdo mencionado en el párrafo 3 era oponible a los Estados lesionados. En ese sentido, se expresó la opinión de que el párrafo 3 no se ajustaba a las normas sobre la responsabilidad del Estado relativas a la reparación, ya que los acuerdos previstos en ese párrafo entre Estados predecesores y sucesores no podían producir efectos jurídicos en relación con los Estados lesionados. Algunos miembros señalaron que el contenido del párrafo 3 parecía estar ya contemplado en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1. Varios miembros consideraron que, con el proyecto de artículo 17, la causalidad no quedaba suficientemente demostrada y pidieron que el Relator Especial abundara al respecto. Se sugirió que en el comentario se incluyeran los métodos utilizados para la valoración de las indemnizaciones. En ese sentido, se hicieron varias propuestas de redacción en relación con el texto del proyecto de artículo 17.

147. Con respecto a la satisfacción, tratada en el proyecto de artículo 18, se apoyó el enfoque del Relator Especial de que, en la labor sobre el tema, se interpretara la satisfacción según el concepto moderno de responsabilidad del Estado, basado en la “responsabilidad objetiva” y el “perjuicio jurídico”. Se reiteró que la disposición no era clara con respecto a las situaciones en las que el Estado predecesor dejaba de existir, y tampoco sobre cuándo y en qué condiciones tenía un Estado sucesor derecho a solicitar esa forma de satisfacción. En relación con el párrafo 2, algunos miembros elogiaron que se incluyeran la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional. Por otra parte, se dijo que no había pruebas que sugirieran que la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional constituyeran una forma de satisfacción, y se cuestionó la relevancia de la investigación y el enjuiciamiento de esos crímenes como forma de satisfacción. Varios miembros consideraron que sería útil contar con ejemplos de práctica estatal que indicaran que el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional se consideraba efectivamente una forma de satisfacción por los Estados sucesores, así como con un análisis de si existía la obligación de reclamar o proporcionar satisfacción mediante el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional. Se sugirió que la palabra “podrá” no abarcaba la obligación del Estado sucesor de proporcionar satisfacción a través del enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional. Además, se mencionó el enjuiciamiento de violaciones graves de obligaciones *erga omnes* como forma específica de satisfacción proporcionada en relación con la comunidad internacional en su conjunto. Se consideró que el proyecto de artículo 18 no era claro en cuanto a quién tenía derecho a invocar la responsabilidad en el sentido del artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente

ilícitos en casos relacionados con obligaciones *erga omnes*. Varios miembros opinaron que, ante violaciones de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y de obligaciones *erga omnes*, todas las formas de reparación serían pertinentes, y no solo la satisfacción. Se observó que había que distinguir entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual. Se hicieron varias propuestas de redacción para modificar el proyecto de artículo 18 con la intención de introducir esa distinción.

148. Aunque se apoyó el texto del proyecto de artículo 19, relativo a las seguridades y garantías de no repetición, algunos miembros sugirieron que se revisara y se hicieran modificaciones para que resultara más claro y preciso. Se pidió que se aclarara por qué el proyecto de artículo 19 no incluía la obligación de cesación. En particular, se señaló que si no se incluía un proyecto de artículo sobre la cesación, en el comentario se debería explicar qué constituía un daño continuado. Algunos miembros consideraban que la cesación y las garantías y seguridades de no repetición desempeñaban el mismo papel en las situaciones en las que la restitución no era posible y en las que el perjuicio no era solo material. Se cuestionó el uso de la palabra "adecuadas" en el proyecto de artículo porque no ofrecía suficiente orientación a los Estados. Se apoyó el párrafo 1, pero se expresó preocupación por el párrafo 2, ya que parecía sugerir que las garantías y seguridades de no repetición serían uno de los recursos disponibles solo si el Estado sucesor era autor de un hecho ilícito después de la fecha de la sucesión. Algunos miembros reiteraron los comentarios formulados en relación con el párrafo 2 de los proyectos de artículo 16, 17 y 18. Se planteó la pregunta de si el párrafo 2 era de aplicación en situaciones en las que el Estado predecesor hubiera dejado de existir. Se señaló que cualquier pretendida norma de sucesión en las obligaciones internacionales derivadas de la responsabilidad de un Estado predecesor estaría en contradicción con el proyecto de artículo 7, párrafo 1, relativo a los hechos que tenían carácter continuado. Se propuso que en el comentario se explicara qué "circunstancias" se contemplaban en el párrafo 2 y que se facilitara una lista de ejemplos de "seguridades adecuadas", así como un cuadro con un resumen de las diferentes situaciones de sucesión. Se mencionó la necesidad de seguir analizando la práctica de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en relación con los elementos que formaban parte de las seguridades y garantías de no repetición. Se hicieron varias propuestas de redacción respecto del proyecto de artículo 19.

d) Forma final

149. Varios miembros plantearon la cuestión de si un proyecto de artículos era la forma más apropiada para el resultado final de la labor sobre el tema, teniendo en cuenta las observaciones de algunos Estados que, como alternativa, manifestaron preferencia por un proyecto de directrices, de principios, de conclusiones, de cláusulas modelo, o bien por un informe analítico. Algunos miembros sugirieron que la Comisión reconsiderara el formato del trabajo sobre el tema en su 73er período de sesiones, mientras que otros no lo consideraron necesario. También se sugirió que se adoptara la decisión final sobre el resultado del tema una vez que la Comisión hubiera concluido la mayor parte de su labor sustantiva.

e) Programa de trabajo futuro

150. Varios miembros estuvieron de acuerdo con el futuro programa de trabajo propuesto por el Relator Especial, mientras que otros advirtieron de que la Comisión no debía precipitarse en su examen del tema. Algunos miembros expresaron dudas sobre si la primera lectura podría concluirse en el 73er período de sesiones.

3. Observaciones finales del Relator Especial

151. En su resumen del debate, el Relator Especial expresó su satisfacción por el examen de fondo del cuarto informe. El debate en sesión plenaria había sido rico e interesante y, en su opinión, ponía de manifiesto la complejidad del tema. También observó que algunos comentarios formulados eran incompatibles entre sí, pero que estaba dispuesto a colaborar con los miembros para salvar diferencias y seguir un enfoque flexible.

152. En cuanto a la necesidad de asegurarse de que se tuviera en cuenta la diversidad geográfica de la práctica estatal, el Relator Especial afirmó su disposición en ese sentido e indicó que agradecería los ejemplos que pudieran facilitar los miembros.

153. Con respecto a los acuerdos de indemnización global, el Relator Especial aclaró que en el cuarto informe se había adoptado un enfoque prudente y matizado. Si bien el Relator Especial no podía confirmar que formaban parte del derecho internacional consuetudinario, seguía considerando que los acuerdos de indemnización global eran importantes para el tema porque reflejaban la práctica estatal. Además, los Estados eran libres de celebrar acuerdos que no ofrecieran una reparación íntegra, sobre todo en vista de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*[404], y de la jurisprudencia nacional de los tribunales checoslovacos y checos en relación con los efectos de determinados acuerdos de indemnización global celebrados después de la Segunda Guerra Mundial.

154. En relación con el principio del enriquecimiento injusto, el Relator Especial volvió a afirmar que era relevante por tratarse de uno de los elementos o circunstancias especiales en que se apoyaba la transmisión excepcional de obligaciones derivadas de la responsabilidad del Estado a uno o más Estados sucesores. No obstante, aclaró que se había abstenido de mencionar expresamente el principio en los proyectos de artículo propuestos porque, por diversas razones, no lo aceptaba como único fundamento de la responsabilidad de los Estados sucesores. El principio se consideraba ambiguo e impreciso, y a menudo se vinculaba al concepto de "derechos adquiridos", que se consideraba desfasado y no conforme con el derecho internacional moderno. Indicó su voluntad de abordar el asunto en los comentarios.

155. El Relator Especial subrayó que en el texto de los proyectos de artículo propuestos no se daba por supuesta la sucesión automática. Estaba de acuerdo con la opinión expresada de que la práctica estatal no respaldaba la primacía de la norma de "tabla rasa" ni de la norma de sucesión automática. En el derecho de sucesión de Estados, que se desarrolló entre la década de 1960 y la de 1980, la norma de "tabla rasa" era la que se aplicaba con respecto a los nuevos Estados independientes. No obstante, no estaba de acuerdo en que la doctrina de la "tabla rasa" se elevara a norma general de aplicación a todas las categorías de sucesiones.

156. Si bien el Relator Especial comprendía las cuestiones planteadas en relación con la utilidad o la necesidad del proyecto de artículos, insistió en que los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no abarcaban todos los aspectos relevantes del tema. Por consiguiente, el proyecto de artículos podía considerarse como un complemento de las normas existentes. Con la labor sobre el tema se pretendía llenar las lagunas en la codificación de las normas relativas a la responsabilidad del Estado y de las normas relativas a la sucesión de Estados.

157. Con respecto a los comentarios sobre la estructura de los proyectos de artículo propuestos, su aplicabilidad cuando el Estado predecesor seguía existiendo o dejaba de existir, y las diferentes categorías de sucesión, el Relator Especial explicó que los proyectos de artículo propuestos en el cuarto informe debían leerse conjuntamente con los propuestos en informes anteriores. El cuarto informe se centraba en el contenido y las formas de las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, estaba de acuerdo en que los proyectos de artículo propuestos podían mejorarse para evitar repeticiones innecesarias. El Relator Especial también coincidía con los miembros en que resultaba más apropiado referirse al contenido de los proyectos de artículo como consecuencias jurídicas en general y a las formas de reparación en particular. En relación con las consecuencias de las violaciones de las obligaciones *erga omnes*, el Relator Especial afirmó que no se limitaban a la satisfacción y propuso que se examinara la cuestión en los comentarios o en otro proyecto de artículo. A este respecto, el Relator Especial propuso nuevos proyectos de artículo y revisiones de los ya propuestos para aclarar y resolver las diferentes cuestiones planteadas. Asimismo, propuso una reorganización general de los proyectos de artículo relativos a la reparación, de acuerdo con las sugerencias de los miembros. En relación con las observaciones formuladas en el sentido de que debería hacerse un análisis de la sucesión de

[404] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99.

Estados en materia de responsabilidad en relación con los particulares, el Relator Especial consideró que la cuestión se trataría mejor en el marco de otros temas que la Comisión pudiera incluir en su programa de trabajo, pero aceptó redactar una cláusula sin perjuicio.

158. El Relator Especial agradeció en general las sugerencias y propuestas relativas al proyecto de artículo 7 *bis*. Indicó que propondría cambios en el orden y la numeración de los proyectos de artículo teniendo en cuenta los comentarios de los miembros.

159. En cuanto a los proyectos de artículo 16 y 17, el Relator Especial afirmó que estaba abierto a considerar las sugerencias hechas por los miembros con respecto a la redacción. Señaló que la finalidad del proyecto de artículo 16 era confirmar que las obligaciones basadas en las normas generales de la responsabilidad del Estado eran de aplicación incluso en situaciones de sucesión de Estados. En su opinión, el párrafo 3 de los proyectos de artículo 16 y 17 no era superfluo, ya que abordaba el caso especial de los acuerdos de reparto entre el Estado sucesor y el Estado predecesor. Por ejemplo, un Estado lesionado podía optar por dirigir su reclamación al Estado predecesor, que ya no estaría en condiciones de restituir un objeto porque este se encontraba en el territorio del Estado sucesor, que se beneficiaba del resultado del hecho ilícito. No obstante, si el Estado predecesor pagaba al Estado perjudicado una indemnización en lugar de llevar a cabo la restitución, el acuerdo de reparto entre el Estado sucesor y el predecesor podía celebrarse como compensación. Según el Relator Especial, los acuerdos de reparto, si bien permitían a los Estados lesionados presentar reclamaciones, tenían por objeto resolver reclamaciones entre el Estado predecesor y el Estado sucesor. En cuanto a los comentarios de los miembros sobre la expresión "podrá pedir" que figura en los proyectos de artículo 16 y 17, el Relator Especial subrayó que, en las disposiciones, se debía destacar el carácter excepcional y condicional de esas obligaciones, quizá con una indicación de desarrollo progresivo, cuando procediera. El Relator Especial acogió favorablemente la mayoría de las propuestas de redacción respecto de los proyectos de artículo.

160. El Relator Especial señaló que quizá se podía simplificar el proyecto de artículo 18, relativo a la satisfacción, e incluirlo en un proyecto de artículo con las demás formas de reparación, a la luz de su propuesta de reorganizar el proyecto de artículos. Con respecto a la posible inclusión en el párrafo 2 de una referencia a la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de derecho internacional, mencionó las alegaciones formuladas por las partes en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda)*[405] ante la Corte Internacional de Justicia, que indicaban que el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional podía considerarse una forma de satisfacción. Señaló que la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y de la Corte Penal Internacional podían interpretarse como una indicación de que la investigación y el enjuiciamiento de delitos que suponían una violación de obligaciones *erga omnes* redundaban en interés de la comunidad internacional en su conjunto.

161. En cuanto al proyecto de artículo 19, el Relator Especial dijo que estaba dispuesto a incluir en el comentario una lista de ejemplos de seguridades adecuadas, como habían sugerido algunos miembros. En relación con la ausencia de una propuesta de proyecto de artículo sobre la obligación de cesación, el Relator Especial reconoció que una nueva disposición sobre ese aspecto sería una adición valiosa y dijo que agradecería propuestas de redacción al respecto.

162. Por lo que se refiere al resultado de la labor sobre el tema, el Relator Especial se mostró de acuerdo con la opinión de que la Comisión podía decidir en una etapa posterior cuál era la opción más adecuada. Si bien indicó su disposición a debatir formas alternativas, el Relator Especial dijo que no deseaba cambiar el formato del trabajo de la Comisión sobre el tema. Asimismo, indicó que podían celebrarse consultas oficiosas sobre las distintas cuestiones.

[405] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 168.

163. En relación con el futuro programa de trabajo, el Relator Especial reconoció que, debido a la actual pandemia de COVID-19 y a la modificación de las modalidades de trabajo de la Comisión, esta podría no estar en condiciones de concluir su labor en primera lectura antes de que finalizara el quinquenio.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión

1. Texto de los proyectos de artículo

164. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión.

La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

Artículo 1
Alcance

1. El presente proyecto de artículos se aplicará a los efectos de una sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

2. El presente proyecto de artículos se aplicará de no existir una solución diferente acordada por los Estados de que se trate.

Artículo 2
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entenderá por "sucesión de Estados" la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio;

b) se entenderá por "Estado predecesor" el Estado que haya sido sustituido por otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

c) se entenderá por "Estado sucesor" el Estado que haya sustituido a otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

d) se entenderá por "fecha de la sucesión de Estados" la fecha en la que el Estado sucesor haya sustituido al Estado predecesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio al que se refiera la sucesión de Estados;

[...]

Artículo 5
Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos

El presente proyecto de artículos se aplicará únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

[...]

Artículo 7
Hechos que tengan carácter continuado

Cuando un hecho internacionalmente ilícito de un Estado sucesor sea de carácter continuado en relación con un hecho internacionalmente ilícito de un Estado predecesor, la responsabilidad internacional del Estado sucesor se extenderá únicamente a las consecuencias de su propio hecho después de la fecha de la sucesión

de Estados. Si el Estado sucesor reconoce y adopta el hecho del Estado predecesor como propio, y en la medida en que lo haga, la responsabilidad internacional del Estado sucesor también se extenderá a las consecuencias de dicho hecho.

Artículo 8
Atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado predecesor o en un territorio bajo la administración de este será considerado un hecho del nuevo Estado con arreglo al derecho internacional.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado predecesor de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Artículo 9
Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo

1. Cuando haya tenido lugar un hecho internacionalmente ilícito por parte de un Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión de Estados, y el Estado predecesor siga existiendo, el Estado lesionado seguirá teniendo derecho a invocar la responsabilidad del Estado predecesor incluso después de la fecha de la sucesión:

a) cuando parte del territorio del Estado predecesor, o cualquier territorio de cuyas relaciones internacionales sea responsable el Estado predecesor, pase a ser parte del territorio de otro Estado;

b) cuando una parte o partes del territorio del Estado predecesor se separen para formar uno o varios Estados, o

c) cuando un Estado sucesor sea un Estado de reciente independencia cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, fuera un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales fuera responsable el Estado predecesor;

2. En circunstancias particulares, el Estado lesionado y el Estado sucesor se esforzarán por llegar a un acuerdo para afrontar el perjuicio.

3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier acuerdo de distribución o de otra índole entre el Estado predecesor y el Estado sucesor a la hora de aplicar los párrafos 1 y 2.

2. Texto de los proyectos de artículo, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones

165. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones.

Artículo 7
Hechos que tengan carácter continuado

Cuando un hecho internacionalmente ilícito de un Estado sucesor sea de carácter continuado en relación con un hecho internacionalmente ilícito de un Estado predecesor, la responsabilidad internacional del Estado sucesor se extenderá únicamente a las consecuencias de su propio hecho después de la fecha de la sucesión de Estados. Si el Estado sucesor reconoce y adopta el hecho del Estado predecesor como propio, y en la medida en que lo haga, la responsabilidad internacional del Estado sucesor también se extenderá a las consecuencias de dicho hecho.

Comentario

1) El propósito del proyecto de artículo 7 es abordar la cuestión de la sucesión de la responsabilidad del Estado respecto de los hechos de carácter continuado que inicie el Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión y continúe posteriormente el Estado sucesor. En esas circunstancias, se consideraba esencial identificar y definir el alcance de la responsabilidad del Estado respecto de los Estados predecesor y sucesor.

2) El proyecto de artículo 7, que debe entenderse en el contexto de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[406], se ocupa de los hechos de carácter continuado[407].

3) En la primera oración del proyecto de artículo 7 se establece la norma básica de que, cuando un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuado siga produciéndose después de que tenga lugar la sucesión de Estados, la responsabilidad internacional del Estado sucesor se extenderá únicamente a las consecuencias de su propio hecho después de la fecha de la sucesión de Estados[408]. Esto quiere decir que solo se exige responsabilidad al Estado sucesor cuando se pueda atribuir un hecho internacionalmente ilícito a ese Estado, y no al predecesor. Esta conclusión es conforme con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cuyo artículo 14, párrafo 2, concluyó que "[l]a violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional".

4) Mientras que en la primera oración del proyecto de artículo 7 se establece la norma en caso de sucesión, en la segunda se abordan las circunstancias excepcionales. En ella se dispone que la responsabilidad internacional del Estado sucesor también se extenderá a los hechos del Estado predecesor si el Estado sucesor reconoce y adopta el hecho del Estado predecesor como propio. Esta conclusión se deriva de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y se basa en ellos, concretamente en el artículo 11, que establece que "[e]l comportamiento que no sea atribuible al Estado […] se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio"[409]. Por ejemplo, en el caso *Lighthouses*, el tribunal arbitral consideró que Grecia había incurrido en responsabilidad por el incumplimiento de un acuerdo de concesión celebrado por Creta en una época en que esta era un territorio autónomo del Imperio Otomano, en parte porque Grecia había respaldado ese incumplimiento y finalmente lo había mantenido, incluso después de adquirir la soberanía territorial sobre la isla. Aunque la reclamación se basara inicialmente en el incumplimiento de un acuerdo de concesión, si el Estado sucesor, frente a un incumplimiento continuado en su territorio, respalda y mantiene esa situación, cabe inferir que ha asumido la responsabilidad por esos hechos[410].

[406] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión, con sus comentarios, figura en el *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

[407] Artículo 14, *ibid*., pág. 62; véase también el párr. 5) del comentario al artículo 14 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *ibid*., pág. 63.

[408] *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)* (1925), Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, págs. 615 a 742, en especial págs. 648 y 649 (disponible en francés únicamente).

[409] Véase el párr. 1) del comentario al artículo 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 77, pág. 54.

[410] *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII (1956), pág. 155 y ss., en especial págs. 197 y 198; véase también el párr. 3) del comentario al artículo 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 77, pág. 55.

Artículo 8
Atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado predecesor o en un territorio bajo la administración de este será considerado un hecho del nuevo Estado con arreglo al derecho internacional.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado predecesor de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Comentario

1) El propósito de este proyecto de artículo es abordar la situación específica del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole.

2) En el párrafo 1 se reafirma la norma de atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado, que figura en el artículo 10, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[411]. El texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 es muy similar al texto del artículo 10, párrafo 2, de esos artículos, con la salvedad de que se habla de Estado "predecesor", no de Estado "preexistente".

3) El párrafo 2 es una cláusula sin perjuicio, en que se tiene en cuenta la circunstancia de que el Estado se encuentre en situación de tomar medidas de vigilancia, prevención o castigo con respecto al comportamiento del movimiento, pero que no las haya tomado. Ese párrafo se inspira en el artículo 10, párrafo 3, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, pero hace referencia a un "Estado predecesor" para situar la disposición en el contexto de la sucesión de Estados. La mención de "las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" debe entenderse como una referencia a las normas de derecho internacional relativas a la atribución, que se recogen de manera general en los artículos 4 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[412].

Artículo 9
Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo

1. Cuando haya tenido lugar un hecho internacionalmente ilícito por parte de un Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión de Estados, y el Estado predecesor siga existiendo, el Estado lesionado seguirá teniendo derecho a invocar la responsabilidad del Estado predecesor incluso después de la fecha de la sucesión:

a) cuando parte del territorio del Estado predecesor, o cualquier territorio de cuyas relaciones internacionales sea responsable el Estado predecesor, pase a ser parte del territorio de otro Estado;

b) cuando una parte o partes del territorio del Estado predecesor se separen para formar uno o varios Estados, o

c) cuando un Estado sucesor sea un Estado de reciente independencia cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, fuera un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales fuera responsable el Estado predecesor;

[411] *Ibid*., pág. 52; A/CN.4/719 (segundo informe del Relator Especial), párrs. 107 a 121.

[412] Véase el párr. 1) del comentario al capítulo II de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 77, pág. 39.

2. En circunstancias particulares, el Estado lesionado y el Estado sucesor se esforzarán por llegar a un acuerdo para afrontar el perjuicio.

3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier acuerdo de distribución o de otra índole entre el Estado predecesor y el Estado sucesor a la hora de aplicar los párrafos 1 y 2.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 aborda la conservación de obligaciones por el Estado predecesor derivadas de un hecho internacionalmente ilícito que haya tenido lugar en él, cuando el Estado predecesor siga existiendo después de la fecha de la sucesión de Estados, así como la posibilidad de que el Estado sucesor y el Estado lesionado lleguen a un acuerdo. Esa sucesión puede producirse en los casos de separación de una parte o partes de un Estado, establecimiento de un Estado de reciente independencia o transferencia de parte del territorio de un Estado.

2) En el párrafo 1 se establece la norma de que, cuando se haya producido un hecho internacionalmente ilícito de un Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión de Estados y el Estado predecesor siga existiendo en los tres casos específicos mencionados, el Estado lesionado seguirá teniendo derecho a invocar la responsabilidad del Estado predecesor incluso después de la fecha de la sucesión. Así pues, el derecho del Estado lesionado a invocar la responsabilidad del Estado predecesor no se ve afectado tras la fecha de la sucesión de Estados[413]. Esta indicación se refleja en la elección del verbo "siga" y de la frase "incluso después de la fecha de la sucesión".

3) El texto se basa en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos utilizando la fórmula "invocar la responsabilidad". Esta fórmula abarca todas las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Además, el Estado predecesor puede seguir amparándose en circunstancias que excluyan la ilicitud de hechos internacionalmente ilícitos[414].

4) El párrafo 2 aborda situaciones excepcionales en las que existe un vínculo directo entre el hecho o sus consecuencias y el territorio del Estado sucesor o los Estados sucesores. En tales circunstancias, puede que el Estado predecesor no esté en condiciones de afrontar el perjuicio por sí solo y que sea necesaria la cooperación con el Estado sucesor. El párrafo 2 no conlleva una transferencia automática de obligaciones al Estado sucesor. Simplemente se especifica que los Estados pueden llegar a un acuerdo en función de la situación de hecho y de la forma de reparación que sea más adecuada[415].

5) La expresión "en circunstancias particulares" abarca diversas situaciones en las que puede incumbir al Estado sucesor afrontar el perjuicio. Por ejemplo, puede incumbirle cuando la restitución del bien proceda para afrontar la responsabilidad o cuando exista un vínculo entre el territorio o un órgano del Estado sucesor y el hecho internacionalmente ilícito[416]. También puede incumbirle afrontar el perjuicio ante una circunstancia en la que Estado sucesor se enriqueciera injustamente como resultado de un hecho internacionalmente ilícito anterior a la fecha de la sucesión. Ello puede incluir, por ejemplo, los casos en que una fábrica

[413] Véanse W. Czapliński, "La continuité, l'identité et la succession d'États - évaluation de cas récents", *Revue belge de droit international*, vol. 26 (1993), págs. 375 a 392, en especial pág. 388; M. Koskenniemi, Report of the Director of the English-speaking Section of the Centre, *State Succession: Codification Tested against the Facts*, págs. 71, 119 y ss.; P. Pazartzis, *La succession d'États aux traités multilatéraux : à la lumière des mutations territoriales récentes*, París, Pedone, 2002, págs. 55 y 56.

[414] Véanse los artículos 20 a 27 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado y sus comentarios, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 77, págs. 76 a 92. Véase también Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 76, período de sesiones de Tallin (2015), "State succession in matters of international responsibility", 14ª Comisión, Relator: Marcelo Kohen, resolución, pág. 711 y ss., en especial pág. 714.

[415] A/CN.4/719 (segundo informe del Relator Especial), párrs. 98 a 103.

[416] P. Dumberry, "Is a new State responsible for obligations arising from internationally wrongful acts before its independence in the context of secession?", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 43 (2005), págs. 419 a 454, en especial págs. 429 y 430.

perteneciente a inversores extranjeros hubiera sido expropiada o un objeto de arte perteneciente a otro Estado se retuviera en el territorio del Estado sucesor.

6) El párrafo 3 trata del concepto de responsabilidad compartida y del reparto de la responsabilidad entre el Estado predecesor y el Estado sucesor en virtud de un acuerdo. Se ha redactado sin perjuicio del contenido de los párrafos 1 y 2, y reafirma la norma recogida en el proyecto de artículo 1, párrafo 2, según la cual "[e]l presente proyecto de artículos se aplicará de no existir una solución diferente acordada por los Estados de que se trate". El párrafo 3 no se limita a cuestiones relativas al reparto financiero en caso de indemnización, ya que se reconoce que la forma de reparación necesaria puede ser distinta ante diferentes circunstancias de hecho, y se deja abierta la posibilidad de que el Estado predecesor y el Estado sucesor discutan en el acuerdo la forma de reparación.

Capítulo VIII
Principios generales del derecho

A. Introducción

166. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Principios generales del derecho" y nombró Relator Especial al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez. La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 73/265, de 22 de diciembre de 2018, tomó nota ulteriormente de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

167. En su 71er período de sesiones (2019), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/732), en el que este exponía su enfoque respecto del alcance y el resultado del tema, así como las principales cuestiones que debían abordarse en el curso de la labor de la Comisión. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 3 que figuraban en el primer informe del Relator Especial. A continuación, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre el proyecto de conclusión 1, aprobado provisionalmente por el Comité únicamente en su versión en inglés, que fue presentado a la Comisión a título informativo[417].

