A/71/10

Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

68º período de sesiones
(2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016)

Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo primer período de sesiones
Suplemento núm. 10 (A/71/10)

Se ruega reciclar

Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo primer período de sesiones
Suplemento núm. 10 (A/71/10)

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

68º período de sesiones
(2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio
a 12 de agosto de 2016)

Naciones Unidas ● Nueva York, 2016

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, 2016*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ISSN 0251-8570

Índice

Capítulo		*Página*
I.	Introducción	1
II.	Resumen de la labor de la Comisión en su 68º período de sesiones	6
III.	Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión	10
IV.	Protección de las personas en caso de desastre	12
V.	Identificación del derecho internacional consuetudinario	81
VI.	Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados	129
VII.	Crímenes de lesa humanidad	260
VIII.	Protección de la atmósfera	303
IX.	*Ius cogens*	320
X.	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	329
XI.	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	367
XII.	Aplicación provisional de los tratados	392
XIII.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	405

Índice

Capítulo *Página*

I. Introducción 1

A. Composición 1

B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada 2

C. Comité de Redacción 2

D. Grupos de Trabajo 4

E. Secretaría 4

F. Programa 4

II. Resumen de la labor de la Comisión en su 68º período de sesiones 6

III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión 10

A. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado 10

B. Nuevos temas 10

IV. Protección de las personas en caso de desastre 12

A. Introducción 12

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

C. Recomendación de la Comisión 13

D. Agradecimiento al Relator Especial 13

E. Texto del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre 13

1. Texto del proyecto de artículos 13

2. Texto del proyecto de artículos con los comentarios 17

Artículo 1 Ámbito de aplicación 19

Comentario 19

Artículo 2 Objeto 20

Comentario 20

Artículo 3 Términos empleados 22

Comentario 23

Artículo 4 Dignidad humana 30

Comentario 30

Artículo 5 Derechos humanos 33

Comentario 33

Artículo 6 Principios humanitarios 35

Comentario 35

Artículo 7 Deber de cooperar 38

Comentario 39

Artículo 8 Formas de cooperación en la respuesta a los desastres 42
Comentario 42
Artículo 9 Reducción del riesgo de desastres 45
Comentario 46
Artículo 10 Papel del Estado afectado 55
Comentario 55
Artículo 11 Deber del Estado afectado de buscar asistencia externa 57
Comentario 57
Artículo 12 Ofrecimientos de asistencia externa 61
Comentario 61
Artículo 13 Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa 64
Comentario 64
Artículo 14 Condiciones de prestación de la asistencia externa 68
Comentario 69
Artículo 15 Facilitación de la asistencia externa 71
Comentario 71
Artículo 16 Protección del personal de socorro, el equipo y los bienes 73
Comentario 74
Artículo 17 Terminación de la asistencia externa 76
Comentario 76
Artículo 18 Relación con otras normas de derecho internacional 78
Comentario 78

V. Identificación del derecho internacional consuetudinario 81

A. Introducción 81

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 82

C. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobado por la Comisión 83

1. Texto del proyecto de conclusiones 83

2. Texto del proyecto de conclusiones con los comentarios correspondientes 87

Comentario general 87

Primera parte
Introducción

Conclusión 1 Alcance 88
Comentario 88

Segunda parte
Enfoque básico

Conclusión 2 Dos elementos constitutivos 90
Comentario 90
Conclusión 3 Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos 92
Comentario 93

Tercera parte
Una práctica general

Conclusión 4 Requisito de la práctica 96
Comentario 96
Conclusión 5 Comportamiento del Estado como práctica del Estado 99
Comentario 99
Conclusión 6 Formas de práctica 100
Comentario 100
Conclusión 7 Valoración de la práctica de un Estado 102
Comentario 102
Conclusión 8 La práctica ha de ser general 103
Comentario 103

Cuarta parte
Aceptada como derecho *(opinio iuris)*

Conclusión 9 Requisito de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* 106
Comentario 106
Conclusión 10 Formas de prueba de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* 108
Comentario 109

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

Conclusión 11 Tratados 112
Comentario 112
Conclusión 12 Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales 117
Comentario 117
Conclusión 13 Decisiones de cortes y tribunales 120
Comentario 120
Conclusión 14 Doctrina 122
Comentario 122

Sexta parte
Objetor persistente

Conclusión 15 Objetor persistente 123

Comentario..... 123

Séptima parte
Derecho internacional consuetudinario particular

Conclusión 16 Derecho internacional consuetudinario particular..... 126

Comentario..... 126

VI. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados 129

A. Introducción..... 129

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 130

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados por la Comisión 131

1. Texto de los proyectos de conclusión..... 131

2. Texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes 135

Primera parte
Introducción

Conclusión 1 [1a] Introducción 135

Comentario..... 135

Segunda parte
Reglas básicas y definiciones

Conclusión 2 [1] Regla general y medios de interpretación de los tratados..... 136