168. También en su 71er período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando en el que se examinaran jurisprudencia de tribunales arbitrales interestatales y de cortes y tribunales penales internacionales de carácter universal, así como tratados, que fueran especialmente relevantes para su labor futura sobre el tema.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

169. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/741 y Corr.1). En su segundo informe, el Relator Especial se ocupó de la identificación de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y propuso seis proyectos de conclusión. Asimismo, hizo sugerencias en relación con el programa de trabajo futuro sobre el tema. La Comisión también tuvo ante sí el memorando que había solicitado a la Secretaría sobre jurisprudencia de tribunales arbitrales interestatales y de cortes y tribunales penales internacionales de carácter universal, así como tratados, que fueran especialmente relevantes para su labor futura sobre el tema (A/CN.4/742).

170. La Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial en sus sesiones 3536ª, 3538ª, 3539ª y 3541ª a 3546ª, celebradas del 12 al 21 de julio de 2021.

171. En su 3546ª sesión, que tuvo lugar el 21 de julio de 2021, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 4 a 9 que figuraban en el segundo informe del Relator Especial, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el debate en sesión plenaria[418].

---

[417] El informe provisional del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml.

[418] Los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su segundo informe dicen lo siguiente:

Proyecto de conclusión 4
Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, es necesario constatar:

a) la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo; y

b) su transposición al sistema jurídico internacional.

172. En su 3557ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2021, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.955 y Add.1) sobre los proyectos de conclusión 1 (en español y francés), 2, 4 y 5 aprobados provisionalmente por la Comisión en el actual período de sesiones[419]. En la misma sesión, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1, 2 y 4 (véase la sección C.1 *infra*), y tomó nota del proyecto de conclusión 5. En sus sesiones 3561ª y 3563ª, celebradas los días 5 y 6 de agosto de 2021, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de conclusión 1, 2 y 4 aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

1. Presentación del segundo informe por el Relator Especial

173. El Relator Especial recordó la complejidad del tema y afirmó que los principios generales del derecho eran una de las tres principales fuentes del derecho internacional y que, por lo tanto, su análisis requería un tratamiento cuidadoso y en profundidad. Indicó que en su segundo informe se ocupaba de la metodología para la identificación de los principios

---

Proyecto de conclusión 5
Determinación de la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo

1. Para determinar la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo, se requiere un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales.

2. El análisis comparativo ha de ser amplio y representativo e incluir diferentes familias jurídicas y regiones del mundo.

3. El análisis comparativo incluye una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales.

Proyecto de conclusión 6
Constatación de la transposición al sistema jurídico internacional

Un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo se transpone al sistema jurídico internacional:

a) si es compatible con los principios fundamentales del derecho internacional; y

b) si se dan las condiciones para su aplicación adecuada en el sistema jurídico internacional.

Proyecto de conclusión 7
Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho formado en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse:

a) de que el principio está ampliamente reconocido en tratados y otros instrumentos internacionales;

b) de que el principio sirve de base a normas generales de derecho internacional convencional o consuetudinario; o

c) de que el principio es inherente a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional.

Proyecto de conclusión 8
Decisiones de cortes y tribunales

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho constituyen un medio auxiliar para la determinación de dichos principios.

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

Proyecto de conclusión 9
Doctrina

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones puede ser un medio auxiliar para la determinación de principios generales del derecho.

[419] La declaración del Presidente del Comité de Redacción a ese respecto puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml.

generales del derecho. Recordó los fructíferos debates de la Comisión de Derecho Internacional, así como de la Sexta Comisión de la Asamblea General, y destacó seis conclusiones principales al término de estos.

174. Primero, recordó que había habido consenso general acerca del alcance del tema y la forma del resultado final de la labor de la Comisión. A juicio del Relator Especial, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los Estados en la Sexta Comisión estaban ampliamente de acuerdo en que el tema debía referirse a la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como una de las fuentes del derecho internacional y al alcance y las funciones de dichos principios y su relación con otras fuentes del derecho internacional, así como al método para identificarlos. Señaló además que se había convenido en que el resultado de la labor de la Comisión adoptaría la forma de un proyecto de conclusiones con comentarios.

175. Segundo, el Relator Especial recordó que había habido acuerdo general en que el punto de partida de la labor de la Comisión debía ser el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, analizado a la luz de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia.

176. Tercero, recordó que había habido un amplio consenso en que el reconocimiento era la condición esencial para la existencia y la identificación de principios generales del derecho.

177. Cuarto, tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión se había convenido de manera general en que la expresión “naciones civilizadas” que figuraba en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte era anacrónica y debía evitarse.

178. Quinto, el Relator Especial recordó que se había apoyado de forma prácticamente unánime la categoría de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, así como la metodología básica para identificarlos.

179. Por último, en lo que respecta a la segunda categoría de principios generales del derecho propuesta en el primer informe, a saber, los formados en el sistema jurídico internacional, el Relator Especial señaló que, si bien los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los Estados en la Sexta Comisión apoyaban esa categoría, algunos miembros y delegaciones habían expresado sus dudas.

180. El Relator Especial indicó que su segundo informe se dividía en cinco partes: en la primera parte se abordaban ciertos aspectos generales relativos a la identificación de los principios generales del derecho; las partes segunda y tercera se ocupaban de la metodología para identificar principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales y formados en el sistema jurídico internacional, respectivamente; en la cuarta parte se trataban los medios auxiliares para la identificación de principios generales del derecho; y en la quinta parte se abordaba brevemente el futuro programa de trabajo de la Comisión sobre el tema. El Relator Especial propuso seis proyectos de conclusión en su segundo informe.

181. En su presentación de la primera parte, el Relator Especial se centró en tres observaciones, a saber, que: a) el enfoque de la Comisión debía limitarse a aclarar la metodología por la que se podía determinar la existencia de principios generales del derecho, y su contenido, en un momento determinado; b) que había acuerdo general entre los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los Estados en la Sexta Comisión en que el reconocimiento era la condición esencial para determinar la existencia de principios generales del derecho; y c) que, en lugar de “naciones civilizadas”, debía utilizarse la expresión “comunidad internacional” incluida en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[420], relativo a los principios generales del derecho.

182. La segunda parte trataba de la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. En el capítulo I se exponía brevemente el enfoque básico de la cuestión, a saber, que para identificar principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales se requería un análisis en dos etapas. En los capítulos II y III

[420] Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

se abordaban en detalle cada una de esas etapas. En el capítulo IV se abordaba la distinción entre la metodología para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales y la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

183. El Relator Especial señaló que en la práctica y en la doctrina se seguía un análisis en dos etapas para identificar principios generales del derecho: a) en primer lugar, debía determinarse la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo; b) en segundo lugar, debía constatarse la transposición de ese principio al sistema jurídico internacional.

184. Destacó varias conclusiones específicas en relación con la primera etapa: a) debía realizarse un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales que demostrase que un principio era común a ellos; b) era necesario abarcar el mayor número posible de sistemas jurídicos nacionales para asegurarse de que un principio había sido efectivamente reconocido de forma general por la comunidad internacional; c) no era necesario examinar todos los sistemas jurídicos nacionales del mundo; d) se propuso la utilización de la expresión "principales sistemas jurídicos del mundo", empleada en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el estatuto de la Comisión, para describir el alcance del análisis de las diferentes familias jurídicas y regiones del mundo; e) era relativamente fácil determinar los aspectos comunes, ya que para ello había que comparar las normas existentes en los sistemas jurídicos nacionales e identificar el principio jurídico que les era común; f) los materiales pertinentes para el análisis eran las fuentes jurídicas internas de los Estados, como la legislación y las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, teniendo en cuenta las características particulares de cada sistema jurídico nacional; y g) cabía aducir que, si se atribuía a una organización internacional la facultad de dictar normas que eran vinculantes para sus Estados miembros y directamente aplicables en los sistemas jurídicos de estos, esas normas podían tenerse en cuenta al realizar el análisis comparativo.

185. Por lo que se refiere a la segunda etapa, el Relator Especial señaló que la transposición al sistema jurídico internacional de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo no era automática. Destacó dos requisitos: a) el principio debía ser compatible con los principios fundamentales del derecho internacional; y b) debían darse las condiciones para la aplicación adecuada del principio en el sistema jurídico internacional. El Relator Especial también señaló que la transposición no requería la compatibilidad con ninguna norma de derecho internacional convencional o consuetudinario, dado que no existía ninguna jerarquía entre las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En ese sentido, añadió que todo conflicto que pudiera surgir entre normas derivadas de las tres fuentes debía resolverse recurriendo a principios como el de *lex specialis*.

186. La tercera parte del informe se refería a la identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. En el capítulo I se recordaban las principales cuestiones planteadas en el debate de 2019 en la Comisión de Derecho Internacional en su 71er período de sesiones y en la Sexta Comisión durante el septuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, y se exponía el enfoque general adoptado por el Relator Especial a ese respecto. En el capítulo II se abordaba la metodología para determinar la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. En el capítulo III se trataba la distinción entre la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario y la empleada para la identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

187. El Relator Especial recordó que, aunque los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los Estados en la Sexta Comisión habían apoyado la segunda categoría de principios generales del derecho y el análisis al respecto contenido en su primer informe, también se habían expresado algunas opiniones divergentes en ambos foros. Señaló que las principales preocupaciones eran la falta de práctica suficiente o concluyente para alcanzar conclusiones sobre esa categoría de principios generales del derecho; la dificultad de distinguir esos principios del derecho internacional consuetudinario; y el riesgo manifiesto de que los criterios para identificar principios generales de esa categoría no fueran lo suficientemente estrictos, lo que podía hacer que fuera demasiado fácil invocarlos.

188. En la cuarta parte se trataban los medios auxiliares para la identificación de principios generales del derecho. El Relator Especial afirmó que el enfoque que había adoptado respecto de esa parte se basaba en las conclusiones a las que había llegado la Comisión en su labor sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario[421]. El Relator Especial señaló que, en principio, no había ninguna diferencia en cuanto a la aplicación del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en relación con el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho. En su opinión, las "reglas de derecho" a las que se refería dicha disposición se aplicaban claramente a las tres fuentes del derecho internacional enumeradas en los apartados anteriores del párrafo 1 del Artículo 38.

189. En la quinta parte se expone brevemente el futuro programa de trabajo propuesto por el Relator Especial. Este indicó su intención de abordar las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional en su próximo informe. Además, afirmó que en su próximo informe también tendría la oportunidad de examinar las cuestiones que pudieran surgir en relación con su segundo informe durante el debate de la Comisión en su 72º período de sesiones.

190. Para concluir, el Relator Especial recordó su propuesta de que la Comisión facilitara al final de su labor una bibliografía ampliamente representativa de los principales estudios relativos a los principios generales del derecho y señaló que la propuesta había recibido el apoyo de los miembros en el 71er período de sesiones.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

191. En general, los miembros acogieron favorablemente el segundo informe del Relator Especial y agradecieron el memorando preparado por la Secretaría. Algunos miembros señalaron la importancia del tema y destacaron la necesidad de proceder con cuidado al examinar cuestiones relacionadas con las fuentes del derecho internacional.

192. Con respecto a la metodología del informe, varios miembros elogiaron el estudio que había hecho el Relator Especial de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina pertinentes. Se pidió prudencia al utilizar opiniones sobre los principios generales del derecho manifestadas por los Estados en el marco de litigios y se afirmó que, en cualquier caso, debían sopesarse debidamente los diferentes puntos de vista de las partes en una controversia.

193. Algunos miembros reiteraron que estaban de acuerdo con el Relator Especial en que el tema debía abarcar la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional; el alcance de los principios generales del derecho, que se refería a los orígenes y las categorías correspondientes de los principios generales del derecho; las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional; y la identificación de los principios generales del derecho. En cuanto al resultado, se volvió a apoyar la idea del proyecto de conclusiones acompañado de comentarios.

194. Varios miembros recordaron que el punto de partida de la labor de la Comisión era el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se afirmó que el título del tema debía contener una referencia clara y específica al Artículo 38, párrafo 1 c). Algunos miembros señalaron que los principios generales del derecho eran una fuente del derecho internacional autónoma y que, aunque no existía jerarquía entre las fuentes enumeradas en el Estatuto, los principios generales del derecho tenían una función auxiliar o complementaria. Hubo miembros que afirmaron que la función de los principios generales del derecho, prevista por los redactores del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia

[421] Resolución 73/203 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, anexo. El proyecto de conclusiones aprobado por la Comisión y sus comentarios se reproducen en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párrs. 65 y 66.

Internacional[422], era colmar lagunas en el derecho internacional y evitar situaciones de *non liquet*. Varios miembros se mostraron de acuerdo con el planteamiento general del Relator Especial según el cual los criterios para identificar principios generales del derecho debían ser suficientemente estrictos para evitar que se utilizasen como un atajo para identificar normas de derecho internacional y, al mismo tiempo, suficientemente flexibles para que la identificación no supusiera una tarea imposible.

195. Los miembros que intervinieron en el debate en sesión plenaria apoyaron de forma unánime la propuesta de abandonar la expresión "naciones civilizadas" contenida en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Si bien varios miembros apoyaron el uso de la expresión "comunidad internacional" (*"community of nations"* en la versión en inglés) propuesta por el Relator Especial y basada en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otros expresaron dudas al respecto. Algunos miembros apuntaron a la necesidad de reflexionar sobre el sentido de la palabra *"nations"* en el contexto del tema. Varios miembros destacaron que el término *"nations"* era apropiado porque ofrecía una fuente más diversa de sistemas y tradiciones jurídicos que la palabra "Estados". Se expresó preocupación por que el artículo 15, párrafo 2, del Pacto utilizara términos distintos en las diferentes versiones lingüísticas auténticas. En su lugar, se propuso utilizar "comunidad internacional", "comunidad internacional de Estados", "Estados" o "comunidad de naciones en su conjunto".

196. Por lo que respecta a la terminología que se utilizará en francés *("principes généraux 'de/du' droit")* y en español ("principios generales 'de/del' derecho"), se señaló la importancia de no apartarse de la formulación del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se destacó la necesidad de adaptar la terminología utilizada al uso corriente de la expresión en cada uno de los idiomas oficiales. Por otra parte, se indicó que, en última instancia, la terminología adecuada dependería del alcance que la Comisión diera al tema. También se afirmó que, con independencia de la terminología utilizada, esta no debía afectar al sentido de dicha disposición.

197. Varios miembros estuvieron de acuerdo en que el reconocimiento era el requisito esencial para la identificación de los principios generales del derecho. También hubo acuerdo general en que el tema abarcaba los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. No obstante, aunque varios miembros expresaron su apoyo a los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, otros expresaron dudas sobre su inclusión en el tema o su existencia como fuente del derecho internacional. Algunos miembros insistieron en que podía ser necesario aclarar el término "principio" y su relación con la "norma".

198. Varios miembros advirtieron contra el uso impreciso de la terminología. Se afirmó que, en la práctica y en la doctrina, a menudo se utilizaban indistintamente algunas expresiones diferentes como "derecho internacional general", "principios generales del derecho internacional" y "principios fundamentales del derecho internacional". Algunos miembros afirmaron que era necesario distinguir entre "principios", "derecho internacional general" y "principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c)". También se señaló la necesidad de diferenciar entre la noción de principios como fuente del derecho y principios como subcategoría de las normas consuetudinarias o convencionales de derecho internacional.

b) Proyectos de conclusión 4 a 6

199. En lo que respecta a los proyectos de conclusión 4 (identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales), 5 (determinación de la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo) y 6 (constatación de la transposición al sistema jurídico internacional), los miembros apoyaron en general el análisis en dos etapas propuesto por el Relator Especial. No obstante, se expresaron dudas sobre si las dos etapas podrían cumplirse en una única operación combinada, como había sugerido el Relator Especial.

[422] Ginebra, 16 de diciembre de 1920, Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 6, núm. 170, pág. 379.

200. En relación con la primera etapa, es decir, la determinación de la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo, se observó que, en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5, no era necesario mencionar los métodos y técnicas de derecho comparado en el análisis de los sistemas jurídicos nacionales, sino que había que centrarse en las nociones básicas que esos sistemas pudieran tener en común. También se indicó que era mejor calificar el proceso de "examen comparativo".

201. En cuanto al párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, varios miembros coincidieron con el Relator Especial en que el análisis comparativo debía ser amplio y representativo, lo que requería que abarcara el mayor número posible de sistemas jurídicos nacionales. Para ello era necesario, entre otras cosas, asegurar la representación de los diversos sistemas jurídicos del mundo, incluidos, en su caso, los de los pueblos indígenas o autóctonos o los primeros pueblos. Algunos miembros consideraron que dicho requisito era demasiado estricto, y se afirmó que, en la práctica, ese análisis comparativo no siempre era amplio y representativo. Se afirmó que el requisito de amplitud y representatividad suponía necesariamente que la evaluación no tenía por qué ser muy concienzuda. También se dijo que en el proyecto de conclusiones no se abordaba la cuestión de la accesibilidad a los materiales jurídicos nacionales.

202. Se hicieron propuestas de redacción del párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 a fin de establecer un requisito análogo al utilizado en las conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, a saber, que el análisis comparativo fuera suficientemente amplio y representativo. También se indicó que tal vez la Comisión podría incluir en el proyecto de conclusión 5 la noción de que el principio en cuestión debía ser reconocido por un número significativo de sistemas jurídicos nacionales. Se hicieron otras propuestas de redacción para indicar que el análisis debía ser flexible y realizarse caso por caso.

203. Algunos miembros expresaron dudas sobre la utilización del concepto de "familias jurídicas" para describir el alcance del análisis comparativo. Se propuso que la representación geográfica y el idioma fueran también criterios para el reconocimiento. Se señaló que los sistemas jurídicos nacionales de una misma familia jurídica podían o no compartir un principio. Aunque varios miembros apoyaron el uso de la expresión "principales sistemas jurídicos del mundo" propuesta por el Relator Especial, se afirmó que, con esa formulación, se podía dar a entender que era posible considerar que el factor determinante era el reconocimiento de un principio por las familias jurídicas en sí mismas, y no el reconocimiento por las legislaciones nacionales pertenecientes a esas familias. Se afirmó que la palabra "principales" no era necesaria.

204. En relación con la propuesta de que el análisis comparativo incluyera una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, recogida en el párrafo 3 del proyecto de conclusión 5, algunos miembros consideraron que ese requisito era demasiado estricto, mientras que otros indicaron que el proyecto de conclusión no reflejaba la amplia gama de materiales pertinentes para la identificación de principios del derecho en los sistemas jurídicos nacionales a que se refiere el informe del Relator Especial. Algunos miembros propusieron que el proyecto de conclusión incluyera también una referencia a la práctica constitucional, administrativa o ejecutiva.

205. Aunque varios miembros apoyaron la inclusión de la práctica de las organizaciones internacionales en el análisis en los casos en los que se atribuía a dichas organizaciones la facultad de dictar normas que eran vinculantes para sus Estados miembros y directamente aplicables en los sistemas jurídicos de estos, algunos miembros manifestaron sus reservas al respecto. Se afirmó que dicha inclusión tendría que justificarse, ya que en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no se mencionaba a las organizaciones internacionales.

206. Por lo que respecta a la segunda etapa del análisis que figura en el proyecto de conclusión 6, a saber, la constatación de la transposición al sistema jurídico internacional, algunos miembros coincidieron con el Relator Especial en que se trataba de una etapa necesaria y expresaron su apoyo con respecto a los dos elementos que se enumeraban como necesarios para la transposición. No obstante, también se afirmó que esos elementos parecían demasiado complicados y que la Comisión debía limitarse a enunciar el requisito de la

transposición. Además, se dijo que ninguno de los casos mencionados por el Relator Especial en su informe respaldaba la premisa de que los dos elementos eran acumulativos. Algunos miembros opinaban que la transposición no era un requisito para el reconocimiento, sino la concreción de un principio como derecho aplicable a una controversia. También se señaló que la transposición no figuraba en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por lo que no formaba necesariamente parte del requisito del reconocimiento como indicaba el Relator Especial. Se sugirió la posibilidad de utilizar el término "transponibilidad" como alternativa a "transposición".

207. Con respecto al primer elemento que requiere la transposición de conformidad con el proyecto de conclusión 6 a), a saber, la compatibilidad con los principios fundamentales del derecho internacional, algunos miembros apoyaron el uso de esa expresión, mientras que otros pidieron que se aclarara el sentido y el contenido de la expresión "principios fundamentales del derecho internacional". Algunos miembros señalaron que la compatibilidad también debía considerarse a la luz de normas más específicas y precisas del derecho internacional. Se hicieron propuestas de redacción para exigir que los principios fueran compatibles con los "principios y valores fundamentales del derecho internacional", con las "exigencias del ordenamiento jurídico internacional" y con los "elementos básicos del ordenamiento jurídico internacional".

208. En cuanto al segundo elemento de la transposición, reflejado en el proyecto de conclusión 6 b), a saber, que se den las condiciones para la aplicación adecuada del principio en el sistema jurídico internacional, algunos miembros se mostraron de acuerdo con la lógica subyacente, mientras que otros opinaron que la dificultad de la aplicación no impediría la transposición.

209. Se propuso que se estudiara más a fondo la naturaleza exacta de los sujetos a los que se aplicaría un determinado principio como elemento a tener en cuenta en el proceso de transposición. También se afirmó que el requisito de la transposición previsto en el proyecto de conclusiones no tenía en cuenta la voluntad de los Estados de aplicar un determinado principio general del derecho a sus relaciones jurídicas.

c) Proyecto de conclusión 7

210. Con respecto al proyecto de conclusión 7, algunos miembros apoyaron las opiniones del Relator Especial sobre la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, y estuvieron de acuerdo en que ello tenía su fundamento jurídico en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se afirmó que se podía responder a la necesidad de evitar un *non liquet* no solo con principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, sino también con principios generales del derecho que tuvieran su origen en el propio sistema jurídico internacional. También se dijo que cabía considerar que la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional indicaba la creciente madurez y complejidad del derecho internacional, que de ese modo pasaba a depender menos de fuentes procedentes del derecho interno para colmar lagunas. Algunos miembros señalaron que el texto del Artículo 38, párrafo 1 c), y los trabajos preparatorios correspondientes, así como la jurisprudencia, mostraban que la disposición no limitaba los principios generales del derecho a los derivados de sistemas jurídicos nacionales y corroboraba la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Se indicó que la existencia de la categoría de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional se desprendía claramente de la necesidad de identificar determinadas características generales de dicho sistema, y que dichos principios podían proporcionar soluciones adecuadas a situaciones que no se planteaban en los sistemas jurídicos nacionales y que, de otro modo, quedarían sin resolver.

211. Otros miembros reiteraron sus dudas sobre la inclusión de esos principios en el ámbito del tema o sobre si el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia corroboraba su existencia. Se dijo que, según los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte, el Artículo 38, párrafo 1 c), se refería únicamente a los principios generales del derecho desarrollados *in foro domestico*, es decir, en el derecho interno, y que en ninguna de los casos citados como prueba para la creación de principios generales a nivel internacional se hacía referencia al Artículo 38, párrafo 1 c). Algunos miembros afirmaron que los principios generales incluidos

en esa categoría en el segundo informe del Relator Especial eran en realidad normas de derecho convencional o consuetudinario, y que los principios generales del derecho mencionados en el Artículo 38, párrafo 1 c), eran exclusivamente los derivados de sistemas jurídicos nacionales. Se señaló que, si un principio se incorporaba a una convención internacional o al derecho internacional consuetudinario, pasaba a ser una norma de derecho internacional en virtud de la fuente respectiva, y no un principio general del derecho. Se dijo que, habida cuenta de la función auxiliar de los principios generales del derecho, para aplicar los principios de la segunda categoría debían cumplirse dos condiciones: a) que en el derecho internacional se planteara una cuestión específica que fuera preciso regular; y b) que no se identificara ningún principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales. Se pidió que se aclarara la diferencia entre los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional y el derecho internacional consuetudinario.

212. En lo que respecta al método para identificar principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, se expresaron diversas preocupaciones sobre las tres formas de reconocimiento propuestas por el Relator Especial en cada uno de los tres apartados del proyecto de conclusión 7. En relación con la primera forma, a saber, cuando los principios estaban ampliamente reconocidos en tratados y otros instrumentos internacionales, varios miembros se preguntaron si un principio que se reconociera de esa forma era realmente una fuente de obligaciones independiente de las normas que supuestamente demostraban su reconocimiento. A ese respecto, se cuestionó que un principio identificado de esa forma pudiera obligar a Estados que aún no hubieran consentido en quedar obligados por las normas convencionales pertinentes. También se señaló que un principio general del derecho formado en el sistema jurídico internacional podía estar reflejado en tratados y otros instrumentos, y no ser reconocido en ellos. Varios miembros cuestionaron el planteamiento del Relator Especial consistente en considerar otros instrumentos, como las resoluciones de la Asamblea General, como posibles formas de reconocimiento. Otros miembros quisieron saber si un principio ampliamente reconocido en tratados y otros instrumentos internacionales debía tener características especiales o si cualquier principio podía convertirse en principio general del derecho de esa manera.

213. En cuanto a la segunda forma de reconocimiento, es decir, cuando los principios se identificaban al determinar que servían de base a normas generales del derecho internacional convencional o consuetudinario, se afirmó que la terminología utilizada no era lo suficientemente clara como para fundamentar la identificación de esos principios, y que el enfoque deductivo propuesto por el Relator Especial parecía ser demasiado subjetivo. También se dijo que esa forma de reconocimiento confundía el proceso de identificación de normas de derecho internacional consuetudinario con el de reconocimiento de principios generales del derecho. Se señaló que seguía sin estar clara la diferencia entre la identificación de principios que estaban reconocidos por tratados o servían de base a estos y el ejercicio consistente en dar sentido a las normas de los tratados en cuestión en el marco de su proceso de aplicación o interpretación. También se expresó preocupación por la forma en que se aplicaría la regla del objetor persistente en ese contexto.

214. Por lo que respecta a la tercera forma de reconocimiento, a saber, cuando los principios eran inherentes a las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional, se insistió en que sería difícil identificar el contenido de “las características básicas y los requisitos fundamentales del sistema jurídico internacional” a partir de los cuales se deduciría el principio. También se indicó que la terminología parecía confundir el proceso de identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* con el de reconocimiento de principios generales del derecho. Otros miembros apoyaron esa forma de reconocimiento, al considerar que había principios generales del derecho inherentes al sistema jurídico internacional.

215. Se afirmó que la segunda categoría de principios generales del derecho no debía interpretarse de forma demasiado amplia y debía distinguirse claramente de las normas de derecho internacional consuetudinario existentes a fin de evitar el riesgo de que se convirtiera en un atajo para identificar normas consuetudinarias en los casos en que aún no hubiera surgido una práctica general.

d) Proyectos de conclusión 8 y 9

216. En relación con el proyecto de conclusión 8 (decisiones de cortes y tribunales), varios miembros apoyaron la idea de que los medios auxiliares para la determinación de normas de derecho internacional, enunciados en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, eran de aplicación a los principios generales del derecho. No obstante, se preguntó si ello no supondría equiparar "principios" con "normas". Aunque varios miembros se mostraron partidarios de mantener la coherencia con la labor anterior de la Comisión y, por tanto, de utilizar un texto similar al de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, otros expresaron dudas sobre la formulación empleada en el proyecto de conclusión 8. Se señaló que, en el caso de los principios generales del derecho, las decisiones judiciales internas no eran medios auxiliares, sino medios directos para la determinación de los principios en cuestión.

217. En lo que respecta al proyecto de conclusión 9 (doctrina), se indicó que, a menudo, se había recurrido a la doctrina de los especialistas para demostrar el reconocimiento generalizado de un principio en sistemas jurídicos nacionales, y no la existencia de principios generales del derecho.

218. Por último, se sugirió que las resoluciones de las Naciones Unidas o de los órganos internacionales de expertos también podían ser un medio auxiliar para la determinación de principios generales del derecho.

e) Plan de trabajo futuro

219. En general, los miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial de abordar las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho en su tercer informe. No obstante, se dijo que a la Comisión le resultaría difícil abordar la cuestión si no examinaba los procesos mediante los cuales los principios generales del derecho surgían, cambiaban o dejaban de existir.

220. Se propusieron varias cuestiones que podían abordarse en la labor futura del Relator Especial sobre el tema, como la relación entre los principios generales del derecho; entre ellos y los principios fundamentales del derecho internacional consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; entre ellos y el derecho internacional no vinculante; y entre ellos y las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. También se propuso examinar la cuestión de los principios generales del derecho de carácter regional, y si el carácter universal de los principios generales sería incompatible con esos principios.

221. Algunos miembros señalaron que podría ser necesario incluir una sección en el proyecto de conclusiones con definiciones de los términos empleados. También se apoyó la inclusión de un proyecto de conclusión que definiera o describiera los elementos esenciales de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

3. Observaciones finales del Relator Especial

222. En su resumen del debate, el Relator Especial expresó su agradecimiento a los miembros de la Comisión y celebró el interés que había suscitado el tema.

223. El Relator Especial reiteró que los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General estaban de acuerdo en que el punto de partida de la labor de la Comisión sobre el tema debía ser el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a la luz de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina pertinente. En su opinión, ello limitaba el trabajo de la Comisión a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, tal como se indicaba en el Artículo mencionado.

224. En cuanto a la terminología utilizada en las versiones en español y en francés para referirse a los principios generales del derecho, el Relator Especial destacó que la Comisión había utilizado la fórmula española "principios generales del derecho" y la fórmula francesa *"principes généraux du droit"* apenas en 2018 en sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial también recordó que ciertos tratados, como el Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas

Civiles en Tiempo de Guerra[423], el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[424] y los estatutos de las cortes y tribunales penales internacionales, utilizaban las expresiones "principios generales del derecho" y *"principes généraux du droit"* en español y en francés respectivamente.

225. El Relator Especial observó que la mayoría de los miembros eran partidarios de sustituir la expresión "naciones civilizadas" contenida en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia por la expresión "comunidad internacional" que figuraba en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, también observó las preocupaciones expresadas por algunos miembros por la utilización de terminología distinta en las diferentes versiones lingüísticas auténticas del Pacto. En cuanto a las observaciones de los miembros que destacaban la importancia de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas o autóctonos o los primeros pueblos en el contexto de la metodología para la identificación de principios generales del derecho, el Relator Especial propuso que esas cuestiones se abordaran en los comentarios.

226. Por lo que se refiere a las observaciones de algunos miembros en el sentido de que, una vez que un principio general del derecho pasaba a formar parte del derecho internacional consuetudinario, ya no podía considerarse un principio general del derecho, el Relator Especial aclaró que la práctica confirmaba que un principio general del derecho podía coexistir con normas derivadas de otras fuentes del derecho internacional.

227. El Relator Especial también indicó que podía ser útil definir los principios generales del derecho para aclarar el alcance de la labor de la Comisión sobre el tema y propuso que la Comisión estudiara esa definición después de ocuparse de las funciones de los principios generales del derecho.

228. En lo que respecta a la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, que se aborda en el proyecto de conclusión 4, señaló que había consenso sobre el análisis en dos etapas: la determinación de que un principio era común a los principales sistemas jurídicos del mundo, por una parte; y la constatación de la transposición de ese principio al sistema jurídico internacional, por la otra.

229. El Relator Especial observó que varios miembros apoyaban el uso de la expresión "principales sistemas jurídicos del mundo" para describir el alcance del análisis comparativo que debía realizarse con objeto de identificar principios generales del derecho con arreglo al proyecto de conclusión 5. Se mostró de acuerdo con la propuesta formulada en sesión plenaria de incluir el término "suficientemente" en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, ya que ese término permitiría un grado de flexibilidad y, al mismo tiempo, reflejaría el hecho de que el análisis debía ser "suficientemente amplio y representativo".

230. En relación con las divergencias de opinión sobre el papel de las organizaciones internacionales en la determinación de la existencia de un principio general del derecho, el Relator Especial afirmó que la práctica pertinente siempre había favorecido el análisis de los sistemas jurídicos de los Estados para identificar un principio general del derecho. Señaló que las normas establecidas por una organización internacional podían ser medios complementarios, no alternativos.

231. En relación con la segunda etapa del análisis para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, es decir, la transposición al sistema jurídico internacional, el Relator Especial hizo referencia a la propuesta de redacción formulada durante el debate de sustituir "transposición" por "transponibilidad". Afirmó que no se trataba de una mera cuestión terminológica, sino de una cuestión de fondo. El Relator Especial explicó que la "transponibilidad" no sería un factor determinante en el proceso de identificación, sino que describiría los criterios para establecer si un principio general del derecho reconocido podía aplicarse en un caso concreto. El Relator Especial utilizó el término "transposición" en el informe para indicar que formaba parte del proceso de determinación del contenido de principios generales del derecho en el sistema jurídico

[423] Ginebra, 12 de agosto de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 973, pág. 287, art. 67.

[424] Roma, 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 21, párr. 1 c).

internacional. Había casos de principios consagrados en sistemas jurídicos nacionales que podían aplicarse en el sistema jurídico internacional porque se identificaban tras el análisis comparativo. En otros casos, algunos elementos del principio identificado a nivel nacional no se transponían al sistema jurídico internacional.

232. El Relator Especial recordó los dos requisitos establecidos en el proyecto de conclusión 6 para la transposición de principios generales del derecho. Con arreglo al primer requisito, los principios reconocidos *in foro domestico* debían ser compatibles con los principios fundamentales del derecho internacional, que, a su juicio, eran los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, desarrollados por la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[425]. En su opinión, la identificación de principios generales del derecho no debía depender de la autorización de ninguna norma convencional o consuetudinaria de derecho internacional, ya que, de lo contrario, se establecería una jerarquía entre las fuentes. Añadió que los principios sobre los conflictos de normas, como el de *lex specialis*, serían de aplicación. Al mismo tiempo, el Relator Especial reconoció los diferentes puntos de vista expresados a ese respecto, que podían seguir debatiéndose en el Comité de Redacción.

233. En relación con el segundo requisito para la transposición, a saber, que se dieran las condiciones para la aplicación adecuada del principio reconocido *in foro domestico* en el sistema jurídico internacional, el Relator Especial convino con los miembros en que el proyecto de conclusión 6 b) podía simplificarse para aclarar que tenía por objeto velar por que un principio pudiera aplicarse en el sistema jurídico internacional sin distorsiones ni abusos.

234. Por lo que respecta a las diferentes opiniones de los miembros sobre los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, el Relator Especial señaló que incumbía a la Comisión examinar en detalle la posible existencia de estos en el marco de su labor sobre el tema. A su juicio, dicho examen constituiría una importante contribución al derecho internacional. En cuanto a las diversas cuestiones planteadas por los miembros sobre los apartados del proyecto de conclusión 7, el Relator Especial indicó que podrían debatirse en el Comité de Redacción.

235. El Relator Especial señaló que era consciente de que la categoría de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional seguía siendo controvertida. Afirmó asimismo que había tomado nota de la propuesta de varios miembros de que se siguiera examinando la cuestión para lograr un consenso en la Comisión, e indicó su disposición a trabajar con los miembros a ese respecto.

236. Por lo que se refiere a los medios auxiliares para la determinación de principios generales del derecho, el Relator Especial observó que los miembros estaban en general de acuerdo con el enfoque propuesto en su segundo informe de que los medios auxiliares para la determinación de normas de derecho internacional, enunciados en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, eran de aplicación a los principios generales del derecho. Reiteró la necesidad de tratar con suma cautela la cuestión del reconocimiento de la función de las cortes y tribunales internacionales en la formación de principios generales del derecho más allá del ámbito del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto.

237. Con respecto al futuro programa de trabajo, el Relator Especial indicó su intención de abordar en su tercer informe la cuestión de las funciones de los principios generales del derecho y su relación con normas derivadas de otras fuentes del derecho internacional. No obstante, señaló que los resultados del análisis contenido en el siguiente informe podrían influir en la metodología empleada para identificar principios generales del derecho. También indicó que tendría en cuenta las opiniones de los miembros sobre su segundo informe y que abordaría las diversas cuestiones planteadas durante el debate.

[425] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los principios generales del derecho aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones

1. Texto de los proyectos de conclusión

238. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones.

Conclusión 1
Ámbito

El presente proyecto de conclusiones se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

Conclusión 2
Reconocimiento

Para que un principio general del derecho exista, debe ser reconocido por la comunidad internacional.

[...]

Conclusión 4
Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, es necesario constatar:

a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y

b) su transposición al sistema jurídico internacional.

2. Texto de los proyectos de conclusión, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones

239. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de conclusión, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones.

Conclusión 1
Ámbito

El presente proyecto de conclusiones se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 1 es de carácter introductorio. Establece que el proyecto de conclusiones se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. La expresión "principios generales del derecho" utilizada en todo el proyecto de conclusiones designa "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas" a los que se hace referencia en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, analizados a la luz de la práctica de los Estados, la jurisprudencia de las cortes y tribunales y la doctrina[426].

[426] Teniendo en cuenta la práctica de los Estados y la jurisprudencia recientes, el texto de las versiones en francés y en español del proyecto de conclusión 1 hace referencia, respectivamente, a *"principes généraux du droit"* y "principios generales del derecho". Queda entendido que el empleo de "*du droit*" y "del derecho" no altera el contenido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ni entraña alteración alguna de dicho contenido.

2) En el proyecto de conclusión 1 se reafirma que los principios generales del derecho constituyen una de las fuentes del derecho internacional. La naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como tales queda confirmada por su inclusión en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, junto con los tratados y el derecho internacional consuetudinario, como parte del "derecho internacional" que la Corte aplicará para decidir las controversias que le sean sometidas. La cláusula que precedió a esta disposición, el Artículo 38, párrafo 3, del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se redactó en 1920 tras largos debates en la Sociedad de las Naciones, y en particular en el Advisory Committee of Jurists establecido por el Consejo de la Sociedad, que trató de codificar la práctica existente antes de la aprobación del Estatuto. Desde entonces, se ha hecho referencia a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional en la práctica de los Estados, incluidos los tratados bilaterales y multilaterales, y en las decisiones de diferentes cortes y tribunales[427].

3) La expresión "fuente del derecho internacional" se refiere al proceso jurídico por el que surge un principio general del derecho y a la forma en que lo hace. El proyecto de conclusiones tiene por objeto aclarar el ámbito de los principios generales del derecho, el método para identificarlos y sus funciones y relaciones con otras fuentes del derecho internacional.

Conclusión 2
Reconocimiento

Para que un principio general del derecho exista, debe ser reconocido por la comunidad internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 reafirma un elemento básico del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, que, para que un principio general del derecho exista, debe ser "reconocido" por la comunidad internacional.

2) En la práctica de los Estados, la jurisprudencia de las cortes y tribunales y la doctrina es habitual que el reconocimiento sea una condición esencial para que un principio general del derecho surja. Esto significa que, para determinar la existencia de un principio general del derecho en un momento dado, es necesario examinar todas las pruebas disponibles que demuestren que ese reconocimiento ha tenido lugar. Los criterios específicos para proceder a esta determinación son objetivos y se detallan en proyectos de conclusión posteriores.

3) En el proyecto de conclusión 2 se utiliza "comunidad internacional" en lugar de la expresión "naciones civilizadas" contenida en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia porque esta última expresión es anacrónica[428]. La expresión "comunidad internacional" figura en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un tratado en el que son parte 173 Estados y que, por lo tanto, está ampliamente aceptado[429]. En las diferentes versiones lingüísticas del proyecto de conclusión 2 se reproduce la expresión empleada en las versiones lingüísticas auténticas del Pacto. Por ejemplo, *"l'ensemble des nations"* en francés y "comunidad internacional" en español. Con esta formulación, el proyecto de conclusión pretende destacar que todas las naciones participan por igual, sin ningún tipo de distinción, en la formación de principios generales del derecho de acuerdo con el principio de igualdad soberana establecido en el Artículo 2, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas.

[427] Véanse, por ejemplo, los documentos A/CN.4/732 (primer informe) y A/CN.4/742 (memorando de la Secretaría).

[428] Se barajaron otras expresiones como "Estados", "comunidad de Estados", "la comunidad internacional", "naciones", "Estados nación" y "naciones en su conjunto".

[429] La disposición establece lo siguiente: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171. Véase Naciones Unidas, *Status of Multilateral Treaties*, cap. IV.4.

4) Con el uso de la expresión “comunidad internacional” no se pretende modificar el alcance ni el contenido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En particular, la expresión no trata de sugerir que un principio general del derecho requiere un reconocimiento unificado o colectivo, ni que solo pueden surgir principios generales del derecho en el sistema jurídico internacional. Además, la expresión “comunidad internacional” no debe confundirse con la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[430], relativo a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

5) El uso de la expresión “comunidad internacional” no excluye que, en determinadas circunstancias, las organizaciones internacionales también puedan contribuir a la formación de principios generales del derecho.

Conclusión 4
Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, es necesario constatar:

a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y

b) su transposición al sistema jurídico internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 4 trata de los requisitos para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Establece que, para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho, es necesario constatar: a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y b) la transposición de ese principio al sistema jurídico internacional.

2) Este análisis en dos etapas está ampliamente aceptado en la práctica y en la doctrina y tiene por objeto demostrar que un principio general del derecho ha sido “reconocido” en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se trata de un método objetivo que han de aplicar todos aquellos llamados a establecer si un determinado principio general del derecho existe en un momento concreto y cuál es el contenido de ese principio general del derecho.

3) El apartado a) se ocupa del primer requisito para la identificación, es decir, la constatación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Este ejercicio, que es esencialmente inductivo, es necesario para demostrar que un principio jurídico ha sido generalmente reconocido por la comunidad internacional. El uso de la expresión “los diferentes sistemas jurídicos del mundo” tiene por objeto destacar el requisito de que un principio debe encontrarse en los sistemas jurídicos del mundo en general. Se trata de una expresión inclusiva y amplia que abarca la variedad y diversidad de los sistemas jurídicos nacionales del mundo. Este requisito se detalla en el proyecto de conclusión 5.

4) En el apartado b) se aborda el segundo requisito para la identificación, es decir, la constatación de la transposición al sistema jurídico internacional del principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Este requisito, que se explica con más detalle en el proyecto de conclusión [...], es necesario para demostrar que un principio no solo es reconocido por la comunidad internacional en los sistemas jurídicos nacionales, sino que también se reconoce como aplicable en el sistema jurídico internacional.

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

5) El apartado b) emplea el término “transposición”, entendido como el proceso consistente en determinar si un principio común a los diferentes sistemas jurídicos puede aplicarse en el sistema jurídico internacional y en qué medida y cómo puede hacerlo. El uso de este término no pretende indicar que se requiere un acto formal o expreso de transposición.

6) Se ha preferido “transposición” al término “transponibilidad”, utilizado a veces en este contexto. La transposición entraña necesariamente transponibilidad, término que hace referencia a la posibilidad o no de que un principio identificado mediante el proceso indicado en el apartado a) se aplique en el sistema jurídico internacional, pero que no abarca todo el proceso de constatación de la transposición.

7) Debido a las diferencias entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales, es posible que un principio o algunos elementos de un principio identificados mediante el proceso indicado en el apartado a) no sean adecuados para su aplicación en el sistema jurídico internacional. Por consiguiente, la “transposición” incluye la posibilidad de que el contenido del principio general del derecho identificado mediante este análisis en dos etapas no sea idéntico al del principio encontrado en los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

Capítulo IX
La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional

A. Introducción

240. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema "La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional"[431].

241. En su resolución 73/265, de 22 de diciembre de 2018, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión y, a ese respecto, exhortó a la Comisión a que tomara en consideración los comentarios, inquietudes y observaciones expresados por los Gobiernos en los debates de la Sexta Comisión.

242. En su 71er período de sesiones (2019), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo. La Comisión también decidió establecer un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema, copresidido, de manera rotatoria, por el Sr. Bogdan Aurescu, el Sr. Yacouba Cissé, la Sra. Patrícia Galvão Teles, la Sra. Nilüfer Oral y el Sr. Juan José Ruda Santolaria. Además, la Comisión tomó nota del informe conjunto de los Copresidentes del Grupo de Estudio, que estos presentaron en forma oral[432].

243. Durante el mismo período de sesiones, el Grupo de Estudio, copresidido por la Sra. Patrícia Galvão Teles y la Sra. Nilüfer Oral, se reunió el 6 de junio de 2019. El Grupo examinó un documento oficioso sobre la organización de su labor, que incluía un plan de trabajo para el período comprendido entre 2019 y 2021. Las deliberaciones del Grupo de Estudio se centraron en su composición, su propuesta de calendario y de programa de trabajo y sus métodos de trabajo[433].

244. Por lo que se refiere al programa de trabajo, y con los ajustes necesarios, dada la complejidad de las cuestiones que iban a examinarse, se esperaba que el Grupo de Estudio se ocupase de los tres subtemas que figuraban en la sinopsis preparada en 2018[434], a saber: cuestiones relacionadas con el derecho del mar, bajo la copresidencia del Sr. Bogdan Aurescu y la Sra. Nilüfer Oral; y cuestiones relacionadas con la condición de Estado, así como cuestiones relacionadas con la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, bajo la copresidencia de la Sra. Patrícia Galvão Teles y el Sr. Juan José Ruda Santolaria.

245. En cuanto a los métodos de trabajo, se preveía que se celebrasen aproximadamente cinco reuniones del Grupo de Estudio en cada período de sesiones. Se acordó que, antes de cada período de sesiones, los Copresidentes prepararían un documento temático. Los documentos temáticos se editarían, traducirían y distribuirían como documentos oficiales a fin de que sirvieran de base para el debate y para la contribución anual de los miembros del Grupo de Estudio. También servirían de base para los informes posteriores del Grupo de Estudio sobre cada subtema. Ulteriormente, se invitaría a los miembros del Grupo de Estudio a que presentasen documentos con comentarios o información complementaria en relación con el documento temático elaborado por los Copresidentes (en los que se abordase, por ejemplo, la práctica regional, la jurisprudencia o cualquier otro aspecto del subtema). Más adelante se formularían recomendaciones sobre la forma que revestiría el resultado de la labor del Grupo de Estudio.

246. También se acordó que, al final de cada período de sesiones de la Comisión, la labor del Grupo de Estudio se reflejaría en un informe, en el que se tendrían debidamente en cuenta

[431] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párr. 369.

[432] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 265 a 273.

[433] *Ibid.*, párr. 269.

[434] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), Anexo B.

tanto el documento temático elaborado por los Copresidentes como los documentos conexos que presentaran los miembros y se resumirían las deliberaciones del Grupo de Estudio. Ese informe sería aprobado por el Grupo de Estudio y posteriormente presentado por los Copresidentes a la Comisión, de modo que pudiera incluirse un resumen al respecto en el informe anual de esta.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

247. En el actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional, presidido por los dos Copresidentes sobre cuestiones relacionadas con el derecho del mar, a saber, el Sr. Bogdan Aurescu y la Sra. Nilüfer Oral.

248. De acuerdo con el programa y los métodos de trabajo convenidos, el Grupo de Estudio tuvo ante sí el primer documento temático (A/CN.4/740 y Corr.1), que se publicó junto con una bibliografía preliminar (A/CN.4/740/Add.1), preparada por el Sr. Aurescu y la Sra. Oral.

249. Ante el inicio de la pandemia de COVID-19 y el consiguiente aplazamiento del 72º período de sesiones de la Comisión, los Copresidentes invitaron a los miembros de la Comisión a que les remitieran directamente por escrito sus comentarios sobre el primer documento temático. Ya finalizado este documento, se recibió información de Antigua y Barbuda y de la Federación de Rusia, que se publicó en el sitio web de la Comisión, junto con la información remitida anteriormente por los Gobiernos[435] en respuesta a la solicitud formulada por la Comisión en el capítulo III de su informe anual de 2019[436]. El 31 de mayo de 2021 se distribuyeron a todos los miembros del Grupo de Estudio los comentarios del Foro de las Islas del Pacífico sobre el primer documento temático.

250. El Grupo de Estudio celebró ocho reuniones, del 1 al 4 de junio y los días 6, 7, 8 y 19 de julio de 2021[437].

251. En su 3550ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2021, la Comisión tomó nota del informe conjunto de los Copresidentes del Grupo de Estudio, presentado en forma oral[438].

Deliberaciones del Grupo de Estudio

252. En la primera reunión del Grupo de Estudio, celebrada el 1 de junio de 2021, la Copresidenta (Sra. Oral) indicó que el objetivo de las cuatro reuniones iniciales que se celebrarían durante la primera parte del período de sesiones era permitir un intercambio sustantivo, como se hacía en las sesiones plenarias, sobre el primer documento temático y cualquier cuestión pertinente que los miembros desearan abordar. Un resumen de ese intercambio, que se presentaría como informe provisional, serviría de base para el debate en las reuniones del Grupo de Estudio previstas para la segunda parte del período de sesiones. Tras los debates de la segunda parte del período de sesiones, se consolidaría el informe, que sería aprobado por el Grupo de Estudio y posteriormente presentado por los Copresidentes a la Comisión, con miras a que esta lo incluyera en su informe anual. Ese procedimiento, acordado por el Grupo de Estudio, estaba basado en el informe de 2019 de la Comisión.

253. En cuanto al fondo del tema, como también se indicaba en la sinopsis preparada en 2018, se recordó que las consecuencias factuales de la elevación del nivel del mar planteaban una serie de cuestiones relevantes para el derecho internacional. En la medida en que afectaban a cuestiones relacionadas con el derecho del mar, cabía mencionar, entre otras: las implicaciones jurídicas de la inundación de las zonas costeras bajas y de las islas en las líneas de base, en las zonas marítimas que se extendían desde esas líneas de base y en la

[435] Croacia, Estados Federados de Micronesia, Estados Unidos de América, Maldivas, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumanía y Singapur. También se recibió información del Foro de las Islas del Pacífico. La información facilitada puede consultarse en: https://legal.un.org/ilc/guide/8_9.shtml.

[436] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 31 a 33.

[437] Véase en el capítulo I la composición del Grupo de Estudio.

[438] Véase A/CN.4/SR.3550.

delimitación de las zonas marítimas, ya fuera por acuerdo o por decisión de un órgano jurisdiccional. En la sinopsis de 2018 también se establecía que estas cuestiones habían de examinarse analizando detenidamente el derecho internacional vigente, incluido el derecho internacional convencional y consuetudinario, de conformidad con el mandato de la Comisión, que era el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación[439]. Esta labor podría contribuir a los esfuerzos de la comunidad internacional para determinar en qué medida el derecho internacional vigente estaba en condiciones de responder a esas cuestiones y dónde existía la necesidad de que los Estados buscaran soluciones viables a fin de responder de manera efectiva a los problemas ocasionados por la elevación del nivel del mar.

a) Primer documento temático

254. En la primera reunión del Grupo de Estudio, sus Copresidentes (el Sr. Aurescu y la Sra. Oral) presentaron el primer documento temático con un resumen de los aspectos principales y las observaciones preliminares.

255. El Copresidente (Sr. Aurescu) presentó la introducción, la primera parte y la segunda parte del primer documento temático. Recordó, entre otras cosas, que la introducción del primer documento temático contenía un resumen de los puntos de vista expuestos por los Estados Miembros en la Sexta Comisión, y señaló a la atención del Grupo de Estudio los comentarios realizados por las delegaciones en la Sexta Comisión, durante el septuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General (2020), tras la publicación del primer documento temático. Varias delegaciones manifestaron su reconocimiento por el primer documento temático[440], mientras que algunas otras se limitaron a mencionarlo en sus intervenciones[441]. Se hizo referencia al alcance y al resultado final sugeridos para el tema, a las limitaciones del alcance de la labor del Grupo de Estudio, convenido por la Comisión, y al enfoque centrado en la práctica de los Estados y de las organizaciones regionales e internacionales.

256. El Copresidente (Sr. Aurescu) presentó el análisis del primer documento temático sobre los posibles efectos jurídicos de la elevación del nivel del mar en las líneas de base y los límites exteriores de los espacios marítimos que se miden a partir de las líneas de base, que incluía un examen de los efectos del desplazamiento de las líneas de base como consecuencia de la elevación del nivel del mar. A continuación, presentó el análisis del primer documento temático sobre los posibles efectos jurídicos de la elevación del nivel del mar en las delimitaciones marítimas, así como sobre la cuestión de si la elevación del nivel del mar constituía un cambio fundamental en las circunstancias, en el sentido del artículo 62,

[439] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), anexo B, párr. 5. En el párrafo 14 de la sinopsis de 2018 se establece: “Este tema trata únicamente de las implicaciones legales de la elevación del nivel del mar, no de la protección del medio ambiente, del cambio climático en sí, de la causalidad, ni de la responsabilidad en sus dos acepciones (*responsibility* y *liability*, en inglés). Tampoco se pretende ofrecer un recorrido amplio y exhaustivo de la aplicación del derecho internacional a las cuestiones que plantea la elevación del nivel del mar, sino esbozar algunos aspectos clave. Los tres ámbitos que hay que examinar deben analizarse únicamente en el contexto de la elevación del nivel del mar, independientemente de otros factores causales que pueden dar lugar a consecuencias similares. En la medida de lo posible, debe prestarse la debida atención a la distinción entre las consecuencias relacionadas con la elevación del nivel del mar y las que se derivan de otros factores. En este tema no se propondrán modificaciones al derecho internacional vigente, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. En el futuro pueden surgir otras cuestiones que requieran análisis”.

[440] Once delegaciones, de un total de 25 que en sus intervenciones se refirieron a la labor de la Comisión, expresaron su agradecimiento por el primer documento temático: Belice, en nombre de la Alianza de los Pequeños Estados Insulares; Estados Federados de Micronesia; Fiji, en nombre de los pequeños Estados insulares en desarrollo del Pacífico; Islas Salomón; Maldivas; Nueva Zelandia; Papua Nueva Guinea; Portugal; Tonga; Turquía, y Tuvalu, en nombre de los Estados del Foro de las Islas del Pacífico.

[441] Tres delegaciones mencionaron el primer documento temático: Estados Unidos de América, República de Corea y Sierra Leona.

párrafo 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969[442]. El Copresidente (Sr. Aurescu) también presentó las principales observaciones preliminares del análisis de los Copresidentes sobre los posibles efectos jurídicos de la elevación del nivel del mar en las líneas de base y los límites exteriores de los espacios marítimos que se miden desde las líneas de base, así como en las delimitaciones marítimas, ya fueran resultado de un acuerdo o de la decisión de un órgano jurisdiccional, según se recogía en los párrafos 104 y 141 del primer documento temático.

257. A continuación, la Copresidenta (Sra. Oral) presentó la estructura y el contenido de las partes tercera y cuarta del primer documento temático y señaló, entre otras cosas, las dos cuestiones centrales que en ellas se abordaban: las posibles consecuencias jurídicas del desplazamiento hacia tierra de una línea de base recién trazada debido a la elevación del nivel del mar, y el efecto de la elevación del nivel del mar en el estatus jurídico de las islas, las rocas y las elevaciones en bajamar. Seguidamente, se ofrecía un panorama general de las posibles consecuencias para los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño, así como de terceros Estados, en las zonas marítimas establecidas cuando estas se desplazaban porque parte de las aguas interiores pasaba a convertirse en mar territorial, parte del mar territorial en zona contigua o en zona económica exclusiva, y parte de la zona económica exclusiva en alta mar. La Copresidenta (Sra. Oral) también destacó el caso de un Estado archipelágico en el que, debido a la inundación de pequeñas islas o de arrecifes emergentes, las líneas de base archipelágicas existentes podían verse afectada y dar lugar a la pérdida del estatus de líneas de base archipelágicas.

258. La Copresidenta (Sra. Oral) se refirió además al estatus de las islas y las rocas con arreglo al artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[443] y a las consecuencias, potencialmente importantes, de que una isla fuera reclasificada como roca por causa de la elevación del nivel del mar y llegara a convertirse en roca no apta "para mantener habitación humana o vida económica propia", en el sentido del artículo 121, párrafo 3, de la Convención. La Copresidenta (Sra. Oral) concluyó destacando varias de las observaciones de carácter preliminar formuladas en el primer documento temático (véanse los párrafos 190 y 218 de dicho documento).

b) Práctica de los Estados de África en materia de delimitación marítima

259. El Copresidente (Sr. Cissé) hizo una presentación sobre la práctica de los Estados de África en materia de delimitación de las fronteras marítimas. Considerando que la delimitación marítima era un proceso reciente en África y de gran importancia para los Estados ribereños, el Copresidente había examinado la práctica legislativa, constitucional y convencional de 38 Estados ribereños africanos, así como decisiones judiciales relevantes emitidas por cortes y tribunales internacionales[444], con el fin de evaluar si los Estados ribereños preferían límites marítimos móviles o fijos.

260. El resultado del estudio fue que existía cierta práctica legislativa y constitucional africana sobre las líneas de base y las fronteras marítimas, si bien era diversa. Por ello, no cabía inferir la existencia de *opinio iuris* a favor o en contra de las líneas de base o de las

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

[443] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre 1982), *ibid.*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3.

[444] *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 18; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, pág. 13; *Delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, laudo de 14 de febrero de 1985, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, parte IV, págs. 149 a 196 (en francés; versión en inglés disponible en *International Law Materials*, vol. 25 (1986), págs. 251 a 306); *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, decisión de 31 de julio de 1989, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, parte II, págs. 119 a 213; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 303; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, sentencia, *ITLOS Reports 2017*, pág. 4, y *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2017*, pág. 3.

fronteras marítimas fijas o móviles. En África no existía una práctica generalizada, ya que la geografía de las costas variaba, de modo que la justificación del uso de líneas de base, de marcas de marea alta o de bajamar, o de líneas móviles o fijas dependía de la configuración general de las costas.

261. No obstante, en opinión del Copresidente, la aplicación de los principios del derecho internacional público en el contexto africano podría favorecer las líneas de base fijas o las fronteras marítimas permanentes, por las siguientes razones:

a) Habida cuenta del principio de inmutabilidad de las fronteras heredado de la época colonial, con arreglo al principio *uti possidetis iuris*, cabría suponer que una frontera marítima trazada por las antiguas potencias coloniales seguiría siendo de aplicación entre Estados de reciente independencia sin posibilidad de modificación;

b) La limitación de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, prevista en el artículo 62, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a saber, que los tratados sobre fronteras no pueden verse afectados por un cambio fundamental en las circunstancias, parecía ser también de aplicación al caso de las fronteras marítimas atendiendo a la jurisprudencia existente, con arreglo a la cual se había reconocido que no era necesario distinguir entre fronteras terrestres y marítimas. Así pues, la elevación del nivel del mar no debería tener, en principio, consecuencias jurídicas en cuanto al mantenimiento de fronteras ya delimitadas o de líneas o puntos de base ya definidos. La "congelación" de las líneas de base podría dar respuesta a esa inquietud;

c) Dada la obligación de los Estados de cooperar cuando se encuentren en un punto muerto o tengan dificultades para llegar a un acuerdo sobre la delimitación de sus fronteras marítimas (artículo 83, párrafo 3, o artículo 74, párrafo 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), la cuestión de las fronteras marítimas no resueltas podría "congelarse" en favor de otras soluciones, como el establecimiento de zonas de aprovechamiento conjunto.

c) Resumen del intercambio general de opiniones mantenido durante la primera parte del período de sesiones

i) Observaciones generales sobre el tema

262. Durante la primera parte del período de sesiones, varios miembros del Grupo de Estudio formularon observaciones, en forma oral y por escrito, sobre el primer documento temático.

263. Se incidió en la importancia del tema y en la legitimidad de las inquietudes expresadas por los Estados afectados por la elevación del nivel del mar, así como en la necesidad de enfocar el tema reconociendo plenamente su urgencia. Aunque algunos miembros subrayaron que la elevación del nivel del mar era un fenómeno moderno, de las últimas décadas, que se preveía que llegara a tener consecuencias de gran alcance (como se señalaba en el primer documento temático), otros opinaron que no se trataba de un fenómeno nuevo ni repentino. También se sugirió que debían identificarse la existencia y los efectos de dos clases de elevaciones del nivel del mar (la natural y la provocada por el hombre) y que las líneas de la costa podían cambiar como consecuencia de la elevación y el descenso del nivel del mar, o de valores extremos del nivel del mar, causados por terremotos, *tsunamis* u otros desastres naturales. En referencia a la sección III de la introducción del primer documento temático, sobre las conclusiones y previsiones científicas de la elevación del nivel del mar y su relación con el tema, también recibió apoyó la idea de considerar la elevación del nivel del mar como un hecho demostrado científicamente que la Comisión podría tener presente para el propósito limitado de su labor específica sobre las implicaciones jurídicas internacionales de dicha elevación. Se observó también que, con el tiempo, podía haber otras razones, aparte de la elevación del nivel del mar, para que se modificase la ubicación de la línea de la costa, como había venido sucediendo a lo largo de la historia, y que, para cualquier nueva norma que tuviera como justificación la elevación del nivel del mar, habría que tener en cuenta la práctica pertinente y podría ser necesario identificar un mecanismo para distinguir un caso de otro. Se mencionó asimismo que en el tratamiento de este tema se partía de la base de que el fenómeno era consecuencia del cambio climático y, por tanto, provocado (principalmente)

por el ser humano, al tiempo que se recordó que uno de los límites de la actuación del Grupo de Estudio, tal y como se expuso en la sinopsis de 2018, era que en el tema no se abordara "la causalidad". Así pues, el Grupo de Estudio debía considerar el presente tema partiendo de la premisa de que la elevación del nivel del mar debida al cambio climático era un hecho ya demostrado por la ciencia.

264. Se subrayó asimismo el gran desafío que suponía entender cuestiones jurídicas y técnicas complejas y buscar soluciones a estas sin perder de vista su dimensión humana, así como la dificultad de evaluar la magnitud del fenómeno y sus consecuencias, también desde el punto de vista del derecho del mar. No obstante, los miembros consideraron en general que el tema revestía especial importancia y planteaba cuestiones relevantes sobre las que la Comisión podía arrojar luz.

ii) Observaciones generales sobre el primer documento temático

265. Se expresó preocupación por que el primer documento temático se hubiera leído como si ya reflejara las opiniones de la Comisión y que se hubiera debatido ampliamente fuera de esta antes de que tuviera ocasión de examinarlo, como consecuencia del aplazamiento de su 72º período de sesiones. Se señaló que también se debía a la adopción de un procedimiento diferente del adoptado por grupos de estudio anteriores, al requerirlo el tema por la urgencia e importancia que se le habían atribuido. Por otra parte, se observó que no era algo que ocurriera únicamente con este tema, y que el hecho de que se hiciera referencia a los informes de los Relatores Especiales como si procedieran de la Comisión era un problema recurrente.

266. Algunos miembros suscribieron el análisis, incluidas las observaciones preliminares contenidas en el primer documento temático, mientras que otros expresaron dudas con respecto a esas observaciones preliminares. Varios miembros coincidieron en que se necesitaba estabilidad, seguridad, certidumbre y previsibilidad, y que era preciso mantener el equilibrio de derechos y obligaciones entre los Estados ribereños y otros Estados, si bien no convinieron en si las observaciones preliminares que figuraban en el primer documento temático reflejaban esas necesidades. Además, algunos miembros opinaron que las afirmaciones de los Estados en favor de la estabilidad, la certidumbre y la previsibilidad podían prestarse a distintas interpretaciones, y cuestionaron que el primer documento temático hiciera referencia en varias ocasiones a las "preocupaciones de los Estados Miembros". Se opinó que el hecho de que los Estados desearan "estabilidad" no era necesariamente una "indicación" del establecimiento de *opinio iuris*, como se sugería en el primer documento temático, en la medida en que era difícil calificar la preferencia por la estabilidad como el reflejo del "convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho", según afirmaba la Comisión en sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario[445]. Se observó que los términos "estabilidad", "certidumbre" y "previsibilidad" se mencionaban en la jurisprudencia en relación con la delimitación de fronteras terrestres y no con la delimitación marítima, en donde las consideraciones eran diferentes. También se dijo que esos términos no constituían un principio en sí, sino una descripción de un fenómeno. Si bien el Grupo de Estudio estuvo de acuerdo con la sugerencia de que se aclarase más el significado de "estabilidad jurídica" en relación con el presente tema, por ejemplo planteando preguntas específicas a los Estados Miembros, se dijo que, en la Sexta Comisión, las intervenciones de las delegaciones de los Estados afectados por la elevación del nivel del mar parecían indicar que, con el término "estabilidad jurídica", se referían a la necesidad de mantener las líneas de base y los límites exteriores de las zonas marítimas.

iii) Examen de las opiniones expresadas en la Sexta Comisión y de la práctica de los Estados

267. Los miembros reconocieron que la mayoría de los Estados que se habían pronunciado sobre el tema apoyaban que este se incluyera en el programa de trabajo de la Comisión. Se observó que, en general, los Estados parecían estar de acuerdo en que el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema no debía modificar la Convención de las Naciones Unidas sobre

[445] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), capítulo V, sección E, conclusión 9.

el Derecho del Mar ni interferir en sus disposiciones. También se señaló que los principios de certidumbre, seguridad y previsibilidad, así como el mantenimiento del equilibrio de derechos y obligaciones entre los Estados ribereños y otros Estados, habían ocupado un lugar destacado en las intervenciones de los Estados durante el debate celebrado en la Sexta Comisión en 2019.

268. Se destacó la falta de práctica estatal, especialmente de ciertas regiones del mundo. También se planteó si debía considerarse que las declaraciones de los Estados y la información facilitada por estos sobre la práctica estatal daban lugar a normas *emergentes* o si podían considerarse como práctica ulterior a los efectos de la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Algunos miembros cuestionaron que las declaraciones de los Estados en respuesta al primer documento temático fueran adecuadas como prueba de práctica estatal en favor de líneas de base fijas. Habida cuenta de que la práctica estatal disponible era insuficiente, también se dijo que esas intervenciones de los Estados en la Sexta Comisión eran importantes y pertinentes. Asimismo, se sugirió que, además de solicitar información a los Estados, la Comisión llevara a cabo una investigación que incluyera, entre otras cosas, un examen de la legislación de todos los Estados y de las notificaciones de zonas marítimas distribuidas por el Secretario General de conformidad con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

iv) Labor de la Asociación de Derecho Internacional

269. Algunos miembros destacaron la labor del Comité sobre las Líneas de Base con arreglo al Derecho Internacional del Mar y del Comité sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar, ambos de la Asociación de Derecho Internacional, y sugirieron que el Grupo de Estudio incluyera más información sobre dicha labor y que utilizara esta como base para llevar a cabo un análisis. Señalaron que el Comité sobre las Líneas de Base con arreglo al Derecho Internacional del Mar concluyó en 2012 que la línea de base normal era móvil y que el derecho vigente no ofrecía una solución adecuada en el caso de pérdida de todo un territorio, como la que, por ejemplo, podía producirse por la elevación del nivel del mar. También se recordó que el Comité sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar, creado ulteriormente, recomendó a la Asociación de Derecho Internacional que aprobara una resolución con propuestas de *lege ferenda* en las que se estableciera que no debería requerirse un reajuste de las líneas de base y los límites en caso de que la variación del nivel del mar afectara a la realidad geográfica del litoral. Esta recomendación se vio respaldada por la resolución 5/2018 de la 78ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Sídney[446]. También se sugirió que, al igual que hizo la Asociación de Derecho Internacional en su informe sobre la Conferencia sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar, que tuvo lugar en 2018 en Sídney, el Grupo de Estudio llevara a cabo un análisis de las ventajas e inconvenientes de las distintas opciones. Además, se señaló que, según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, las líneas de base debían ajustarse a la realidad. También se observó que el Comité sobre Líneas de Base con arreglo al Derecho Internacional del Mar no consideraba que sus conclusiones de 2012 fueran la última palabra que se diría en relación con los efectos de la elevación del nivel del mar, y que, en consecuencia, esos efectos debían seguir siendo examinados por el Comité sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar, que, en 2018, propuso que, si las líneas de base y los límites exteriores de las zonas marítimas de un Estado ribereño o archipelágico se habían determinado debidamente de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no debía requerirse que esas líneas de base y esos límites exteriores se volvieran a calcular en caso de que la variación del nivel del mar afectara a la realidad geográfica del litoral. También se destacó que la metodología empleada por la Comisión, que suponía una estrecha relación con la Sexta Comisión, era muy diferente de la de la Asociación de Derecho Internacional.

[446] *International Law and Sea Level Rise: Report of the International Law Association Committee on International Law and Sea Level Rise*, D. Vidas y otros (eds.), Brill, Leiden, 2019, págs. 66 y 67.

v) Interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: líneas de base móviles o fijas

270. Algunos miembros señalaron que la línea de base normal según el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar era la línea de bajamar, que consideraban intrínsecamente móvil. Otros miembros observaron que la Convención no se pronunciaba sobre si las líneas de base eran móviles o tenían que actualizarse periódicamente. Los miembros convinieron en la importancia y la necesidad de evaluar la práctica estatal en cuestiones relacionadas con la "congelación" de las líneas de base y la actualización (o no) de las cartas. Hubo miembros que opinaron que las líneas de base no se establecían mediante cartas o listas, sino a partir de las normas detalladas que figuraban en la Convención y en otras fuentes pertinentes, que las cartas y listas mencionadas en el artículo 16 de la Convención solo se referían a las líneas de base rectas o a las líneas de cierre (no a las líneas de base normales) y que la Convención requería expresamente que esas cartas y listas se elaboraran de conformidad con las normas establecidas en los artículos 7, 9 y 10 de la Convención. También se subrayó la importancia de distinguir entre los puntos de base (que son relevantes para las delimitaciones de fronteras marítimas si se seleccionan como puntos significativos en las costas correspondientes) y las líneas de base (que son relevantes para establecer los límites exteriores de las zonas marítimas), dado que la elevación del nivel del mar les afecta de forma diferente, lo que implica que pueden requerir soluciones jurídicas distintas.

271. Algunos miembros consideraron que el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar era claro en cuanto a la movilidad de las líneas de base normales, mientras que, a juicio de otros, ese artículo podía tener una interpretación diferente. Se observó que la elevación del nivel del mar no se había mencionado en los trabajos preparatorios de la Convención. Varios miembros sostuvieron que la Convención no se pronunciaba en absoluto sobre la cuestión de la elevación del nivel del mar, tampoco en relación con las líneas de base ni con la actualización de las cartas. Otros miembros opinaron que, aunque no se discutiera la elevación del nivel del mar, la cuestión del cambio de ubicación de las líneas de base sí que era objeto de debate, incluidas las circunstancias en las que podía fijarse una línea de base en contextos específicos (como en el caso de los deltas). No obstante, se observó que no había que darle demasiada importancia al hecho de que no hubiera un pronunciamiento al respecto, ya que el asunto se prestaba a distintas interpretaciones. Sin embargo, también se opinó que, por ese motivo, la Convención no decía nada sobre si las líneas de base eran móviles o no. Por otra parte, se mencionó que en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sí se contemplaba la variación de las líneas de base debida a cambios en la costa, aunque no se hablara específicamente de la elevación del nivel del mar.

272. En respuesta a las diversas opiniones expresadas por los miembros en cuanto a la existencia de líneas de base móviles o fijas o permanentes, se sugirió que la Comisión examinara más a fondo si había o no un principio de estabilidad en el derecho internacional general, también estudiando el derecho de delimitación de los cursos fluviales. Asimismo, se consideró que era importante examinar con detenimiento el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Delimitación marítima en el mar Caribe y el océano Pacífico (Costa Rica c. Nicaragua)*[447], en el que la Corte utilizó una línea de delimitación móvil para establecer los límites marítimos.

273. Algunos miembros subrayaron que, si se mantenían las líneas de base móviles, el desplazamiento hacia tierra podía provocar una pérdida significativa de soberanía y de derechos jurisdiccionales de los Estados ribereños. También podía dar lugar a una importante pérdida de recursos y de zonas marítimas protegidas, además de incidir negativamente en la conservación de la diversidad biológica en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional. Esos miembros dijeron que la incertidumbre jurídica con respecto a las fronteras marítimas sería probablemente una fuente de conflictos e inestabilidad para los Estados ribereños vecinos. Asimismo, se observó que, con un sistema móvil, los Estados tendrían que dedicar

[447] *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) y Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2018*, pág. 139.

muchos recursos a la actualización periódica de las cartas marítimas o los datos geográficos. Algunos miembros se mostraron de acuerdo con los Copresidentes en que la interpretación de que, en general, las líneas de base se podían mover no daba respuesta a las inquietudes de los Estados que se enfrentaban a los efectos de la elevación del nivel del mar. Por ello, hubo quien sugirió que el mantenimiento de las líneas de base y las fronteras marítimas existentes era una solución óptima que respondía a los intereses de los Estados en relación con los efectos de la elevación del nivel del mar.

274. Otros miembros no estaban convencidos de que el desplazamiento de zonas con derechos marítimos asociados condujera necesariamente a una pérdida global de esos derechos, y no tan solo a un cambio de ubicación. También se señaló que las líneas de base fijas podrían no ser necesarias en todas las situaciones (por ejemplo, cuando el territorio de un Estado se hubiera ampliado efectivamente debido a un desplazamiento de placas tectónicas). Se dijo que, de ocurrir este fenómeno, si las líneas de base eran fijas, los Estados cuya superficie terrestre aumentara no tendrían la posibilidad de desplazar sus líneas de base hacia el mar y reclamar zonas de mayor extensión. También se mencionó que podían darse situaciones en que Estados que se enfrentaban a la amenaza de la elevación del nivel del mar hubieran construido fortificaciones costeras y desearan que fueran tratadas como líneas de base fijas. En cuanto a una ampliación del territorio debida a factores distintos de la elevación del nivel del mar, se subrayó que se trataba de un aspecto ajeno al mandato del Grupo de Estudio, que solo se ocupaba de los efectos de la elevación del nivel del mar. También se recordó que, según los límites convenidos en el mandato del Grupo de Estudio, el resultado final de su labor debía quedar claramente circunscrito a la elevación del nivel del mar debida al cambio climático.

275. Algunos miembros sugirieron que podía haber un abanico de posibilidades intermedias entre las dos opciones tratadas en el primer documento temático (líneas de base móviles o permanentes) que merecían un examen completo y detallado. Dado que el debate era todavía preliminar, se requería un análisis más a fondo antes de que el Grupo de Estudio pudiera adoptar una posición sobre un tema tan complejo.

276. También se planteó la cuestión de las cartas de navegación y se dijo que era importante actualizarlas para una mayor seguridad en la navegación. Por otra parte, se sostuvo que los potenciales peligros para la navegación serían excepcionales, habida cuenta del retroceso de la costa en dirección a tierra en caso de elevación del nivel del mar y del hecho de que la tecnología de satélites era más accesible que nunca. Se apoyó la propuesta al respecto que hicieron los Copresidentes de que la cuestión de las cartas de navegación fuera objeto de un estudio adicional. En ese estudio se podrían examinar, por ejemplo, las diferentes funciones de las cartas de navegación que requerían las normas de la Organización Hidrográfica Internacional y de las cartas que se depositaban ante el Secretario General de las Naciones Unidas para el registro de zonas marítimas.

277. Algunos miembros sugirieron que el Grupo de Estudio tuviera en cuenta la situación que podía darse en caso de que, como consecuencia de la elevación del nivel del mar y el desplazamiento de la línea de la costa hacia tierra, dejaran de solaparse zonas económicas superpuestas cuya delimitación hubieran acordado bilateralmente los Estados ribereños afectados, ya que esa situación daría lugar a que estos quedaran atrapados en una ficción jurídica poco razonable. Se apoyó que se examinara esa hipótesis, también desde una perspectiva basada en conceptos que se asocian al derecho de los tratados, como la obsolescencia o la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento de un tratado. Otra de las opiniones expresadas fue que el mantenimiento de las líneas de base existentes, cuando las naturales se hubieran desplazado significativamente, podía dar lugar a zonas marítimas desproporcionadamente grandes (más de lo que permitía la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), de modo que se beneficiaran Estados ribereños a expensas de los derechos de otros Estados o de la comunidad internacional. También se acordó examinar con mayor detenimiento las posibles pérdidas o beneficios para terceros Estados, si bien se observó que, hasta la fecha, ninguno de los Estados que habían formulado observaciones sobre el tema había pedido ese análisis ni mencionado la cuestión. Algunos miembros señalaron que, si se adoptaba el método de las líneas de base fijas, la elevación del nivel del mar podía generar extensas zonas de aguas interiores, que normalmente serían mar territorial (o incluso la alta mar), por las que no habría derecho de paso inocente. De manera

similar, las líneas de base fijas podían dar lugar al mantenimiento de un régimen de estrecho en un canal que normalmente no sería un estrecho.

vi) Otras fuentes de derecho internacional

278. Algunos miembros dijeron que, si bien la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar constituía una fuente fundamental para los Estados que eran parte en ella, había otras fuentes que debían analizarse más a fondo. También se recordó que, según el preámbulo de la Convención, las cuestiones que esta no regulaba seguían rigiéndose por las normas y principios de derecho internacional general. Dado que los problemas jurídicos surgidos como consecuencia de la elevación del nivel del mar no podían abordarse íntegramente dentro del régimen de la Convención, se sugirió que se consideraran otras normas pertinentes de derecho internacional general. Otros miembros observaron que la cuestión se trataba en el artículo 5 de la Convención. Entre esas otras fuentes figuraban, en particular, el derecho internacional consuetudinario, las Convenciones de Ginebra de 1958[448] y otros instrumentos multilaterales y bilaterales relacionados con un amplio abanico de aspectos del derecho del mar relativos a diferentes zonas que podrían verse afectadas por la elevación del nivel del mar. Algunos miembros sugirieron que también se examinaran con más detenimiento otros principios y normas, como el principio de que la tierra domina el mar y el principio de libertad de los mares, así como el papel de la equidad, la buena fe, los derechos y títulos históricos, la obligación de resolver las controversias por medios pacíficos, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la protección de los derechos de los Estados ribereños y los no ribereños, y el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Así pues, el Grupo de Estudio tiene la intención de seguir estas sugerencias en su futura labor sobre el tema.

vii) Permanencia de la zona económica exclusiva y la plataforma continental

279. Algunos miembros plantearon cuestiones específicas sobre la relación existente entre la propuesta de permanencia de la plataforma continental y la zona económica exclusiva atendiendo a la mención que se hacía en el primer documento temático de que podría surgir una discrepancia entre los límites exteriores permanentes de la plataforma continental y los posibles límites exteriores móviles de la zona económica exclusiva. Se dijo que algunas afirmaciones del primer documento temático relativas a la permanencia de la plataforma continental eran incorrectas.

280. Según esta opinión, no había permanencia: el argumento esgrimido en el documento temático se apoyaba en la identificación de la plataforma continental a partir de los criterios geográficos; no obstante, hasta las 200 millas marinas solo se aplica el criterio de la distancia, mientras que, de acuerdo con esta perspectiva, los límites exteriores de la plataforma continental y la zona económica exclusiva dependerían de la ubicación de las líneas de base. Por ello, se alegaba que no se podía afirmar el criterio de la permanencia de las líneas de base partiendo de la noción de que la plataforma continental era la prolongación natural del territorio.

viii) La elevación del nivel del mar y el artículo 62, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

281. Varios miembros observaron que los tratados marítimos y las fronteras delimitadas por resolución de un órgano jurisdiccional deberían tener carácter definitivo, si bien dijeron que era necesario seguir estudiando la cuestión. Se señaló la relevancia del principio *pacta sunt servanda*. En sus comentarios, varios miembros se refirieron al artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y a la cuestión de si la elevación del nivel del mar constituía o no un cambio imprevisto en las circunstancias. Algunos miembros

[448] Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 516, núm. 7477, pág. 205; Convención sobre la Alta Mar (Ginebra, 29 de abril de 1958), *ibid.*, vol. 450, núm. 6465, pág. 11; Convención sobre la Plataforma Continental (Ginebra, 29 de abril de 1958), *ibid.*, vol. 499, núm. 7302, pág. 311, y Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar (Ginebra, 29 de abril de 1958), *ibid*., vol. 559, núm. 8164, pág. 285.

señalaron que no debería haber distinción a ese respecto entre fronteras terrestres y marítimas, como se reflejaba en la jurisprudencia internacional citada en el primer documento temático. Otros miembros se mostraron más reservados y consideraron que se debía seguir estudiando la cuestión y analizar los pros y contras de cada uno de los puntos de vista. Se apoyó esa sugerencia y se recordó que, sobre esa cuestión, la doctrina y las conclusiones formuladas en 2018 por el Comité sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar, de la Asociación de Derecho Internacional, se inclinaban por que se estableciera que las modificaciones de las fronteras terrestres y marítimas no debían constituir un cambio imprevisto en las circunstancias. Algunos miembros señalaron que las fronteras terrestres eran a veces móviles, en función de la ubicación de la orilla de un río o de un lago, del punto medio de un río o de un lago, o de la vaguada de un río, aunque también se dijo que había una tendencia distinta en la práctica estatal: en caso de variación del caudal del río, la frontera fluvial acordada se mantenía. Se opinó que la cuestión de si el artículo 62 abarcaba o no los tratados de delimitación de fronteras marítimas era un asunto de interpretación de los tratados, que correspondía a las cortes y tribunales internacionales, no a la Comisión, pues excedía el ámbito del mandato de esta. También se señaló que los acuerdos bilaterales sobre fronteras marítimas no eran vinculantes para terceros Estados, por lo que estos no estarían obligados a reconocer acuerdos que establecieran o fijaran fronteras marítimas. Según otro punto de vista, los acuerdos marítimos por los que se establecían fronteras y se fijaban límites eran tratados celebrados de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y resultaban vinculantes para todos los Estados. Ello se entendía sin perjuicio de la obligación de las partes en esos tratados de tener debidamente en cuenta los derechos legítimos de terceros Estados en relación con sus derechos marítimos, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Se señaló que era preciso examinar la cuestión más a fondo, también desde la perspectiva de los regímenes objetivos en derecho internacional. Se sugirió asimismo que el Grupo de Estudio examinara las consecuencias que podía tener en una frontera marítima el hecho de que el término de un límite terrestre acordado se encontrara finalmente en el mar debido a la elevación del nivel de este.

ix) Islas, islas artificiales y rocas

282. Algunos miembros pidieron que se abordara con cautela el tema de las islas en relación con el artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Otros miembros opinaron que debería haberse prestado más atención al laudo arbitral dictado en el caso relativo al *Mar de China Meridional entre la República de Filipinas y la República Popular China*[449] sobre la cuestión del estatus de las islas en virtud del artículo 121 y las razones para atribuirles derechos marítimos, al tiempo que se consideró que era necesario llevar a cabo un análisis crítico de ese laudo. Se dijo que las fortificaciones artificiales dedicadas exclusivamente a la preservación frente a la elevación del nivel del mar no transformaban una isla natural en artificial. No obstante, se planteó que era necesario contar con directrices más claras para distinguir entre la construcción de islas artificiales con fines de preservación, por una parte, y para la creación de derechos de manera artificial, por otra. Se opinó que no se debía abusar de las fortificaciones costeras para generar derechos marítimos amplios. Se preguntó si las observaciones que figuraban en el primer documento temático se limitaban a la elevación del nivel del mar o tenían una aplicación más general. También se planteó la cuestión de si se debían seguir atribuyendo derechos marítimos a las "rocas" que quedaban sumergidas. Se sugirió que la "congelación" del estatus de isla no debería ser una norma general, dado que una isla podía inundarse por motivos no relacionados con la elevación del nivel del mar. El Grupo de Estudio consideró que se podía seguir investigando al respecto para resolver si esa distinción podía establecerse científicamente y qué importancia tenía para su estudio un factor determinado. También se destacó el elevado costo de la conservación artificial de líneas de base y zonas costeras.

[449] The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, laudo de 12 de julio de 2016, Tribunal Arbitral, Corte Permanente de Arbitraje, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXXIII, pág. 166.

d) Observaciones finales al término de la primera parte del período de sesiones

283. Los miembros hicieron varias sugerencias en relación con la labor futura y los métodos de trabajo del Grupo de Estudio.

284. Se hicieron sugerencias sobre el título del tema[450] y la estructura del primer documento temático. El Grupo de Estudio consideró que la cuestión relativa al título podía examinarse en una etapa posterior. También agradeció las sugerencias con respecto a la estructura del primer documento temático, así como a la bibliografía. Asimismo, el Grupo de Estudio celebró la sugerencia de elaborar, con el apoyo de la Secretaría, un estudio sobre la legislación estatal relativa a las líneas de base. También se sugirió que se incluyera el primer documento temático en la primera parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*.

285. Tras recordar que el mandato del Grupo de Estudio consistía en determinar las consecuencias jurídicas de la elevación del nivel del mar, lo que podía requerir un seguimiento pero no conduciría a la elaboración de directrices o artículos específicos, algunos miembros sugirieron que, para preservar su credibilidad, el Grupo de Estudio y la Comisión debían ser claros y transparentes desde el principio y distinguir entre *lex lata*, *lex ferenda* y opciones respecto de las políticas. También se sugirió que la Comisión se guiara exclusivamente por su labor anterior relevante para el tema, como sus conclusiones acerca de la identificación del derecho internacional consuetudinario y de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Se subrayaron el carácter preliminar del primer documento temático y la necesidad de respetar el mandato del Grupo de Estudio de "determinar las cuestiones jurídicas que plantea[ba] la elevación del nivel del mar, así como otras cuestiones conexas". También se hizo hincapié en que solo se podrían extraer conclusiones en una etapa posterior, después de que el Grupo de Estudio hubiera profundizado en el análisis y tenido en cuenta las opiniones de sus miembros.

286. Por otra parte, se expresó la opinión de que, dada la importancia del tema, este debía ser examinado por un relator especial, y no por un grupo de estudio, en aras de la transparencia y para que la Comisión pudiera adoptar una posición con respecto a los proyectos de texto, en lugar de realizar estudios temáticos. A ese respecto, también se sugirió que se nombraran correlatores especiales con objeto de concluir un proyecto de artículos que pudiera presentarse a los Estados para la negociación de una convención marco mundial sobre las consecuencias jurídicas de la elevación del nivel del mar, de conformidad con el artículo 23 del estatuto de la Comisión.

287. Asimismo, se consideró que el enfoque metodológico del Grupo de Estudio tendría importantes consecuencias para el resultado del tema, ya que podría permitir a la Comisión ser más creativa a la hora de proponer soluciones para que los Estados deliberaran sobre un tema que sería cada vez más importante para la paz, la seguridad y la estabilidad de la comunidad internacional. Se dijo que, explicando las normas existentes y proponiendo otras nuevas cuando existieran lagunas, cualquier conclusión a la que llegara la Comisión podría proporcionar a los Estados, sobre todo a los más afectados por la elevación del nivel del mar, soluciones jurídicas prácticas que preservaran sus derechos y prerrogativas en virtud del derecho del mar. Correspondería entonces a los Estados y a la comunidad internacional en su conjunto decidir acerca de la adopción de esas normas, ya fuera mediante práctica, negociaciones, resoluciones internacionales o acuerdos sobre instrumentos jurídicos pertinentes.

288. Algunos miembros recomendaron que se adoptara un enfoque prudente para evitar conclusiones precipitadas. En referencia al capítulo relativo a las conclusiones científicas, se apoyó la idea de considerar la elevación del nivel del mar como un hecho demostrado científicamente que la Comisión podría tener en cuenta para el propósito específico de su labor sobre las implicaciones jurídicas internacionales de la elevación del nivel del mar. A ese respecto, se recordó que el mandato del Grupo de Estudio excluía la causalidad, ya que la premisa de la labor sobre el tema era que la elevación del nivel del mar debida al cambio

[450] Entre estas sugerencias figuraba la propuesta de cambiar el título del tema por "La elevación del nivel del mar y el derecho internacional".

climático tenía que considerarse como un hecho probado científicamente. Al mismo tiempo, si fuera necesario, el Grupo de Estudio podría considerar la posibilidad de invitar a expertos científicos a futuras reuniones del Grupo.

e) Resultado del debate interactivo celebrado durante la segunda parte del período de sesiones

289. En la segunda parte del período de sesiones, durante la primera reunión celebrada por el Grupo de Estudio, el 6 de julio de 2021, los Copresidentes respondieron a las observaciones que habían formulado los miembros del Grupo de Estudio en la primera parte del período de sesiones. También presentaron un proyecto de informe provisional, cuya versión en inglés se había remitido a todos los miembros el 2 de julio de 2021, seguida de las versiones en todos los demás idiomas el 5 de julio de 2021.

290. Durante el debate interactivo posterior, se abordaron los métodos de trabajo del Grupo de Estudio. Algunos miembros expresaron su preocupación por el hecho de que el primer documento temático de los Copresidentes (A/CN.4/740 y Corr.1 y Add.1) pudiera haber sido interpretado como un producto del Grupo de Estudio en su conjunto. También se subrayaron las limitaciones de tiempo a las que se enfrentaba el Grupo de Estudio, así como la necesidad de que el proceso fuera colectivo y consultivo. Varios miembros sugirieron además que, dada la importancia del tema, sería preferible que la Comisión considerara la posibilidad de seguir su procedimiento habitual, con arreglo al cual se nombraría a uno o varios relatores especiales sobre el tema, en aras de una mayor transparencia y para poder tener en cuenta la posición de los Estados mediante un sistema de primera y segunda lectura de los proyectos de texto. También se plantearon cuestiones acerca del resultado previsto de la labor del Grupo de Estudio.

291. Sobre ese particular, los Copresidentes indicaron que habían procedido con arreglo a los métodos de trabajo acordados por la Comisión en 2019[451]. En su opinión, esos métodos de trabajo habían sido adaptados expresamente de modo que fueran más formales que los seguidos por grupos de estudio anteriores y representaban una solución híbrida entre el formato basado en la figura del relator especial y el de los grupos de estudio tradicionales. Los Copresidentes agradecieron las aportaciones de los miembros y destacaron la necesidad de que el resultado de la labor fuera colectivo. Se observó que el debate del año en curso consistía en un ejercicio de análisis realizado sobre la base del primer documento temático y las observaciones preliminares incluidas en este, y que era preciso que el Grupo de Estudio siguiera investigando a fondo para poder concluir su tarea sobre los aspectos del derecho del mar relacionados con el tema. En consecuencia, los Copresidentes invitaron a los miembros a tomar la iniciativa en los distintos temas que el Grupo de Estudio iba a investigar colectivamente, algunos de los cuales ya se habían sugerido durante el intercambio de opiniones mantenido en la primera parte del período de sesiones.

292. También se recordó el resultado previsto de la labor del Grupo de Estudio, mencionado durante la primera parte del período de sesiones[452]. Asimismo, se sugirió que el Grupo de Estudio siguiera avanzando, de manera paralela, en los aspectos relacionados con el derecho del mar.

293. Al concluir el intercambio sobre los métodos de trabajo del Grupo de Estudio, los miembros acordaron que, una vez finalizado y acordado por el Grupo de Estudio el informe provisional con los principales puntos del debate mantenido durante el período de sesiones, los Copresidentes lo presentarían a la Comisión para que esta lo incluyera en un capítulo de su informe anual.

294. A continuación, el Grupo de Estudio decidió celebrar deliberaciones sustantivas sobre el tema tomando como base las cuestiones preparadas por los Copresidentes en seguimiento del debate mantenido durante la primera parte del período de sesiones[453]. Como resultado de

[451] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 265 a 273. Véanse también los párrafos 245 y 246 del presente documento.

[452] Véase el párrafo 296 del presente documento.

[453] Las preguntas orientativas propuestas por los Copresidentes fueron las siguientes: 1) ¿Qué otras fuentes del derecho debe examinar el Grupo de Estudio en relación con el tema? Por ejemplo, se

esas deliberaciones, el Grupo de Estudio identificó las cuestiones que se mencionan más adelante para llevar a cabo un análisis en profundidad en el que se centraría prioritariamente su labor en un futuro próximo. Miembros del Grupo de Estudio llevarían a cabo, de manera voluntaria, los estudios siguientes:

a) *Fuentes del derecho:* Además de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[454] (en particular, la génesis y la interpretación de su artículo 5), los

había sugerido que, además de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se tuvieran en cuenta "otros instrumentos multilaterales y bilaterales relacionados con un amplio abanico de aspectos del derecho del mar que interesaban a diferentes zonas que podrían verse afectadas por la elevación del nivel del mar". Se afirmaba que esos instrumentos "también debían ser interpretados a la luz de la práctica ulterior". Así pues, aparte de las Convenciones de Ginebra de 1958, era necesario identificar esos tratados. También se sugirió que el Grupo de Estudio buscara otras normas de derecho internacional general que pudieran ser relevantes en el nuevo contexto. De hecho, se trataba de una cuestión importante que debía ser objeto de examen. Desde esta perspectiva, los Copresidentes agradecerían indicaciones sobre cuáles podrían ser esas otras normas. Además, se sugirió que el Grupo de Estudio examinara normas de derecho internacional consuetudinario no incluidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por lo que sería muy útil que, en relación con ese tipo de normas, se indicara cuáles deben tenerse en cuenta; 2) ¿Qué aspectos concretos de la cuestión relativa a las cartas y los mapas de navegación deben examinarse y de qué manera?; 3) ¿Es necesario que la labor del Grupo de Estudio incluya más aportaciones científicas? ¿Qué aspectos debe incluir el examen de las diferentes causas de la elevación del nivel del mar y sus efectos y cómo se concilia ese análisis con la limitación del mandato del Grupo de Estudio que establece que este no puede abordar la "causalidad"?; 4) ¿Es necesario realizar más estudios técnicos sobre los efectos de la elevación del nivel del mar en las líneas de base, los límites exteriores de las zonas marítimas que se miden a partir de aquellas y los accidentes geográficos? Si es así, ¿cómo debe procederse? ¿Debe el Grupo de Estudio examinar diferentes escenarios desde una perspectiva puramente técnica?; 5) ¿Debe el Grupo de Estudio emprender un análisis de la elevación del nivel del mar, según sugirió un miembro que deseaba un "debate sobre los intereses de los Estados que pueden beneficiarse de la elevación del nivel del mar debido a la pérdida de otros Estados de derechos existentes y al aumento de la superficie de la alta mar"?; 6) En cuanto a la cuestión de la estabilidad y la previsibilidad jurídicas, se planteó la pregunta de si merecía un debate más a fondo. La cuestión era qué aspectos debían estudiarse y cómo; 7) Varios miembros invocaron el principio de equidad, una cuestión que también habían planteado numerosos Estados. ¿Debe ser la equidad un factor importante que ha de tener en cuenta el Grupo de Estudio en su análisis de las consecuencias de la elevación del nivel del mar y en la búsqueda de soluciones? ¿Qué entiende el Grupo de Estudio por "equidad"? ¿Qué otras consideraciones en relación con las políticas podrían tenerse en cuenta en favor del mantenimiento de las líneas de base frente a las líneas móviles o viceversa? (asuntos planteados por dos miembros); 8) Se sugirió que podía haber "un abanico de posibilidades" entre las opciones planteadas (sistema de líneas de base móviles o permanentes) y que se debían explorar todas. Los Copresidentes agradecerían indicaciones sobre cuáles podrían ser esas posibilidades; 9) Como sugirió un miembro, ¿debe el Grupo de Estudio dedicarse a examinar formas de distinguir entre la construcción de islas artificiales para la preservación y la construcción para generar derechos de manera artificial?; 10) Varios miembros indicaron que era necesario estudiar más a fondo el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados *(rebus sic stantibus)* y determinar si era de aplicación a las fronteras marítimas acordadas en virtud de tratados. Además de los efectos de la elevación del nivel del mar en acuerdos sobre fronteras marítimas válidos, otra cuestión que el Grupo de Estudio podría examinar sería el efecto de la elevación del nivel del mar en un escenario de líneas de base móviles en aquellos casos de delimitación de fronteras marítimas que hubieran sido resueltos por la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o los tribunales arbitrales. ¿Sería de aplicación el principio de cosa juzgada? ¿Qué otros principios podrían aplicarse? ¿O habría obligación de reabrir los casos resueltos? De ser así, ¿qué efectos tendría en la "estabilidad, seguridad y previsibilidad"?; 11) ¿Cómo habría que enfocar la cuestión de los efectos de la elevación del nivel del mar en las reclamaciones existentes sobre el derecho a espacios marítimos en el caso de futuras delimitaciones de fronteras marítimas? (véase el párrafo 141, apartado f) del primer documento temático); 12) ¿Qué ventajas aportaría la realización de un estudio sobre la legislación relativa a la delimitación de los cursos fluviales, como proponía un miembro?; 13) ¿Debe elaborar el Grupo de Estudio una lista de cuestiones que se deban examinar de manera prioritaria?; 14) Preguntas al Copresidente que examinó la práctica y la legislación de los Estados africanos para profundizar en su estudio, y 15) Necesidad de un estudio sobre la práctica en otras regiones (América Latina, Asia y Europa). Los Copresidentes agradecerían que hubiera miembros que asumieran ese tipo de tareas (dos ya lo han hecho).

[454] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3.

Convenios de Ginebra de 1958[455] (y sus trabajos preparatorios), así como el derecho internacional consuetudinario de ámbito universal y regional, el Grupo de Estudio examinaría otras fuentes del derecho, como tratados multilaterales, regionales y bilaterales pertinentes u otros instrumentos relativos, por ejemplo, a la ordenación de la pesca o de la alta mar que definen las zonas marítimas, o el Tratado Antártico de 1959[456] y su Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente, de 1991[457], los tratados de la Organización Marítima Internacional que definen las zonas de contaminación o de búsqueda y salvamento, o la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, de 2001[458], y los principios generales del derecho, así como los reglamentos de las organizaciones internacionales pertinentes, como la Organización Hidrográfica Internacional. El objetivo de este examen sería determinar la *lex lata* en relación con las líneas de base y las zonas marítimas, sin perjuicio del examen de la *lex ferenda* o de las opciones relacionadas con las políticas. También se trataría de evaluar si estos instrumentos permiten o requieren (o no) el ajuste de las líneas de base en determinadas circunstancias, y si un cambio de las líneas de base conllevaría un cambio de las zonas marítimas;

b) *Principios y normas de derecho internacional:* El Grupo de Estudio examinaría con más detalle diversos principios y normas de derecho internacional, como el principio de que la tierra domina el mar, el principio de inmutabilidad de las fronteras, el principio *uti possidetis iuris*, el principio *rebus sic stantibus* o el principio de libertad de navegación, así como el papel del principio de equidad, el principio de buena fe, los derechos y títulos históricos, la obligación de resolver las controversias por medios pacíficos, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la protección de los derechos de los Estados ribereños y de los Estados no ribereños, y el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales;

c) *Práctica y opinio iuris*: El Grupo de Estudio trataría de ampliar su estudio sobre la práctica de los Estados y la *opinio iuris* incluyendo regiones de las que se disponía de escasa o nula información, como América Latina (un miembro del Grupo de Estudio ya había asumido la tarea de llevar a cabo el análisis sobre esta región), Asia y Europa, y de proseguir la labor sobre África. En ese proceso, el Grupo de Estudio examinaría la interrelación entre la práctica de los Estados y las fuentes del derecho, evaluando si esa práctica es relevante para el derecho internacional consuetudinario o si es pertinente para la interpretación de los tratados. El Grupo de Estudio también examinaría las notificaciones de zonas marítimas depositadas ante el Secretario General de las Naciones Unidas y las legislaciones nacionales que se podían consultar en el sitio web de la División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de la Oficina de Asuntos Jurídicos para determinar si los Estados actualizaban o no esas notificaciones y legislaciones;

d) *Cartas de navegación:* Además del estudio mencionado en el párrafo 37, el Grupo de Estudio también examinaría sugerencias que tuvieran en cuenta las consideraciones y circunstancias operativas, así como las prácticas de los Estados, en cuanto a la actualización de las cartas de navegación.

295. Los miembros del Grupo de Estudio también convinieron en que podrían recurrir a expertos científicos y técnicos para que les ayudaran en su tarea, en el entendimiento de que lo harían de forma selectiva, provechosa y limitada.

[455] Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 516, núm. 7477, pág. 205; Convención sobre la Alta Mar (Ginebra, 29 de abril de 1958), *ibid.*, vol. 450, núm. 6465, pág. 11; Convención sobre la Plataforma Continental (Ginebra, 29 de abril de 1958), *ibid.*, vol. 499, núm. 7302, pág. 311, y Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar (Ginebra, 29 de abril de 1958), *ibid*., vol. 559, núm. 8164, pág. 285.

[456] Tratado Antártico (Washington D.C., 1 de diciembre de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 402, núm. 5778, pág. 71.

[457] Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (Madrid, 4 de octubre de 1991), *ibid.*, vol. 2941, pág. 3.

[458] Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (París, 12 de noviembre de 2001), *ibid*., vol. 2562, primera parte, núm. 45694, pág. 3.

f) Labor futura del Grupo de Estudio

296. Con respecto al futuro programa de trabajo, el Grupo de Estudio abordaría cuestiones relacionadas con la condición de estado y con la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, bajo la copresidencia de la Sra. Patrícia Galvão Teles y del Sr. Juan José Ruda Santolaria, que prepararían un segundo documento temático como base para las deliberaciones del Grupo de Estudio en el 73er período de sesiones. El Grupo de Estudio trataría de ultimar después un informe sustantivo sobre el tema, en los dos primeros años del siguiente quinquenio, consolidando los resultados de la labor realizada durante los períodos de sesiones 72º y 73º de la Comisión.

Capítulo X
Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A. Reuniones conmemorativas especiales

297. El 3 de septiembre de 2020, se celebró una reunión informal virtual de los miembros de la Comisión para honrar la memoria del Magistrado Alexander Yankov, antiguo Presidente de la Comisión y Relator Especial del tema "Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático".

298. En su 3547ª sesión, que tuvo lugar el 22 de julio de 2021, la Comisión celebró una reunión conmemorativa para honrar la memoria del Magistrado James Crawford, Relator Especial del tema "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos".

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

299. El 29 de abril de 2021 se constituyó el Grupo de Planificación para el actual período de sesiones.

300. El Grupo de Planificación celebró cinco reuniones, el 29 de abril, el 25 de mayo y los días 9, 23 y 27 de julio de 2021. Tuvo ante sí los resúmenes por temas, preparados por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en sus períodos de sesiones septuagésimo cuarto (A/CN.4/734) y septuagésimo quinto (A/CN.4/734/Add.1); las resoluciones de la Asamblea General 74/186, de 18 de diciembre de 2019, y 75/135, de 15 de diciembre de 2020, relativas a la labor realizada por la Comisión, y las resoluciones de la Asamblea General 74/191, de 18 de diciembre de 2019, y 75/141, de 15 de diciembre de 2020, relativas al estado de derecho en los planos nacional e internacional.

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

301. En su primera reunión, celebrada el 29 de abril de 2021, el Grupo de Planificación decidió que se volviera a reunir el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, con el Sr. Mahmoud D. Hmoud como Presidente. En su quinta reunión, celebrada el 27 de julio de 2021, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

302. En el período de sesiones actual, la Comisión, siguiendo la propuesta del Grupo de Trabajo, decidió recomendar la inclusión del tema "Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional" en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión. Para elegir el tema, la Comisión se guio por la recomendación que hizo en su 50º período de sesiones (1998) en cuanto a los criterios de selección, a saber: a) que el tema reflejara las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que el tema estuviera en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; y c) que el tema fuera concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación. Convino además en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que también podría examinar los que representaran la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general[459]. La Comisión consideró que la labor sobre ese tema constituiría una aportación útil al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. La sinopsis del tema elegido figura como anexo del presente informe.

[459] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 553.

2. Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión

303. En su primera reunión, celebrada el 29 de abril de 2021, el Grupo de Planificación decidió volver a establecer el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión, bajo la Presidencia del Sr. Hussein A. Hassouna. En su cuarta reunión, celebrada el 23 de julio de 2021, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

3. Examen de las resoluciones de la Asamblea General 74/191, de 18 de diciembre de 2019, y 75/141, de 15 de diciembre de 2020, relativas al estado de derecho en los planos nacional e internacional

304. La Asamblea General, en sus resoluciones 74/191, de 18 de diciembre de 2019, y 75/141, de 15 de diciembre de 2020, relativas al estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras cosas reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, formulara observaciones sobre su papel actual en la promoción del estado de derecho. Desde su 60º período de sesiones (2008), la Comisión ha comentado en cada uno de sus períodos de sesiones su papel en la promoción del estado de derecho. Señala que las observaciones que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008[460] siguen siendo pertinentes y reitera las formuladas en sus períodos de sesiones anteriores[461].

305. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de su labor. El propósito de la Comisión, tal como se establece en el artículo 1 de su estatuto, es promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

306. Teniendo presente en toda su labor el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional, y tiene por objetivo promover el respeto del estado de derecho en el plano internacional.

307. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la Comisión seguirá teniendo en cuenta, cuando proceda, el estado de derecho como principio de gobernanza y los derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho, como se refleja en el preámbulo y el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional[462].

308. En su labor actual, la Comisión es consciente de "la estrecha relación entre el estado de derecho y los tres pilares de las Naciones Unidas (paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos)"[463], sin primar uno a expensas del otro. En este contexto, tiene presente que la

[460] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/63/10).

[461] *Ibid., sexagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/64/10), párr. 231; *ibid., sexagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/65/10), párrs. 390 a 393; *ibid., sexagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/66/10), párrs. 392 a 398; *ibid., sexagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/67/10), párrs. 274 a 279; *ibid., sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 171 a 179; *ibid., sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 273 a 280; *ibid., septuagésimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/70/10), párrs. 288 a 295; *ibid., septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 314 a 322; *ibid., septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 269 a 278; *ibid., septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párrs. 372 a 380; e *ibid., septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 293 a 301.

[462] Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 2012, relativa a la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, párr. 41.

[463] Informe del Secretario General sobre la evaluación de la eficacia del apoyo del sistema de las Naciones Unidas a la promoción del estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos, S/2013/341, 11 de junio de 2013, párr. 70.

Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reconoce la necesidad de un estado de derecho efectivo y una buena gobernanza a todos los niveles[464].

309. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, la Comisión es consciente de los retos actuales a que se enfrenta el estado de derecho. Teniendo presente que la Asamblea General ha destacado la importancia de fomentar el intercambio de las mejores prácticas nacionales sobre el estado de derecho[465], la Comisión desea recordar que gran parte de su labor consiste en recopilar y analizar prácticas nacionales relacionadas con el estado de derecho con miras a evaluar su posible contribución al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

310. Teniendo presente el papel de los procesos de los tratados multilaterales en la promoción del estado de derecho[466], la Comisión recuerda que su labor en relación con diferentes temas ha dado lugar a varios procesos de tratados multilaterales y a la aprobación de diversos tratados de ese tipo[467].

311. Durante el actual período de sesiones, celebrado después de que se aplazara su período de sesiones de 2020 debido a la pandemia de COVID-19, la Comisión ha seguido contribuyendo a la promoción del estado de derecho, entre otras formas con su labor sobre los temas incluidos en su actual programa de trabajo "Protección de la atmósfera" (aprobado en segunda lectura en el actual período de sesiones), "Aplicación provisional de los tratados" (aprobado en segunda lectura en el actual período de sesiones), "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", "La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional", "La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado" y "Principios generales del derecho".

312. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

4. Formato híbrido del actual período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional

313. La Comisión expresa su agradecimiento a las mesas de sus períodos de sesiones 71º y 72º, además de a la Secretaría, por las disposiciones organizativas adoptadas para que la Comisión se reuniera en su 72º período de sesiones, en 2021, en un formato híbrido. Este formato ha permitido a los miembros participar ya sea de forma presencial en el Palacio de las Naciones o en línea a través de una plataforma (Zoom) con interpretación simultánea a distancia en todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas. La Comisión también expresa su agradecimiento al Gobierno de Suiza, anfitrión de la Comisión, por haber adoptado las medidas necesarias para poder celebrar el período de sesiones en formato híbrido y facilitar el viaje a Ginebra de los miembros que han asistido presencialmente al período de sesiones, así como al personal de la Secretaría. Destaca que la celebración del período de sesiones en formato híbrido y la funcionalidad de la plataforma en línea utilizada (Zoom) han sido esenciales para el éxito del período de sesiones. No habría podido celebrar su período de sesiones sin la presencia de algunos miembros y del personal de la Secretaría en Ginebra. Su presencia permitió el buen funcionamiento de la Comisión; de otro modo, su labor podría haberse visto afectada.

314. La Comisión también señala que el período de sesiones se ha celebrado de acuerdo con las normas sanitarias y las medidas de mitigación de la COVID-19 establecidas en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Por ejemplo, no se ha permitido que el personal de la Secretaría distribuya ninguna documentación en formato impreso. Los documentos necesarios para participar en las sesiones de la Comisión se han podido consultar en línea en una unidad específica habilitada por la Secretaría y por otros medios electrónicos.

---

[464] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 21 de octubre de 2015, párr. 35.

[465] Resolución 75/141 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 2020, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional, párrs. 2 y 19.

[466] *Ibid*., párr. 8.

[467] Véase, más concretamente, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 294.

315. La Comisión agradece los extraordinarios esfuerzos que se han realizado para que sus deliberaciones avanzaran adecuadamente y que han permitido llevar a buen término su período de sesiones. No obstante, desea señalar que su labor habitual se ha visto considerablemente alterada a pesar de todos los esfuerzos desplegados y medidas adoptadas para mejorar la situación. Se ha hecho frente a una serie de dificultades, en especial en la primera parte del período de sesiones, entre ellas que: a) el horario de trabajo se ha visto reducido, en particular para la toma de decisiones y las negociaciones, debido a que los miembros se encontraban en distintos husos horarios; en razón de las condiciones especiales en que se ha organizado el período de sesiones, se ha contado con servicios de interpretación durante menos tiempo que las tres horas habituales, por lo que la Comisión no ha podido reunirse seis horas al día, como acostumbraba a hacer; y, además, no ha habido suficiente flexibilidad, ya que, por las circunstancias, el Comité de Redacción no ha podido utilizar el tiempo de reunión no empleado en sesión plenaria como hubiera sido habitual, aunque los miembros de la Comisión sí han aprovechado ese tiempo para celebrar consultas informales; b) los miembros de la Comisión han tenido que trabajar en diferentes husos horarios y ello ha requerido numerosos ajustes en su horario de trabajo, lo que ha generado cansancio y tensiones adicionales, sobre todo para los miembros que han estado constantemente trabajando en línea a horas muy tempranas de la mañana o muy tardías de la noche; c) dado que la colegialidad es fundamental para el funcionamiento de la Comisión y, aunque se ha intentado garantizar la igualdad entre los miembros y que estos trabajen en las mismas condiciones, la situación ha afectado de manera más evidente al Comité de Redacción, que ha visto mermada su capacidad para trabajar de la manera habitual, que incluye contactos e intercambios informales; d) ha sido difícil proceder a un ejercicio de redacción detallada en un entorno virtual, a lo que tampoco ha contribuido la limitación de la distribución de documentos en formato impreso; e) en algunos casos ha habido problemas de conectividad a Internet y el sonido ha sido deficiente debido al equipo utilizado, lo que ha dificultado la comprensión de lo que se decía y ha imposibilitado la interpretación; f) el acceso de los miembros que han participado en línea a los servicios de la Biblioteca ha resultado complicado, a pesar de la mayor disponibilidad de recursos en línea y del material bibliográfico puesto a disposición de los miembros por la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra; g) la ausencia de los asistentes de los miembros del Palacio de las Naciones y de Ginebra ha impedido a los miembros implicarlos plenamente en su trabajo, lo que ha perjudicado a unos y otros; y h) por segundo año consecutivo, el Seminario de Derecho Internacional no ha podido celebrarse, lo que ha supuesto la pérdida de una valiosa interacción entre los miembros de la Comisión y los participantes en el Seminario, que suelen ser jóvenes juristas y profesores que se especializan en derecho internacional y funcionarios que siguen una carrera académica o diplomática en la administración pública de sus países. En la segunda parte del período de sesiones, la situación experimentó una ligera mejora. Por ejemplo, hubo flexibilidad en los horarios de trabajo, se contó con la participación de más miembros de forma presencial y los asistentes también pudieron estar presentes.

316. En general, la capacidad de la Comisión se ha visto reducida y, sobre todo, la negociación detallada de los textos ha resultado complicada. No obstante, la Comisión señala que ha merecido la pena celebrar el período de sesiones y que cabe extraer algunas lecciones que pueden ser útiles para adaptar sus métodos de trabajo.

5. Honorarios

317. La Comisión reitera su opinión, expresada en sus informes anteriores, sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación por la Asamblea General de su resolución 56/272, de 27 de marzo de 2002[468]. Insiste en que la resolución 56/272 afecta

[468] Véanse *ibid., quincuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/57/10), párrs. 525 a 531; *ibid., quincuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/58/10), párr. 447; *ibid., quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/59/10), párr. 369; *ibid., sexagésimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/60/10), párr. 501; *ibid., sexagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/61/10), párr. 269; *ibid., sexagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 379; *ibid., sexagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/63/10), párr. 358; *ibid., sexagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/64/10), párr. 240; *ibid., sexagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 10*

especialmente a los Relatores Especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación.

6. Documentación y publicaciones

318. La Comisión subrayó una vez más la singularidad del método que empleaba para el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, en cuanto que concedía especial relevancia a la práctica de los Estados y a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales cuando abordaban cuestiones de derecho internacional. Reiteró la importancia que tenía la aportación y puesta a disposición de toda prueba de práctica de los Estados y otras fuentes del derecho internacional pertinentes para el desempeño de su cometido. Los informes de sus Relatores Especiales requerían una presentación adecuada de los precedentes y de otros datos relevantes, como tratados, resoluciones judiciales y doctrina, así como un análisis exhaustivo de las cuestiones que se examinaban. La Comisión quiso destacar que tanto ella como sus Relatores Especiales eran plenamente conscientes de la necesidad de ahorrar siempre que fuera posible en el volumen general de la documentación y que seguirían teniendo presentes esas consideraciones. Si bien tenía conciencia de las ventajas de ser lo más concisa posible, la Comisión reiteró su firme convencimiento de que no podía limitarse *a priori* la extensión de los documentos y los proyectos de investigación relacionados con su labor. De ahí que no se pudiera pedir a los Relatores Especiales que redujeran la longitud de sus informes después de presentarlos a la Secretaría, con independencia de las estimaciones que esta hubiera hecho de su extensión antes de la presentación. Los límites de palabras no eran aplicables a la documentación de la Comisión, como había reiterado sistemáticamente la Asamblea General[469]. La Comisión también subrayó la importancia de que los Relatores Especiales preparasen sus informes en el plazo fijado y los enviasen a la Secretaría para su tramitación y remisión a la Comisión con antelación suficiente, al objeto de que estos se publicasen en todos los idiomas oficiales, a ser posible cuatro semanas antes del inicio de la parte correspondiente del período de sesiones de la Comisión. A ese respecto, la Comisión reiteró su petición de que: a) los Relatores Especiales presentaran sus informes en los plazos fijados por la Secretaría; y b) la Secretaría siguiera velando por que la documentación oficial de la Comisión se publicara oportunamente en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

319. La Comisión reiteró su firme convencimiento de que las actas resumidas de sus sesiones, que constituían trabajos preparatorios indispensables para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, no podían ser objeto de restricciones arbitrarias en cuanto a su extensión. Observó con satisfacción una vez más que las medidas implantadas en su 65º período de sesiones (2013) para racionalizar la tramitación de sus actas resumidas habían acelerado la remisión de la versión en inglés a los miembros de la Comisión con miras a la introducción de los cambios pertinentes y a su pronta publicación. Pidió nuevamente a la Secretaría que retomara la práctica de redactar las actas resumidas provisionales tanto en francés como en inglés y que siguiera esforzándose por mantener las medidas en cuestión a fin de asegurar la pronta remisión de las actas provisionales a los miembros de la Comisión. Además, observó que el método más reciente de presentar las actas provisionales por vía electrónica para poder introducir las modificaciones pertinentes con control de cambios

(A/65/10), párr. 396; *ibid., sexagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 399; *ibid., sexagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 280; *ibid., sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 181; *ibid., sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), párr. 281; *ibid., septuagésimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 299; *ibid., septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/71/10), párr. 333; *ibid., septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 282; *ibid., septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párr. 382; e *ibid., septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 302.

[469] Para consideraciones relativas al límite de páginas de los informes de los relatores especiales, véanse, por ejemplo, *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 133, y *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 133 y 134. Véanse también la resolución 32/151 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1977, párr. 10, y la resolución 37/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1982, párr. 5, así como resoluciones posteriores relativas a los informes anuales de la Comisión a la Asamblea General.

estaba funcionando sin problemas. La Comisión también celebró que esos métodos de trabajo hubieran permitido una utilización más racional de los recursos y pidió a la Secretaría que prosiguiera sus esfuerzos por facilitar la preparación de las actas definitivas en todos los idiomas oficiales sin poner en peligro su integridad.

320. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los servicios que habían intervenido en la tramitación de su documentación, tanto en Ginebra como en Nueva York, por sus esfuerzos para que esta se llevara a cabo de manera oportuna y eficiente, a menudo con plazos ajustados. Hizo hincapié en que la tramitación oportuna y eficiente de la documentación era esencial para que pudiera llevar a cabo su labor de manera fluida. El trabajo realizado por todos los servicios se agradece aún más en las circunstancias actuales.

321. La Comisión reafirmó su compromiso con el multilingüismo y recordó la importancia primordial que se daba en su labor a la igualdad de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, como se destacaba en las resoluciones de la Asamblea General 69/324, de 11 de septiembre de 2015, y 73/346, de 16 de septiembre de 2019.

322. La Comisión expresó una vez más su sincero reconocimiento a la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra, que seguía prestando asistencia a los miembros de la Comisión con eficiencia y competencia. Agradeció el material bibliográfico que la Biblioteca había preparado para la Comisión y quiso destacar que la Biblioteca seguía prestando valiosos servicios incluso con las limitaciones impuestas por la pandemia de COVID-19 en el actual período de sesiones.

7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

323. La Comisión reiteró que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* era crucial para comprender la labor de la Comisión en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, así como en el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. Tomó nota de que la Asamblea General, en sus resoluciones 74/186 y 75/135, expresó su reconocimiento a los Gobiernos que habían realizado contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario* y alentó a que se hicieran nuevas contribuciones al Fondo.

324. La Comisión recomendó que la Asamblea General, al igual que en sus resoluciones 74/186 y 75/135, expresara su satisfacción por los notables avances logrados en los últimos años para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario* en los seis idiomas oficiales y acogiera con beneplácito los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, especialmente su Sección de Edición, por dar cumplimiento efectivo a las resoluciones pertinentes de la Asamblea General en que se pedía que se redujera el retraso, y que alentara a la División de Gestión de Conferencias a que siguiera prestando todo el apoyo necesario para que la Sección de Edición avanzara con el *Anuario*.

8. Asistencia de la División de Codificación

325. La Comisión expresó su agradecimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación de la Secretaría en la prestación de servicios sustantivos a la Comisión, así como por la continua asistencia a los Relatores Especiales y en la preparación de estudios de investigación minuciosos sobre aspectos relacionados con los temas que estaban siendo examinados, atendiendo a las solicitudes de la Comisión. En particular, la Comisión expresó su agradecimiento a la Secretaría por los esfuerzos realizados en 2020 y 2021, que le habían permitido reunirse de manera informal y formal incluso con el telón de fondo de la pandemia de COVID-19.

9. Sitios web

326. La Comisión expresó su profundo reconocimiento a la Secretaría por el sitio web sobre la labor de la Comisión y celebró que continuara con su actualización y mejora[470].

[470] http://legal.un.org//ilc.

Reiteró que ese y otros sitios web gestionados por la División de Codificación[471] constituían un recurso inestimable para la Comisión y para el conjunto de investigadores interesados en su labor, lo que contribuía a potenciar en general la enseñanza, el estudio y la difusión del derecho internacional y a lograr que se valorase en mayor medida. La Comisión celebró que el sitio web sobre su labor contuviera información sobre el estado actual de los temas de su programa, así como enlaces a versiones preliminares editadas de las actas resumidas y a las grabaciones de audio y vídeo de sus sesiones plenarias.

10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

327. La Comisión observó con reconocimiento una vez más el extraordinario valor de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[472], que permite promover un mejor conocimiento del derecho internacional y de la labor de las Naciones Unidas en este ámbito, incluidos los trabajos de la Comisión.

C. Fecha y lugar de celebración del 73er período de sesiones de la Comisión

328. La Comisión decidió que su 73er período de sesiones se celebrara en Ginebra, del 18 de abril al 3 de junio y del 4 de julio al 5 de agosto de 2022.

D. Recursos presupuestarios para la celebración de los futuros períodos de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional

329. La Comisión destaca la importancia de contar con los recursos presupuestarios necesarios para que todos sus miembros puedan asistir al período de sesiones anual y para asegurar la presencia de todo el equipo sustantivo de la Secretaría necesario con objeto de garantizar el funcionamiento eficaz de la Comisión. Le inquieta que las limitaciones presupuestarias de los últimos años hayan reducido el presupuesto hasta situarlo por debajo de ese nivel. Habida cuenta de la función que desempeña en el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la Comisión considera esencial que todos sus miembros puedan asistir a sus sesiones, pues ello garantiza que las principales culturas y ordenamientos jurídicos del mundo estén representados en ella. Ha reiterado en numerosas ocasiones su opinión sobre la cuestión de los honorarios, así como sobre la medida en que la labor de investigación de los Relatores Especiales se ve afectada por la falta de recursos. Destaca la importancia de que se asignen los recursos presupuestarios necesarios para su funcionamiento y el de la Secretaría, incluida la necesidad de que los Relatores Especiales (en particular los de regiones en desarrollo) reciban la asistencia que precisan a fin de realizar las investigaciones necesarias para la elaboración de sus informes. La Comisión acoge con satisfacción todos los esfuerzos realizados en el marco de la sección correspondiente del presupuesto por programas para responder a esas preocupaciones. Propone que se considere la posibilidad de establecer un fondo fiduciario a fin de prestar apoyo a los Relatores Especiales y hacer frente a los problemas presupuestarios para la asistencia al completo de su Secretaría.

E. Cooperación con otros órganos

330. En la 3548ª sesión, celebrada el 22 de julio de 2021, la Magistrada Joan E. Donoghue, Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión de las recientes actividades judiciales de la Corte[473]. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

331. Lamentablemente, debido a las limitaciones impuestas por la pandemia de COVID-19, la Comisión no pudo mantener un intercambio de opiniones con la Comisión de

[471] En general, puede consultarse en: http://legal.un.org/cod/.
[472] http://legal.un.org/avl/intro/welcome_avl.html.
[473] La intervención se recoge en el acta resumida de esa sesión.

Derecho Internacional de la Unión Africana, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa ni el Comité Jurídico Interamericano. La Comisión sigue valorando su cooperación con dichos organismos y expresa su deseo de que puedan organizarse intercambios de opiniones en los futuros períodos de sesiones.

332. El 15 de julio de 2021 tuvo lugar un intercambio informal de opiniones entre miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre temas de interés mutuo. El Sr. Gilles Carbonnier, Vicepresidente del CICR, pronunció unas palabras de bienvenida, a las que siguieron observaciones introductorias por parte de la Sra. Cordula Droege, Oficial Jurídico Principal y Jefa de la División Jurídica del CICR, y del Sr. Dire D. Tladi, Vicepresidente Primero de la Comisión. Hubo exposiciones sobre los temas "Posición del CICR sobre los sistemas de armas autónomos", a cargo del Sr. Neil Davison, Asesor Científico y de Políticas del CICR, y "La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional", a cargo de la Sra. Patrícia Galvão Teles y la Sra. Nilüfer Oral, Copresidentas del Grupo de Estudio de la Comisión sobre el tema. También hubo un debate, moderado por la Sra. Helen Durham, Directora del Departamento de Derecho Internacional y Política del CICR, sobre "La protección del medio ambiente en los conflictos armados" entre la Sra. Marja Lehto, Relatora Especial sobre el tema "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados" y la Sra. Helen Obregón Gieseken, Asesora Jurídica del CICR. La Sra. Durham pronunció unas palabras a modo de conclusión.

F. Representación en el septuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General

333. La Comisión decidió que, en el septuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, estaría representada por su Presidente, el Sr. Mahmoud D. Hmoud.

G. Seminario de Derecho Internacional

334. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario de Derecho Internacional, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. Debido a la pandemia de COVID-19, no ha habido Seminario en 2020 ni en 2021. La Comisión expresa su deseo de que el Seminario se organice en 2022.

335. La Comisión da las gracias a los Estados que han seguido realizando contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional y recomienda que la Asamblea General haga un nuevo llamamiento a los Estados para que realicen contribuciones voluntarias a fin de que el Seminario que se organice en 2022 tenga la mayor participación posible y una distribución geográfica adecuada.

Anexo

Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

Autor: Charles C. Jalloh

I. Introducción

1. La Corte Internacional de Justicia, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas por los Estados, ha de aplicar el Artículo 38, párrafo 1, de su Estatuto. Esta disposición, que oficialmente solo va dirigida a los magistrados de la Corte, es considerada en general una de las declaraciones más autorizadas, si no la que más, de las fuentes del derecho internacional. El Artículo 38, párrafo 1, de la Corte Internacional de Justicia establece entre otras cosas que esta, al resolver las controversias que le sean sometidas, aplicará:

a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho*, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59[1]. [Sin cursiva en el original.]

2. No es de sorprender que, dada la importancia que tienen las fuentes para el ordenamiento jurídico internacional, la Comisión de Derecho Internacional haya dedicado mucho tiempo a estudiar las identificadas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en concreto las convenciones internacionales y, más recientemente, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. De hecho, podría decirse que la contribución más importante de la Comisión hasta la fecha ha sido su labor sobre el derecho de los tratados, cuyo punto culminante fue la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[2], si bien no se detuvo ahí[3]. Esa obra inicial relativa al derecho de los tratados ha dado paso posteriormente a estudios de la Comisión cada vez más especializados sobre el tema. En ellos se abordan, por ejemplo, la cuestión de los tratados celebrados entre

[1] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 38, párr. 1, Carta de las Naciones Unidas (1945), Anexo I, en especial págs. 21 a 30.

[2] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331; Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, 23 de agosto de 1978, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, pág. 3, y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.5).

[3] Véase en general Comisión de Derecho Internacional, "About the Commission", que puede consultarse en: https://legal.un.org/ilc/ (consultado por última vez el 27 de julio de 2021). La labor conexa de la Comisión incluye los temas siguientes: "El derecho de los tratados" (1949-1966); "Reservas a las convenciones multilaterales" (1951); "Sucesión de Estados en materia de tratados" (1968-1974); "Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales" (1970-1982); "Reservas a los tratados" (1993-2011); "Efectos de los conflictos armados en los tratados" (2004-2011); "Actos unilaterales de los Estados" (1996-2006); "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados", anteriormente "Los tratados en el tiempo" (2008-2018); "Aplicación provisional de los tratados" (2012-2021); *"Ius cogens"*, ahora "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*" (desde 2015).

Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales[4], las reservas a los tratados[5], los efectos de los conflictos armados en los tratados[6], los actos unilaterales de los Estados[7], los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados[8], la aplicación provisional de los tratados[9] y las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[10].

3. En relación con el Artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte, que se refiere a la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, la Comisión incluyó en el programa de trabajo de su 64º período de sesiones (2012) el tema "Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario", aunque en su 65º período de sesiones (2013)[11] cambió el título por el de "Identificación del derecho internacional consuetudinario". En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión aprobó en segunda lectura un proyecto de conclusiones, con comentarios, sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, que remitió con una recomendación final, de conformidad con el Artículo 23 de su Estatuto[12]. La Asamblea General, en su septuagésimo tercer período de sesiones (2018), acogió con beneplácito la conclusión de la labor de la Comisión sobre el tema y tomó nota del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario que figuraba como anexo a su resolución[13]. Lo señaló a la atención de los Estados y alentó a que se le diera la máxima difusión posible.

4. Continuando con su labor de dilucidar las fuentes esenciales del derecho internacional, en su 70º período de sesiones (2018) la Comisión decidió añadir el tema "Principios generales del derecho" a su programa de trabajo y nombró un relator especial[14]. Los principios generales del derecho han dado lugar a varias cuestiones en la práctica y, por supuesto, son también una fuente del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[15]. En 2019, durante el 71er período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial sobre el tema "Principios generales del derecho" presentó su primer informe, y en 2020, el segundo[16]. No obstante, debido a la pandemia mundial de COVID-19, se adoptó la medida excepcional de posponer un año el período de sesiones, de modo que el debate sobre este último informe solo pudo tener lugar durante el 72º período de sesiones, en 2021[17].

---

[4] Naciones Unidas (1982), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones* (A/37/10), párrs. 12 a 63.

[5] Naciones Unidas (2011), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63er período de sesiones* (A/66/10), en especial pág. 27 y ss.

[6] *Ibid.*, en especial pág. 117 y ss.

[7] Naciones Unidas (2006), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones* (A/61/10), párrs. 160 a 177.

[8] Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones* (A/73/10), en especial pág. 11 y ss.

[9] *Ibid.*, pág. 219 y ss.

[10] Naciones Unidas (2019), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 71er período de sesiones* (A/74/10), en especial pág. 154 y ss.

[11] Comisión de Derecho Internacional, *Acta resumida provisional de la 3132ª sesión*, 22 de mayo de 2012 (A/CN.4/SR.3132), pág. 23.

[12] Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones* (A/73/10), pág. 128 y ss.

[13] Véase la resolución 73/203 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, párrs. 1 y 4.

[14] Comisión de Derecho Internacional, *Acta resumida provisional de la 3433ª sesión*, 19 de julio de 2018 (A/CN.4/SR.3433), pág. 3.

[15] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945), art. 38, párrafo 1 c), Carta de las Naciones Unidas, Anexo I, págs. 21 a 30.

[16] Marcelo Vázquez-Bermúdez (Relator Especial sobre el tema "Principios generales del derecho"), *Primer informe sobre los principios generales del derecho*, 5 de abril de 2019 (A/CN.4/732); Marcelo Vázquez-Bermúdez (Relator Especial sobre el tema "Principios generales del derecho"), *Segundo informe sobre los principios generales del derecho*, 9 de abril de 2020 (A/CN.4/741); véase también Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Principios generales del derecho*, Memorando de la Secretaría, 12 de mayo de 2020 (A/CN.4/742).

[17] Véase Comisión de Derecho Internacional, "Daily Bulletin, Seventy-second Session (2021)", que puede consultarse en: https://legal.un.org/ilc/sessions/72/bulletin.shtml (Consultado por última vez el 30 de julio de 2021). (El debate en sesión plenaria sobre el tema "Principios generales del derecho"

5. El enfoque de la Comisión respecto de la elucidación de las fuentes del derecho internacional parece haber sido bien recibido por los Estados y la comunidad jurídica internacional. Hasta la fecha, la Comisión ha concluido estudios para aclarar cuestiones relacionadas con los tratados y el derecho consuetudinario. Asimismo, avanza bien en el estudio de los principios generales del derecho, una fuente a veces desatendida y otras mal comprendida. Hasta ahora, la Comisión ha llevado a cabo un examen sistemático de los tres primeros apartados del Artículo 38, párrafo 1. No obstante, apenas se ha ocupado del último apartado del Artículo 38, párrafo 1, relativo a los "medios auxiliares" para la determinación de las normas de derecho internacional.

6. El tema ha surgido, claro está, en el contexto de la labor llevada a cabo por la Comisión a lo largo de los años. Por ejemplo, en el 71er período de sesiones, en el debate en sesión plenaria del primer informe sobre los principios generales del derecho, se puso de manifiesto la falta de claridad respecto de los medios auxiliares. No obstante, no se ha examinado por separado para determinar su posible valor, aun cuando, según los términos empleados, se trata simplemente de "medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho". En cualquier caso, hay aspectos de estos medios auxiliares y de su interacción y relación con las fuentes que son inciertos, confusos y cabría decir, incluso, que están por resolver. Así pues, para no dejar lagunas desde el punto de vista de la claridad, la previsibilidad y la uniformidad del derecho internacional, se propone que la Comisión considere la posibilidad de completar su estudio sistemático del Artículo 38, párrafo 1, examinando también los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional que se enumeran en el apartado d) de ese párrafo, es decir, *las decisiones judiciales* y *las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones*.

7. Las "decisiones judiciales", así como las "doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones" han desempeñado un papel fundamental en el desarrollo del derecho internacional. Sobre todo, aunque no únicamente, ello resulta evidente en los años de formación del derecho internacional. El peso de las decisiones judiciales y de las obras académicas varía en función del órgano jurisdiccional y del ámbito del derecho internacional de que se trate. Teniendo en cuenta su labor anterior y más reciente sobre las fuentes del derecho internacional y su mandato específico como órgano de expertos en derecho internacional general, la Comisión parece estar especialmente bien situada para aclarar varios aspectos de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho. Entre esos aspectos cabría mencionar la naturaleza, el alcance y las funciones de los medios auxiliares respecto de las fuentes del derecho internacional.

8. Al igual que ha ocurrido con otros temas recientes relacionados con las fuentes, y sin perjuicio de que del presente estudio pueda resultar una conclusión diferente, el análisis del tema podría dar lugar a un proyecto de conclusiones acompañadas de comentarios. La preferencia por un proyecto de conclusiones sería un reflejo del enfoque de la Comisión sobre los temas "Identificación del derecho internacional consuetudinario"[18] y "Principios generales del derecho"[19]. En la práctica de la Comisión no existe todavía una definición única de "proyecto de conclusiones". En el sentido en que aquí se emplea, se propone que el resultado del estudio sobre el tema sea fruto de un proceso de deliberación razonada y una reafirmación de las normas y prácticas constatadas en relación con los medios auxiliares a la hora de determinar las normas de derecho internacional. Así pues, podría suponerse que el contenido de ese proyecto de conclusiones, en consonancia con el Estatuto y la práctica habitual de la Comisión, reflejaría tanto la codificación como el desarrollo progresivo del derecho internacional.

comenzó con la presentación del Relator Especial el 12 de julio de 2021, durante la 3536ª sesión de la Comisión, y concluyó con la remisión al Comité de Redacción el 21 de julio de 2021, durante la 3546ª sesión de la Comisión).

[18] Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones* (A/73/10), págs. 128 a 131.

[19] Naciones Unidas (2019), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 71er período de sesiones* (A/74/10), pág. 362 y ss.

II. El tema cumple los criterios de la Comisión sobre nuevos temas

9. El tema cumple los criterios de selección de nuevos temas establecidos por la Comisión en 1996 y reiterados en 1998[20]. Los requisitos son que el tema debe: a) reflejar las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional; b) encontrarse en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación, y c) ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación[21]. Aunque no es aplicable en esta situación, por tratarse de un tema clásico de derecho internacional general, la Comisión convino además en que no debía limitarse a los temas tradicionales, sino que también podía examinar los que representaran una evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional[22].

10. Los criterios de selección de temas de la Comisión antes mencionados se cumplen en el presente caso. El tema es importante para los Estados, ya que promueve una mejor comprensión de las *decisiones judiciales* y de las *doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones*, así como de los enfoques prácticos y teóricos subyacentes que han adoptado las distintas cortes y tribunales nacionales e internacionales. Hay abundante jurisprudencia internacional y nacional, así como bibliografía académica, en que se hace referencia a las decisiones judiciales y a la doctrina de los publicistas, aunque no siempre expresamente como medios auxiliares, en el proceso de determinación de las normas de derecho internacional aplicables[23]. Así pues, el estudio de los enfoques y las opiniones divergentes sobre el uso de medios auxiliares en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d) podría dar lugar a una guía metodológica autorizada y, probablemente, ayudaría a establecer el peso que se les debe atribuir en el proceso de determinación de la existencia de las normas de derecho internacional en relación con los apartados a) a c) del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

11. Además, el tema está lo suficientemente avanzado en lo que se refiere a práctica estatal, lo que permite la codificación y el desarrollo progresivo. Esto se debe a que existe un voluminoso *corpus* de decisiones judiciales nacionales e internacionales. Asimismo, ha aumentado enormemente el número de cortes y tribunales internacionales en el último medio siglo, y hay una amplia obra académica y bibliografía especializada en que se hace referencia a los medios auxiliares para la determinación de normas de derecho.

12. El tema es también concreto y viable, dado que se centra en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto y, junto a trabajos anteriores de la Comisión, constituye una oportunidad de completar la contribución de esta a dilucidar el papel de los medios auxiliares en la identificación de las fuentes del derecho internacional. Así pues, puede ser un complemento útil de la labor en curso en relación con el Artículo 38, párrafo 1 c), acerca de los principios generales del derecho y, dependiendo de cuándo lo aborde la Comisión, podría facilitar una exploración más a fondo de posibles sinergias entre aquel y el Artículo 38, párrafo 1 d).

---

[20] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 72 y 73, párr. 238 (A/CN.4/SER.A/1997/Add.1); *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 553 (A/CN.4/SER.A/1998/Add.1).

[21] *Ibid*. Véase también Naciones Unidas (2000), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones* (A/55/10), en especial pág. 267, párr. 728.

[22] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 553 (A/CN.4/SER.A/1998/Add.1): “La Comisión convino además en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que también podría examinar los que representaran la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general”.

[23] Véase Sandesh Sivakumaran, “The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, pág. 1 (2017). Véase también Sondre T. Helmersen, “Scholarly Judicial Dialogue in International Law”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, pág. 464 (2017). Para una detallada monografía publicada recientemente sobre la doctrina, véase Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 2021).

III. Breve sinopsis sobre el Artículo 38, párrafo 1, y dudas acerca de los medios auxiliares

13. El lugar que ocupan en el Artículo 38, párrafo 1, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones sigue siendo objeto de debate entre los autores. Incluso parece haber una divergencia de opiniones doctrinales sobre si el Artículo 38, párrafo 1, establece uno o dos grupos. Hay un enfoque según el cual se considera que las decisiones judiciales a las que se refiere el apartado d) del párrafo 1 son una fuente del derecho al igual que las fuentes mencionadas en los apartados a) a c) de dicho párrafo, y que la redacción del Artículo 38 es esencial en principio y no hay gran dificultad en considerar que un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho es una fuente del derecho, no meramente por analogía, sino directamente[24]. De acuerdo con el segundo enfoque, quizá predominante, en el Artículo se establecen dos grupos: en los apartados a) a c) del párrafo 1 se enumeran las fuentes formales que pueden dar lugar a normas de derecho internacional jurídicamente válidas[25], mientras que en el apartado d) de ese párrafo se recogen medios alternativos o adicionales por los que se pueden determinar las normas de derecho existentes[26]. Dicho de otro modo, se entiende que los medios auxiliares son únicamente un vehículo para la determinación o constatación de la existencia o el contenido de las fuentes, no se considera que sean en sí mismos fuentes. La oportunidad de estudiar esta cuestión podría permitir a la Comisión aclarar la situación jurídica existente, tomando como base la práctica, y ofrecer orientaciones sobre el estatus y el uso de los medios auxiliares en diferentes ámbitos del derecho internacional.

14. Además, en el debate sobre la amplia categoría de las “decisiones judiciales”, se plantean cuestiones relativas al estatus de las decisiones de los tribunales *nacionales* en contraposición con las de las cortes y tribunales *internacionales*[27]. Aunque las decisiones judiciales no pueden ser en sí mismas fuente del derecho, en las conclusiones de los órganos judiciales al interpretar y aplicar los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho que determinan las normas de derecho internacional se pueden identificar obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados, las organizaciones internacionales y otros órganos.

15. En lo que respecta a la relación de los medios auxiliares con las distintas fuentes del derecho internacional, las decisiones judiciales parecen desempeñar diferentes funciones. A veces aclaran normas convencionales generales o las interpretan con un propósito para aplicarlas a situaciones que podrían no haber sido contempladas anteriormente[28]. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de las Naciones Unidas, ha contribuido sustancialmente, mediante los fallos que ha emitido, al desarrollo de diversos ámbitos del derecho internacional, como el derecho que rige el uso de la fuerza, el derecho

---

[24] Robert Y. Jennings, “International Lawyers and the Progressive Development of International Law”, en *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, págs. 413 a 424 (J. Makarczyk ed., 1996).

[25] Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law* (2013), núm. 24, págs. 649 y 652; O. J. Lissitzyn, “Reviewed Work: International Law, Vol. 1 (3rd ed.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals por Georg Schwarzenberger”, *American Journal of International Law* (1959), vol. 53, pág. 197.

[26] *Ibid.*, en especial pág. 653 (en que se cita a Schwarzenberger).

[27] Véase Sienho Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases”, *Journal of International Dispute Settlements* (2016), vol. 7, pág. 472.

[28] Véase Corte Internacional de Justicia, *Handbook of the International Court of Justice*, págs. 98 a 100, núm. de venta 1055 (2016), que puede consultarse en: www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf (consultado por última vez el 27 de julio de 2021). (De hecho, ya en 1949, la Corte Internacional de Justicia reconoció esa “nueva situación” en relación con la Carta de las Naciones Unidas en *Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, opinión consultiva, *ICJ Reports 1949*). (“La Corte se enfrenta aquí a una situación nueva. Las cuestiones a las que da lugar solo pueden resolverse comprendiendo que la situación está dominada por las disposiciones de la Carta consideradas a la luz de los principios de derecho internacional”). Desde entonces, en numerosas decisiones, la Corte ha reconocido expresamente la evolución del derecho internacional y ha subrayado la importancia de esa evolución para la determinación del derecho aplicable al caso en cuestión.

del mar, la delimitación de las fronteras marítimas, la responsabilidad del Estado, el derecho de los tratados, las relaciones consulares, el asilo, el derecho internacional del medio ambiente, la descolonización y la libre determinación, entre otros. La Corte, a su vez, suele aplicar las normas sustantivas a cuya conclusión ha llegado en decisiones anteriores. Con ese proceso, mediante decisiones judiciales que explican normas de derecho internacional, también contribuye a la consolidación, si no al desarrollo, del derecho internacional[29].

16. En cuanto al derecho internacional consuetudinario, según se explica en el memorando preparado por la Secretaría de la Comisión sobre el tema "Identificación del derecho internacional consuetudinario", "[l]as decisiones de los tribunales nacionales cumplen dos funciones generales en la determinación del derecho internacional consuetudinario"[30]. Una de ellas es la de poner de manifiesto la práctica estatal. La otra ayudar a la determinación de normas de derecho. Esta dualidad fue reconocida en las conclusiones finales de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario[31]. Así pues, tomando como base esa labor previa y la labor en curso sobre los principios generales del derecho, podría resultar de utilidad para el análisis de este tema considerar el papel que desempeñan las decisiones judiciales de las cortes y tribunales nacionales e internacionales en la interpretación y aplicación de las normas de derecho internacional articuladas en los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, como se prevé en el Artículo 38.

17. Claro está que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no surgió de la nada. En una obra de 1908, Oppenheim daba una idea de la situación previa a la redacción del Artículo 38:

> Aparte del Tribunal Internacional de Presas acordado en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, pero aún no establecido, no existen cortes o tribunales internacionales que puedan definir estas normas consuetudinarias y aplicarlas de manera autorizada en causas que se conviertan en precedentes vinculantes para cortes y tribunales de rango inferior. Los especialistas en derecho internacional, y en especial los tratadistas, tienen que ocupar en cierto modo el lugar de los jueces y pronunciarse sobre si existe o no una costumbre establecida, si existe un uso únicamente en contraposición a una costumbre, si un uso reconocido ha madurado hasta convertirse en una costumbre, y otras cuestiones similares... Por ese motivo, los manuales de derecho internacional tienen mucha más importancia para la aplicación del derecho que los de otras ramas del derecho[32].

18. El actual artículo 38, párrafo 1 d), se basa en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El Comité Consultivo de Juristas de 1920, concretamente el Presidente Descamps, propuso el siguiente enunciado: la jurisprudencia internacional como medio de

[29] Véase Corte Internacional de Justicia, *Handbook of the International Court of Justice*, pág. 77, núm. de venta 1055 (2016), que puede consultarse en: www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf (consultado por última vez el 27 de julio de 2021). (Se llega a la conclusión de que "[u]n fallo de la Corte no se limita a decidir una controversia en particular, sino que, inevitablemente, contribuye también al desarrollo del derecho internacional. Plenamente consciente de ello, la Corte tiene en cuenta esos dos objetivos al preparar y redactar sus fallos").

[30] Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional: *Identificación del derecho internacional consuetudinario: 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, 9 de febrero de 2016 (A/CN.4/691).

[31] Véase, por ejemplo, Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones* (A/73/10), págs. 129 a 131 (conclusiones 6, 10, 13 y 14). Abarcan, en algunos de estos casos, tanto las decisiones judiciales de los tribunales nacionales como la doctrina de los publicistas.

[32] Aldo Z. Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals", *European Journal of International Law* (2013), vol. 24, págs. 649 y ss., en especial pág. 659. Véase también L F. L. Oppenheim, "The Science of International Law: Its Task and Method", *American Journal of International Law* (1908), vol. 2, pág. 313.

aplicación y desarrollo del derecho[33]. Hubo cierta oposición. En debates ulteriores, el Presidente Descamps dijo que, sin duda, la doctrina y la jurisprudencia no creaban el derecho, pero que ayudaban a determinar las normas existentes. Y añadió que un juez debía recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina, aunque solo con fines de elucidación[34]. La propuesta inicial de Descamps no fue aprobada. En un debate posterior, el Sr. Root y el Sr. Phillimore presentaron una formulación alternativa[35]. Ante la continua oposición, Descamps sugirió la siguiente formulación: "la Corte tendrá en cuenta las decisiones judiciales y los escritos de los publicistas más reputados de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho"[36]. El propio Descamps también propuso que se añadiera "como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho". El texto se aprobó sin cambios[37]. Así pues, como parte del estudio propuesto, se espera que un examen detenido de la historia de la redacción de la disposición pueda resultar útil para aclarar la función prevista y el lugar actual de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

IV. Decisiones judiciales

19. En el primer párrafo del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se indica claramente que las "decisiones judiciales" son un "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho"[38]. Dicho esto, como ha argumentado un autor, "esta fórmula subestima el papel que desempeñan las decisiones de las cortes y tribunales internacionales en el proceso de creación de normas. Fallos razonados de forma convincente a menudo tienen una influencia notable en el proceso de creación de normas, aun cuando, en teoría, los tribunales aplican el derecho vigente y no crean normas nuevas"[39]. Por supuesto que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son obligatorias, sino para las partes, e incluso entonces, solo respecto del caso que ha sido decidido (Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)[40]. Así pues, aunque no exista una obligatoriedad de respetar el precedente ante la Corte similar a la que se observa en los ordenamientos jurídicos del derecho anglosajón *(common law)*, en que hay una jerarquía de los precedentes judiciales con arreglo a la cual los precedentes establecidos por los tribunales de rango superior son vinculantes para los tribunales de rango inferior, en la práctica, la Corte Internacional de Justicia se basa en sus propias decisiones anteriores. Ello redunda en una mayor previsibilidad y coherencia en la aplicación del derecho internacional. Además, ayuda a promover la seguridad jurídica respecto de los Estados y las organizaciones internacionales. La Corte solo se aparta de decisiones anteriores por razones de peso y, cuando lo hace, suele ofrecer una justificación razonada.

20. A veces puede resultar difícil determinar si la interpretación del Artículo 38, párrafo 1, ha de ser estricta o amplia. La Corte también se basa, naturalmente, en la labor de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. Lo mismo hacen las partes que recurren a la Corte. Asimismo, las partes y los terceros que puedan intervenir suelen remitirse ampliamente tanto a decisiones judiciales como a escritos u obras académicas. En sus conclusiones, la Corte también se remite con frecuencia, tal vez como cabría esperar, a decisiones de otras cortes y tribunales internacionales y nacionales. Solo en un número relativamente reducido de casos ha citado obras de académicos en sus principales fallos,

[33] *Ibid.*, pág. 651.

[34] *Ibid.*, pág. 652.

[35] Aldo Z. Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals", *European Journal of International Law* (2013), vol. 24, págs. 649 y ss., en especial pág. 652.

[36] *Ibid.*

[37] *Ibid.*

[38] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 38, párr. 1 d), Carta de las Naciones Unidas (1945), Anexo I, en especial págs. 21 a 30.

[39] Rudolf Bernhardt, "Custom and Treaty in the Law of the Sea", en *Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Academy. of International Law* (1987), vol. 205, págs. 247 a 330.

[40] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 59, Carta de las Naciones Unidas (1945), Anexo I, en especial págs. 21 a 30.

aunque la labor de órganos especializados, como la Comisión, parece ocupar un lugar destacado a la hora de pronunciarse en una causa o de emitir una opinión consultiva.

21. En la actualidad, la Corte se remite cada vez más a decisiones judiciales de otras cortes y tribunales, siguiendo una tendencia que solo cabe esperar que se acentúe a medida que se impone la especialización en el derecho internacional. La Corte ha citado, por ejemplo, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar[41], a la Corte Centroamericana de Justicia[42], al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[43] (ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea), algunos laudos arbitrales[44] y a órganos regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos[45], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[46] y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[47]. En relación con esta última, en 2010, en su fallo en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. la República Democrática del Congo*), la Corte se remitió a la interpretación que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos hacía del artículo 12, párrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[48]. La Corte dijo:

> [c]uando la Corte tiene que aplicar un instrumento regional de protección de los derechos humanos, ha de tener debidamente en cuenta la interpretación de dicho instrumento que hayan hecho los órganos independientes creados específicamente, de ser el caso, para supervisar la correcta aplicación del tratado en cuestión[49].

22. Además, la Corte Internacional de Justicia se ha remitido con frecuencia a la labor de tribunales especializados, como el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[50] y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda[51], en relación con cuestiones de derecho penal internacional y de derecho internacional humanitario. En algunos casos, como los citados en

---

41 Véase *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, 19 de noviembre, págs. 624 y ss., en especial, pág. 666, párr. 114.

42 Véase *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras*: *Nicaragua intervening*), fallo, *I.C.J. Reports 1992*, 11 de septiembre, págs. 351 y ss., en especial pág. 599, párr. 401 (en referencia al fallo en la causa relativa a *El Salvador contra Nicaragua*, *American Journal of International Law*, pág. 674 (Corte Centroamericana de Justicia, 1917)).

43 Véase *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (The former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo, 5 de diciembre, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 644 y ss., en especial págs. 678 y 679, párr. 109.

44 Véase *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, 8 de octubre, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 701, párr. 133 (en referencia al laudo dictado el 24 de marzo de 1922 por el Consejo Federal Suizo en la Disputa Fronteriza entre Colombia y Venezuela (1922), *R.I.A.A.*, vol. I, págs. 223 y ss.). Sobre la misma causa, en el párrafo siguiente, la Corte también se refirió al laudo dictado el 23 de enero de 1933 por el Tribunal Especial de Límites en el caso de las fronteras de Honduras (Guatemala contra Honduras) (1949), *R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1325).

45 Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, indemnización, 19 de junio, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., en especial pág. 331, párr. 13.

46 Véanse *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, 26 de febrero, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 92, párr. 119; *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, indemnización, 19 de junio, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., en especial pág. 331, párr. 13, y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, 3 de febrero, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 132, párr. 72.

47 Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, cuestiones de fondo, fallo, 30 de noviembre, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párrs. 66 y 67.

48 *Ibid.*, pág. 664, párr. 67.

49 *Ibid*. Véase también en Mads Andenas y Johann R. Leiss, "The Systemic Relevance of 'Judicial Decisions' in Article 38 of the ICJ Statute", *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2017), vol. 77, págs. 907 a 972, un análisis a fondo del artículo 38 y del enfoque de la Corte Internacional de Justicia sobre las decisiones judiciales.

50 Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, 26 de febrero, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 130, párr. 212.

51 *Ibid.*, pág. 126, párr. 198.

el párrafo anterior, la Corte ha tenido en cuenta resoluciones de tribunales especializados. Del mismo modo, dado que cada ámbito del derecho internacional forma parte de un ordenamiento jurídico internacional más amplio, esos tribunales también suelen remitirse a la Corte Internacional de Justicia en busca de una orientación autorizada sobre la situación del derecho internacional en cuestiones fundamentales, además de a las fuentes mencionadas en el Artículo 38.

23. Asimismo, podría ser interesante examinar la práctica de los tribunales especializados y de los tribunales nacionales en el seguimiento de las decisiones de la Corte sobre cuestiones de derecho internacional general, en el marco de lo que suele denominarse diálogo judicial entre las distintas cortes y tribunales[52]. Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se ha referido a estos medios auxiliares contemplados en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A modo de ejemplo, en la causa *Kupreškić y otros*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal dijo que, al ser de carácter internacional, el Tribunal no podía sino basarse en las fuentes bien establecidas del derecho internacional y, en ese marco, en las decisiones judiciales[53]. En cuanto al valor que debía darse a esas decisiones, la Sala de Primera Instancia consideró que solo debían utilizarse como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho[54]. El Tribunal aclaró, además, que el precedente judicial no es una fuente de derecho específica en el enjuiciamiento penal internacional[55]. A ese respecto, el artículo 20, párrafo 3, del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona especifica que los magistrados de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial se guiarán por las decisiones de la Sala de Apelaciones de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda[56]. No obstante, el Tribunal Especial para Sierra Leona subrayó que esa disposición no suponía que las decisiones de esos tribunales internacionales constituyeran fuentes directas ni que fueran vinculantes para el Tribunal[57].

24. Una posición similar puede observarse en el caso de la Corte Penal Internacional, cuyo corpus de derecho aplicable según el artículo 21[58] del Estatuto de Roma refleja, en gran medida, las fuentes enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Aparte de aplicar su propio estatuto, así como los tratados pertinentes y otros principios y normas de derecho internacional, además de los principios generales derivados del derecho interno de los ordenamientos jurídicos del mundo, incluida la legislación de los

[52] Véase, por ejemplo, el análisis académico del diálogo judicial en el ámbito del derecho de los derechos humanos en *Special Issue: Judicial Dialogue in Human Rights*, editado por Elżbieta Karska y Karol Karski, *International Community Law Review* (2019), vol. 21, pág. 5.

[53] Aldo Z. Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals", *European Journal of International Law* (2013), vol. 24, págs. 649 y ss., en especial pág. 653; véase también L. F. L. Oppenheim, "The Science of International Law: Its Task and Method", *American Journal of International Law* (1908), vol. 2, pág. 313.

[54] *Ibid.*

[55] Aldo Z. Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals", *European Journal of International Law* (2013), vol. 24, págs. 649 y ss., en especial pág. 653.

[56] Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 20, párr. 3, 16 de enero de 2002, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, pág. 145.

[57] Véase *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et. al.*, causa núm. SCSL-04-15-T, fallo, 2 de marzo de 2009, Tribunal de Primera Instancia, pág. 295. Para un comentario sobre las contribuciones de la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona al derecho penal internacional, véanse *Charles C. Jalloh, The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge University Press, 2020); Charles C. Jalloh (ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge University Press, 2014); *Symposium: The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, *FIU Law Review* (2021), vol. 15, núm. 1; Charles C. Jalloh, "The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law", *FIU Law Review* (2021), vol. 15, núm. 1, págs. 1 a 13; Charles C. Jalloh, "Closing Reflections on the Contributions on the SCSL's Legal Legacy", *FIU Law Review* (2021), vol. 15, núm. 1, págs. 91 a 95.

[58] Véase un excelente comentario en Margaret M. deGuzman, "Article 21", en O. Triffterer y K. Ambos, eds., *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3ª ed., Munich y Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016), págs. 932 a 948.

Estados que normalmente tendrían competencia para conocer de diversos delitos dentro de su jurisdicción, la Corte Internacional de Justicia puede aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

25. Si bien el lugar que ocupan las decisiones judiciales, incluidas las de otras cortes y tribunales, dependerá de los estatutos o instrumentos constitutivos correspondientes e incluso de la jurisprudencia de esas cortes y tribunales, existe una práctica muy diversa en relación con el recurso a decisiones judiciales para determinar las normas jurídicas aplicables en un caso concreto como medio auxiliar para la determinación del derecho. Ello lleva a plantear la cuestión: ¿qué es una "decisión judicial"? Además, el término "decisiones judiciales", que figura en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte no va acompañado del calificativo "internacional" o "nacional", ni siquiera "regional", lo que parece sugerir que quizá sea necesario entender de manera más general los términos "judicial" y "decisiones".

26. También siguen planteándose cuestiones acerca de la relevancia y el peso de las decisiones de los tribunales nacionales, frente a las de las cortes y tribunales internacionales, así como de las de los órganos jurisdiccionales regionales y los tribunales cuasijudiciales, en la determinación de las normas de derecho *internacional* en el contexto de las fuentes. Asimismo, es legítimo preguntarse si, en el contexto de la determinación de normas específicas, la labor de los grupos *ad hoc* especializados o de árbitros designados por una o dos partes en litigio deberían tener el mismo peso que las decisiones de órganos judiciales establecidos por cortes o tribunales internacionales o regionales creados por Estados, especialmente los de carácter universal o cuasiuniversal. Este es el caso, en particular, en ámbitos como el derecho internacional de las inversiones o cuando la decisión de esos órganos arbitrales se aparta de las normas de derecho internacional existentes.

27. En algunos casos, también se ha planteado como motivo de preocupación que diferentes cortes y tribunales internacionales puedan conocer de una misma controversia simultáneamente, o llegar a conclusiones contradictorias respecto de la misma norma internacional, lo que daría lugar a cuestiones relativas a sus respectivas competencias institucionales y a las relaciones jerárquicas existentes entre esas instancias[59]. Aunque esas preocupaciones y cuestiones pueden tener cierta importancia, quedan fuera del alcance del presente tema.

28. En este contexto más amplio, debería ser posible identificar una metodología que pueda ayudar a establecer el valor y el peso que debe atribuirse a las decisiones judiciales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional aplicables. Ello permitiría a la Comisión adoptar un enfoque coherente que podría ser de utilidad para los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y tribunales, así como para los académicos y profesionales del derecho internacional.

V. Las doctrinas de los publicistas de mayor competencia

29. Un segundo aspecto que se señala en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es que "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones" son también un "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho". Es cierto que, históricamente, la labor de los académicos reconocidos ha sido de gran importancia para dilucidar las normas de derecho internacional aplicables[60]. Esa importancia parece ser ahora algo menor, en parte porque los Estados han regulado cada vez más ámbitos tomando como base instrumentos internacionales y, cuando estos no existen o resultan insuficientes, recurriendo, en su caso, al derecho internacional consuetudinario y a

[59] La preocupación por la fragmentación y los conflictos entre regímenes también ha dado lugar a debates sobre la unidad, coherencia y legitimidad del derecho internacional. Véase, a este respecto, *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), en especial págs. 192 a 202 (A/CN.4/SER.A/2006/Add.1); Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, 13 de abril de 2006, en especial págs. 14 y 15, párr. 13 (A/CN.4/L.682).

[60] Véase Sandesh Sivakumaran, "The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law", *International and Comparative Law Quarterly* (2017), vol. 66, pág. 1. Véase también Sondre T. Helmersen, "Scholarly Judicial Dialogue in International Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2017), vol. 16, pág. 464.

los principios generales del derecho, aunque en el proceso de determinación de la existencia y el contenido de las normas aplicables a partir de esas fuentes también suelen consultarse obras académicas. Las cortes y tribunales, independientemente de "las doctrinas" de "los publicistas de mayor competencia", también pueden acceder con medios electrónicos al extenso *corpus* de práctica estatal que figura en compendios y otras fuentes fiables que recopilan esa información. Esto parece limitar la necesidad de basarse en la labor de los "publicistas".

30. Los distintos tribunales y sistemas jurídicos nacionales e internacionales adoptan enfoques diferentes respecto de las doctrinas de los publicistas, o de la doctrina en general, en el contexto de la determinación de las normas de derecho, ya sean de carácter nacional o internacional. Mientras que las doctrinas de los publicistas solo están presentes en cierta medida en los fallos de la Corte Internacional de Justicia y hay un número relativamente reducido de fallos que hace referencia a ellas, las obras académicas ocupan un lugar muy destacado en los votos particulares de los magistrados, así como en las resoluciones de otras numerosas cortes y tribunales internacionales. También son habituales en decisiones de tribunales regionales y otros tribunales internacionales. Entre ellos cabe citar el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Penales Internacionales, incluida la Corte Penal Internacional, además de otros órganos, como los de la Organización Mundial del Comercio. A menudo, algunas cortes y tribunales nacionales e internacionales incluso reciben o solicitan con frecuencia opiniones de académicos que actúan como *amicus curiae* en relación con cuestiones jurídicas específicas.

31. Si las obras de académicos o publicistas tienen cierto peso, al menos como ayuda para la interpretación, parece que las que proceden de grupos de académicos y de ciertos órganos de expertos podrían considerarse aún más autorizadas. Una cuestión previa sería si se puede considerar que las obras conjuntas de expertos forman parte de las doctrinas de los publicistas. Si así fuera, también habría que distinguir entre los resultados de la labor de órganos de expertos de carácter estrictamente *privado* y la de órganos de expertos creados por Estados u organizaciones internacionales. Sin duda, los dictámenes de grupos de juristas internacionales dedicados a evaluar científicamente el estatus del derecho que constituye codificación o desarrollo progresivo podrían resultar útiles e influyentes. Así pues, podrían entrar en la categoría de "doctrinas". Algunos ejemplos de estos grupos de expertos serían los grupos *ad hoc* y los grupos permanentes, como el Harvard Research in International Law (1929-1932), el Institut de Droit International y la International Law Association (Asociación de Derecho Internacional). Todos estos órganos, de carácter privado, han hecho, en diferentes momentos de la historia, aportaciones de utilidad para la clarificación y el avance de ciertos ámbitos del derecho internacional.

32. Los órganos creados por Estados, por ejemplo los establecidos por tratados y a los que se han encomendado funciones específicas con arreglo a dichos tratados, como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité Internacional de la Cruz Roja, pueden tener, dependiendo de la cuestión de que se trate, cierta autoridad en la determinación de las normas de derecho internacional aplicables (al menos en lo que se refiere a la interpretación de aspectos jurídicos que entran en su ámbito de competencia). Una consideración similar podría tener la labor de órganos jurídicos o de codificación de ámbito regional, como la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana, la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa o el Comité Jurídico Interamericano, que están vinculados a Estados o a organizaciones creadas por Estados, si bien a nivel regional. Así se ha reconocido en anteriores trabajos de la Comisión, por ejemplo en los proyectos de conclusión en que se aborda el dictamen de los órganos de expertos en el contexto del tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados[61]. Por tanto, parecería adecuado llevar a cabo un nuevo examen en relación con el Artículo 38, párrafo 1.

[61] Naciones Unidas (2018), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones* (A/73/10), pág. 122, párr. 18. ("A menudo, un acuerdo de todas las

33. De manera análoga, se *podría* considerar la labor de la Comisión en el cumplimiento del mandato que le ha encomendado la Asamblea General de ayudar a los Estados a promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación de conformidad con el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, la Comisión, sus miembros y sus relatores especiales no solo se remiten a menudo a decisiones judiciales, sino que también lo hacen sistemáticamente a las "doctrinas" de los académicos. Estas referencias aparecen, por ejemplo, en los informes y en los comentarios a los artículos, principios y directrices aprobados, así como en los debates en sesión plenaria y en los comités de redacción. Con arreglo a su Estatuto, la Comisión puede incluso establecer relaciones más estrechas con esas autoridades, dado que también tiene la posibilidad de consultar formalmente con "instituciones científicas y con especialistas" (artículo 16). Además, se requiere expresamente que presente sus proyectos de artículos a la Asamblea General, acompañados de "[u]na presentación adecuada de los precedentes y otros datos pertinentes, con inclusión de tratados, *sentencias judiciales* y *doctrina*" (artículo 20 a)).

34. En cuanto a la codificación, para la evaluación de la práctica estatal la Comisión podría solicitar a los Gobiernos "leyes, decretos, *sentencias judiciales*..." (artículo 19, párrafo 2). Del mismo modo, al determinar los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, la Comisión debe tener debidamente en cuenta la compilación y publicación de "documentos relativos a la práctica de los Estados y a las *decisiones de los tribunales nacionales e internacionales* en materia de derecho internacional" (artículo 24). Tales disposiciones legales parecen demostrar la relevancia de esas decisiones, no solo para los órganos judiciales, sino también para los órganos internacionales de especialistas en derecho que prestan asistencia en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Dicho esto, la Comisión se ha abstenido de reclamar un estatus o autoridad especial para su propia obra, lo que es comprensible, si bien hay tribunales y académicos que tienden a atribuirle cierta autoridad.

35. Al final, aunque omnipresentes en las cortes y tribunales nacionales e internacionales y en la labor de los expertos y de la Comisión, al menos como ayuda para la interpretación del derecho, las obras de especialistas en derecho, grupos de estos especialistas y otros órganos especializados han atraído una atención más limitada como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional. No obstante, como señaló el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Paquete Habana*, "[a] esas obras recurren con frecuencia las cortes y tribunales de justicia, no para conocer las especulaciones de sus autores sobre qué debería constituir derecho, sino para encontrar en ellas pruebas fidedignas de qué es derecho en realidad"[62]. Así pues, la calidad, objetividad y exhaustividad de las obras son vitales para que estas se consideren autorizadas. Podrían resultar de interés las cuestiones relativas a cómo evaluar la influencia de los académicos y sus obras mediante enfoques empíricos o de otro tipo.

36. Curiosamente, después de la decisión en el asunto *Paquete Habana*, en 1900, no parece que haya habido muchos intentos de sistematizar la categoría de "decisiones judiciales" y las "doctrinas de los publicistas de mayor competencia". En última instancia, tal vez debido a la naturaleza del tema, sigue sin ser uniforme la manera en que se valoran metodológicamente las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones y el peso que se les asigna en la determinación de las normas de derecho aplicables. También cabe plantear, en un mundo multicultural y pluralista,

partes en un tratado, o incluso de únicamente una gran parte de ellas, acerca de la interpretación expuesta en un pronunciamiento solo es concebible si puede considerarse la falta de objeciones como acuerdo de los Estados partes que han guardado silencio. El proyecto de conclusión 10, párrafo 2, establece, como norma general, que "[e]l silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción". La segunda oración del párrafo 3 no pretende reconocer una excepción a esta norma general, sino que trata de precisar y aplicar la norma a los casos típicos de pronunciamientos de órganos de expertos"). Véase también Georg Nolte (Relator Especial sobre el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados"), *Cuarto informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, 7 de marzo de 2016 (A/CN.4/694).

[62] Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900), págs. 686 a 700.

cómo se utiliza el lenguaje del derecho internacional para que la construcción de entendimientos del derecho internacional por los publicistas pueda ser realmente representativa de un sistema de derecho internacional universal.

VI. Alcance del tema y posibles cuestiones que habría que abordar

37. Teniendo en cuenta lo anterior, se propone que el estudio de la Comisión abarque algunas cuestiones subyacentes en relación con el Artículo 38, párrafo 1 d), con objeto de determinar cómo han utilizado los "medios auxiliares" los Estados, las cortes y tribunales internacionales y las organizaciones internacionales, así como los órganos de expertos de carácter privado y gubernamentales y el mundo académico, en el proceso de determinación de las normas de derecho (internacional) aplicables.

38. Sin excluir otras cuestiones o aspectos que puedan surgir en el transcurso de la labor sobre el tema, cabe sugerir que la Comisión analice principalmente lo siguiente:

i) La descripción del tema, los objetivos y la metodología;

ii) La naturaleza y el alcance de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho:

a) Los orígenes de los medios auxiliares, incluida la historia de la redacción durante la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y el papel funcional que desempeñan en diferentes ámbitos del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho económico internacional, entre otros;

b) El alcance y la terminología en relación con los "medios auxiliares", incluido el significado de "medios", "auxiliares", "decisiones", "judiciales", "determinación", "normas de derecho", "doctrinas", "publicistas", "de mayor competencia" y "distintas naciones";

c) El estatus de los medios auxiliares y su uso por parte de los Estados, en particular en las decisiones de órganos jurisdiccionales internacionales, así como, en última instancia, en las decisiones judiciales y en las doctrinas de los publicistas, como prueba del derecho internacional;

d) Las funciones de los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho y la relación entre ellos, también en las cortes y tribunales nacionales e internacionales, así como las diferencias que pueda haber al respecto entre los distintos ordenamientos jurídicos;

iii) La relación de los medios auxiliares con las fuentes del derecho internacional: es decir, los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho;

iv) Los diversos métodos para determinar el peso y el valor asignados a las decisiones judiciales y el peso de las doctrinas de los publicistas de las distintas naciones como medio auxiliar para determinar las normas de derecho y la diferencia existente entre el peso asignado a las obras de académicos frente a las de grupos de académicos y órganos de expertos oficiales o de otro tipo en los distintos ordenamientos jurídicos;

v) Una bibliografía que incluya una relación de obras en distintos idiomas sobre medios auxiliares en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), recopiladas en el curso del estudio y solicitadas a los Estados;

vi) Posibles resultados del estudio (conclusiones), y

vii) Otras cuestiones.

VII. Propuesta de método de trabajo sobre el tema

39. El método de trabajo sobre el tema se basará en documentación y bibliografía primaria y secundaria. La labor se guiará principalmente por la amplia práctica estatal, los tratados y otros instrumentos internacionales, las decisiones judiciales de cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales competentes, así como por la legislación, los decretos y otra

documentación nacional. También se tendrán en cuenta las obras académicas, incluidas las de expertos y órganos de expertos y las de organizaciones internacionales pertinentes, atendiendo, en particular, a la naturaleza del presente tema y a la letra y el espíritu del Artículo 38, párrafo 1 d).

VIII. Conclusión

40. En general, parece que las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia son una forma de prueba del derecho internacional y que las cortes y tribunales internacionales y nacionales se remiten a ellas habitualmente. Según los términos empleados, solo son "medios auxiliares" para la "determinación" de las normas de derecho. No obstante, ante la confusión y la existencia de enfoques judiciales divergentes entre cortes y tribunales nacionales e internacionales, parece haber margen para aportar mayor claridad sobre qué decisiones judiciales y doctrinas se incluyen, así como sobre sus posibles efectos, jurídicos y de otro tipo, en el sistema del derecho internacional moderno. En este contexto, un estudio exhaustivo del Artículo 38, párrafo 1 d), podría ayudar a complementar la labor principal de la Comisión sobre la identificación de las normas de derecho internacional y los temas de los que se ha ocupado recientemente en este importante ámbito del derecho internacional general. Con ello, la Comisión podría contribuir significativamente a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional en relación con el tema clásico de las fuentes del derecho internacional.

Bibliografía preliminar/seleccionada

1. Instrumentos jurídicos

Statute of the International Court of Justice, U.N. Charter, Annex I, at 21-30 (1945).

Statute of the Special Court for Sierra Leone, Jan. 16, 2002, 2178 U.N.T.S. 145.

Vienna Convention on the Law of Treaties , May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties, Aug. 23, 1978, 1946 U.N.T.S. 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties Concluded Between States and International Organizations, or between International Organization, Mar. 21, 1986, 1155 U.N.T.S 331.

2. Documentos de la Comisión de Derecho Internacional

Georg Nolte (Special Rapporteur for subsequent practice in relation to treaty interpretation), *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, U.N. Doc. A/CN.4/694 (Mar. 7, 2016).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *First report on general principles of law*, U.N. Doc. A/CN.4/732 (Apr. 5, 2019).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *Second report on general principles of law*, U.N. Doc. A/CN.4/741 (Apr. 9, 2020).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Second report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (May 22, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international Law), *Third report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (Mar. 27, 2015).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fourth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/695 (Mar. 8, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fifth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/717 (Mar. 14, 2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Thirty-fourth Session, U.N. Doc. A/37/10 (1982).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-fourth Session, U.N. Doc A/47/10 (1992).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-eighth Session, U.N. Doc A/51/10 (1996).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Sixty-third Session, U.N. Doc. A/66/10 (2011).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventieth Session, U.N. Doc. A/73/10 (2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventy-first Session, U.N. Doc. A/74/10 (2019).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3132nd meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3132 (May 22, 2012).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3433rd meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3433 (July 19, 2018).

U.N. Secretariat, Identification of customary international law, The role of decisions of national courts in the case law of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determinization of customary international law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/691 (Feb. 9, 2016).

U.N. Secretariat, General principles of law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/742, (May 12, 2020).

3. Jurisprudencia

A. International Court of Justice

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. and Montenegro), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 43 (Feb. 26).

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Rep. of Maced. v. Greece), Judgment, 2011 I.C.J. Rep. 644 (Dec. 5).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgment, 2010 I.C.J. Rep. 639 (Nov. 30).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgement, 2012 ICJ Rep. 324 (June 19).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 5).

Continental Shelf (Tunis./Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, 1982 I.C.J. Rep. 18 (Feb. 24).

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, 1984 I.C.J. Rep. 3 (Mar. 21).

Jurisdictional Immunities of the State (Ger. v. It.: Greece intervening), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 99 (Feb. 3).

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal. v. Hond.: Nicar. intervening), Judgment, 1992 I.C.J. Rep. 351 (Sept. 11)(Referring to the judgment in El Sal. v. Nicar. AJIL 674 (CACJ 1917)).

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Eq. Guinea intervening), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 303 (Oct. 10).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226 (July 8).

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahr. (Qatar v. Bahr.), Merits, Judgment, 2001 I.C.J. Rep. 40 (Mar. 16).

Military and Paramilitary Activities (Nicar. V. U.S.), 1986 I.C.J. Rep. 14 (June 27).

North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den., F.R.G., v. Neth.), Judgement, 1969 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 20).

Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), Preliminary Objection, Judgment, 1953 I.C.J. Rep. 111 (Nov. 18).

Territorial and Maritime Dispute (Nicar. v. Colom.), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 624 (Nov. 19).

Territorial and Maritime Dispute between Nicar. and Hond. in the Caribbean Sea (Nicar. v. Hond.), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 659 (Oct. 8) (Referring to the award rendered on Mar. 24, 1922 by the Swiss Federal Council in Frontier Dispute between Colombia and Venezuela, I R.I.A.A. 223 (1922)).

B. Inter-American Court of Human Rights

Case of the Rochela Massacre v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 175 (Jan. 28, 2008).

Case of Cantoral Huamaní and García Santa Cruz v. Peru, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 176 (Jan 28, 2008).

Case of Escué Zapata v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 178 (May 5, 2008).

Case of the Miguel Castro Prison v. Peru, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 181 (Aug. 2, 2008).

Case of Albán Cornejo et al. v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 183 (Aug. 5, 2008).

Case of the Saramaka People v. Surin., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 185 (Aug. 12, 2008).

Case of García Prieto et al. v. El Sal., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 188 (Nov. 24, 2008).

Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 189 (Nov. 26, 2008).

C. Other

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et. al., Case No. SCSL-04-15-T, Trial Court Judgment (Mar. 2, 2009).

The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900).

4. Publicaciones

William J. Aceves, *Symposium Introduction: Scholarship as Evidence of International Law*, 26 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. R. 1 (2003).

Michael Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, 47 Brit. Y.B. Int'l L. 1 (1975).

Rosanne van Alebeek & André Nollkaemper, *The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law*, in U.N. Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy 356–413 (H. Keller & G. Ulfstein eds., Cambridge Univ. Press, 2012).

Karen J. Alter et. al., *Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences*, 27 Eur. J. Int'l L. 293 (2016).

Mads Andenas & Johann R. Leiss, *The Systemic Relevance of "Judicial Decisions" in Article 38 of the ICJ Statute, in* 77 Max-Planck-Institut für Ausländisches Offentliches Recht und Völkerrecht 907-972 (2017).

Rudolf Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, in Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Acad. Int'l L. (Vol. 205), 247-330 (1987).

Eirik Bjorge, *The Convention as a Living Instrument Rooted in the Past, Looking to the Future*, 36 Hum. Rts. L. J. 243 (2016).

Eirik Bjorge, *The convergence of the methods of treaty interpretation: Different regimes, different methods of interpretation?*, in A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law, 498–535 (Mads Andenas & Eirik Bjorge eds., Cambridge Univ. Press, 2015).

Eirik Bjorge, The Evolutionary Interpretation of Treaties (Oxford University Press, 2014).

Michael Bohlander, *The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia—A First Overview, in* 3 The Global Community Y.B. Int'l L. & Juris. 195 (2003).

Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 Eur. J. Int'l Law 649 (2013).

Christopher J. Borgen, *Resolving Treaty Conflicts*, 37 Geo. Wash. L. R. 573 (2005).

Thomas Buergenthal, Lawmaking by the ICJ and Other International Courts (Cambridge Univ. Press, 2009).

Philippe Cahier, *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*, *in* Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, 353-66 (J. Makarczyk ed., 1996).

Jonathan I. Charney, *Is International Law Threatened by the Multiplication of International Tribunals?*, *in* Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Acad. Int'l L. (Vol. 271), 101-372 (1999).

Bin Cheng (ed.), International Law: Teaching and Practice (Stevens, Lond., 1982).

Hiram E. Chodosh, *An Interpretive Theory of International Law: The Difference Between Treaty and Customary Law*, 28 Vand. J. Transnat'l L. 973 (1995).

H. Vern Clemons, *The Ethos of the International Court of Justice is Dependent Upon the Statutory Authority Attributed to its Rhetoric: A Metadiscourse*, 20 Fordham Int'l L. J. 1479 (1996).

James Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law (9th ed., Oxford Univ. Press, 2019).

Jean D'Aspremont, Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules (Oxford Univ. Press, 2013).

Lori F. Damrosch et. al., *Scholars in the Construction and Critique of International Law*, 94 Am. Soc'y Int'l L. 317 (2021).

Margaret M. deGuzman, "Article 21", in O. Triffterer and K. Ambos, eds., Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (3rd ed., Munich and Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016) 932–948.

Favio Farinella, *Reinterpretación de las fuentes del Derecho Internacional desde una perspectiva de derechos humanos*, 15 Rev. Anuales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales 407 (2018).

Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), The Oxford Handbook of the History of International Law (Oxford Univ. Press, 2012).

Andreas Føllesdal, *To Guide and Guard International Judges*, 46 N. Y. U. J. Int' l. & Pol. 793 (2014).

Mathias Forteau, *Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons from the International Law Commission*, 109 Am. J. Int'l L. 498 (2015).

Jean P.A. François, *L'influence des publicistes sur le development du droit international*, *in* Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel, 275-81 (Sirey, Paris, 1961).

Gilbert Guillaume, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, 2 J. Int'l Disp. Settlement 5 (2011).

Gilbert Guillaume, *Le précédent dans la justice et l'arbitrage international*, 3 J. De Droit Int'l 685 (2010).

Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea*, 11 J. Int'l Disp. Settlement 20 (2020).

Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 L. & Pract. of Int'l Cts. & Trib. 464 (2017).

Sondre T. Helmersen, The Application of Teachings by the International Court of Justice (Cambridge Univ. Press, 2021).

Larissa van den Herik, *The decline of customary international law as a source of international criminal law*, *in* Custom's Future: International Law in a Changing World, 230-52 (C. A. Bradley ed., Cambridge Univ. Press, 2016).

Larissa van den Herik, *Using custom to reconceptualize crimes against humanity*, *in* Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals, 80-105 (S. Darcy & J. Powderly eds., Oxford Univ. Press, 2010).

Gleider I. Hernández, The International Court of Justice and the Judicial Function (Oxford Univ. Press, 2014).

Jakob v. H. Holtermann & Mikael R. Madsen, *European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible*, 28 Leiden J. Int'l L. 211 (2015).

Charles C. Hyde, International Law as Interpreted and Applied by the United States (Vol. 1) (Sagwan Press, 2018).

Clifford J. Hynning, *Sources of International Law*, 34 Chi.-Kent L. Rev. 116 (1956).

Int'l Ct. of Justice, Handbook of the International Court of Justice, U.N. Sales No. 1055 (2016), available at https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf (last accessed July 27, 2021).

Charles C. Jalloh, The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone (Cambridge Univ. Press, 2020).

Charles C. Jalloh (ed.), The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law (Cambridge Univ. Press, 2014).

Symposium, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, 15 FIU L. Rev. 1 (2021).

Charles C. Jalloh, *The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law*, 15 FIU L. Rev. 1, 1-13 (2021).

Charles C. Jalloh, *Closing Reflections on the Contributions on the SCSL's Legal Legacy*, 15 FIU L. Rev. 1, 91-95 (2021).

Robert Y. Jennings, *The judiciary, international and national, and the development of international law*, 45 Int'l & Comp. L. Q. 1 (1996).

Robert Y. Jennings, *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, *in* Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, 413-24 (J. Makarczyk ed., 1996).

Jörg Kammerhofer, *Lawmaking by scholars*, *in* Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking, 305-25 (C Brölmann & Y Radi eds., Edward Elgar, 2016).

David Kennedy, *The Sources of International Law*, 2 Am. Univ. Int'l L. Rev. 1 (1987).

Thomas Kleinlein, *Judicial Lawmaking by Judicial Restrain? The Potential of Balancing in International Economic Law*, 12 Ger. L. J. 1141 (2011).

Robert Kolb, The International Court of Justice (Hart, 2016).

Manfred Lachs, The Teacher in International Law: Teachings and Teaching (2d ed., Martinus Nijhoff, 1987).

Evangelia Linaki, *Judicial Decisions: What kind of Source of International Law*?, The Lex-Warrior Online L. J. (Sept. 22, 2013), available at http://www.journal.lex-warrier.in/2013/09/22/judicial-decisions-kind-source-international-law/ (last accessed July 30, 2021).

Anja Lindroos, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, 74 Nord. J. Int'l L. 27 (2005).

O. J. Lissitzyn, *Reviewed Work: International Law. Vol. 1 (3rd ed.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals. by Georg Schwarzenberger*, 53 Am. J. Int'l. L. 197 (1959).

Mulamba Benjamin M'Buyi, Introduction À L'étude Des Sources Modernes Du Droit International Public (Bruylant, 1999).

Jenny S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, 56 Stanford L. Rev. 429 (2003).

Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 Int'l & Comp. L. Q. 279 (2005).

Maurice Mendelson, *The ICJ and the sources of international law*, *in* Fifty Years of the International Court of Justice 63-89 (V. Lowe & M. Fitzmaurice eds., Cambridge Univ. Press, 1996).

Nathan Miller, *An International Jurisprudence? The Operation of 'Precedent' Across International Tribunals*, 15 Leiden J. Int'l L. 483 (2002).

Philip M. Moremen, *National Court Decisions As State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?*, 32 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 259 (2006).

André Nollkaemper, *Concerted adjudication in case of shared responsibility*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2014-27 (2014), available at https://pure.uva.nl/ws/files/2401010/156047_Concerted_Adjudication_in_Cases_of_Shared_Responsibility.pdf (last accessed July 31, 2021).

Gbenga Oduntan, The Law and Practice of the International Court of Justice (1945-1996): A Critique of the Contentious and Advisory Jurisdiction (Fourth Dimension Pub., 1999).

Karen Oellers-Frahm, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions*, in Max-Planck Y.B. U.N. L Online (Vol. 5), 67-104 (2001).

L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, 2 Am. J. Int'l L. 313 (1908).

Andre Oraison, *Réflexions sur "La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations"*, 2 Rev. Bel. de Droit Int'l 507 (1991).

Andreas L. Paulus, *The Judge and International Custom*, *in* The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 253-265 (F. Baetens & R. Bismuth eds., Martinus Nijhoff, 2013).

Mehrdad Payandeh, *Book Note*, 12 Int'l J. Const. L. 832 (2014) (Reviewing Marc Jacob, Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice (2014)).

Michael Peil, *Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice*, (1) 3 Cambridge J. Int'l L. 136 (2012).

Alain Pellet, *Article 38*, *in* The Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3d ed., A. Zimmermann & C. J. Tams eds., Oxford Univ. Press, 2019).

Alain Pellet, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, *in* Gaetano Morelli Lectures Series (Vol. 2), 7-61 (E. Cannizzaro et. al. eds., 2018).

Alain Pellet, *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, *in* Looking to the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 1065-83 (M. H. Arsanjani et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2011).

Emilia J. Powell & Sara M. Mitchell, *The International Court of Justice and the World's Three Legal Systems*, 69 The J. of Pol. 397 (2007).

Cesare P. R. Romano, *Can You Hear Me Now? The Case for Extending the International Judicial Network*, 10 Chi. J. Int'l L. 233 (2009).

Shabtai Rosenne, The Perplexities of Modern International Law (Martinus Nijhoff, 2004).

William Schabas, *Customary law or 'judge-made' law: judicial creativity at the UN criminal tribunals*, *in* The Legal Regime of the International Criminal Court, 75-101 (J. Doria et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2009).

Marc Schack & Astrid Kjeldgaard-Pedersen, *Striking the balance between custom and justice- creative legal reasoning by international criminal courts*, 16 Int'l Crim. L. R. 913 (2016).

Christoph Schreuer & Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?*, *in* The Oxford Handbook of International Investment Law (P. Muchlinski et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2008).

Mohamed Shahabuddeen, Precedent in the World Court (Cambridge Univ. Press, 1996).

Malcom Shaw, Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015 (5th ed., Martinus Nijhoff Brill, 2016).

Yuval Shany, *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, 20 Eur. J. Int'l L. 73 (2009).

Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, 66 Int'l & Comp. L. Q.1 (2017).

Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 Harv. Int'l L. J. 191 (2003).

Anne-Marie Slaughter, *Court to Court*, 92 Am. J. Int'l L. 708 (1998).

Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 Va. J. Int'l L. 1103 (2000).

Soc. Fra. Droit Int'l, Le Précédent En Droit International: Colloque de Strasbourg (A. Pedone, 2016).

Max Sørenson, Les Sources du Droit International: étude sur la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale (Copenhagen Munksgaard, 1946).

Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, 26 Eur. J. Int'l L. 417 (2015).

Ruti Teitel & Robert Howse, *Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order Symposium - The Normalizing of Adjudication In Complex International Governance Regimes: Patterns, Possibilities, and Problems*, 41 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 959 (2009).

Hugh Thirlway, The Sources of International Law (Oxford Univ. Press 2d ed. 2019).

Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Quelques réflexions sur le pouvoir normatif jurisprudentiel du juge international*, *in* Droits Int'l Et Culture Juris., 209-34 (A. Pedone, 2015).

Sébastien Touzé (dir.), La Cour Européenne Des Droits De L'homme Et La Doctrine (A. Pedone, 2013).

Tullio Treves, *Conflicts Between the International Tribunals for the Law of the Sea and the International Court of Justice*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 809 (1999).

Tullio Treves, *Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals, in* Max-Planck Y.B. U.N. L Online (Vol. 4), 215-31 (2000).

Antônio A. C. Trindade (dir.), Princípios do Direito Internacional Contemporâneo (2d ed., Brasilia, 2017).

Jorge E. Vinuales & Pierre-Marie Dupuy, *The Challenge of 'Proliferation': An Anatomy of the Debate*, *in* The Oxford Handbook of International Adjudication, 135-157 (C. Romano et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2013).

Michael Waibel et. al. (eds.), The Backlash Against Investment Arbitration (Kluwer Law International, 2011).

Melissa Waters, *Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law*, 93 Georgetown Law Journal 487–574 (2004).

Sir Michael Wood, *Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute)*, *in* The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2010).

Sienho Yee, *Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 J. Int. Disp. Settlement 472 (2016).

A. Zimmermann & C. J. Tams., eds., The Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3d ed., Oxford Univ. Press, 2019).