Comentario..... 137

Conclusión 3 [2] Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación 145

Comentario..... 145

Conclusión 4 Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior 149

Comentario..... 150

Conclusión 5 Atribución de la práctica ulterior 162

Comentario..... 162

Tercera parte
Aspectos generales

Conclusión 6 Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior..... 170

Comentario..... 170

Conclusión 7 Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación 179

Comentario..... 180

Conclusión 8 [3] Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo 195
Comentario 196
Conclusión 9 [8] Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación 204
Comentario 204
Conclusión 10 [9] Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado 209
Comentario 209
Cuarta parte
Aspectos específicos
Conclusión 11 [10] Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes 218
Comentario 218
Conclusión 12 [11] Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales 231
Comentario 232
Conclusión 13 [12] Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de los tratados 247
Comentario 248
VII. Crímenes de lesa humanidad 260
A. Introducción 260
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 260
C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión 261
1. Texto de los proyectos de artículo 261
2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones 266
Artículo 5 Criminalización en el derecho nacional 266
Comentario 267
Artículo 6 Establecimiento de la competencia nacional 286
Comentario 287
Artículo 7 Investigación 290
Comentario 290
Artículo 8 Medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio 292
Comentario 293
Artículo 9 *Aut dedere aut iudicare* 294
Comentario 294

Artículo 10 Trato justo del presunto infractor 298

Comentario 299

VIII. Protección de la atmósfera 303

A. Introducción 303

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 303

C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento 305

1. Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo 305

2. Texto de los proyectos de directriz y de un párrafo del preámbulo, con los comentarios correspondientes, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones 307

Preámbulo 307

Comentario 307

Directriz 3 Obligación de proteger la atmósfera 308

Comentario 308

Directriz 4 Evaluación del impacto ambiental 311

Comentario 311

Directriz 5 Utilización sostenible de la atmósfera 314

Comentario 314

Directriz 6 Utilización equitativa y razonable de la atmósfera 316

Comentario 316

Directriz 7 Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera 317

Comentario 317

IX. *Ius cogens* 320

A. Introducción 320

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 320

1. Presentación del primer informe por el Relator Especial 320

2. Resumen del debate 323

3. Conclusiones del Relator Especial 327

X. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados 329

A. Introducción 329

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 329

1. Presentación por la Relatora Especial de su tercer informe 333

2. Resumen del debate 335

a) Observaciones generales 335

b) Proyecto de principio I-1 – Aplicación y cumplimiento 336

c) Proyecto de principio I-3 – Acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones 336

d) Proyecto de principio I-4 – Operaciones de paz 337

e) Proyecto de principio III-1 – Acuerdos de paz 337

f) Proyecto de principio III-2 – Evaluaciones y exámenes ambientales posteriores al conflicto 338

g) Proyecto de principio III-3 – Restos de guerra, y proyecto de principio III 4 – Restos de guerra en el mar 338

h) Proyecto de principio III-5 – Acceso a la información e intercambio de información 339

i) Proyecto de principio IV-1 – Derechos de los pueblos indígenas 340

j) Programa de trabajo futuro 340

3. Observaciones finales de la Relatora Especial 341

C. Texto de los proyectos de principio sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión 343

1. Texto de los proyectos de principio 343

2. Texto de los proyectos de principio y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones 345

Introducción 345

Proyecto de principio 1 Alcance 346

Comentario 346

Proyecto de principio 2 Propósito 347

Comentario 347

Primera parte
Principios generales

Proyecto de principio 5 [I-(x)] Designación de zonas protegidas 348

Comentario 348

Segunda parte
Principios aplicables durante el conflicto armado

Proyecto de principio 9 [II-1] Protección general del medio ambiente natural durante un conflicto armado 353

Comentario 353

Proyecto de principio 10 [II-2] Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural 358

Comentario 358

Proyecto de principio 11 [II-3] Consideraciones ambientales 361

Comentario 361

Proyecto de principio 12 [II-4] Prohibición de las represalias 362
Comentario 362
Proyecto de principio 13 [II-5] Zonas protegidas 365
Comentario 365
XI. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado 367
A. Introducción 367
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 368
1. Presentación por la Relatora Especial del quinto informe 368
2. Resumen del debate 372
a) Observaciones generales 372
b) Observaciones sobre las cuestiones metodológicas y conceptuales planteadas en el quinto informe 372
c) Observaciones sobre el proyecto de artículo 7 376
d) Trabajos futuros 378
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 379
1. Texto de los proyectos de artículo 379
2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones 380
Artículo 2 Definiciones 380
Comentario 380
Artículo 6 Alcance de la inmunidad *ratione materiae* 387
Comentario 387
XII. Aplicación provisional de los tratados 392
A. Introducción 392
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 393
1. Presentación por el Relator Especial de su cuarto informe 394
2. Resumen del debate 396
a) Observaciones generales 396
b) Reservas 397
c) Nulidad de los tratados 398
d) Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación 399
e) Casos de sucesión de Estados, de responsabilidad de un Estado o de ruptura de hostilidades 400
f) Proyecto de directriz 10 400

g) Práctica de las organizaciones internacionales en relación con la aplicación de los tratados 401

h) Labor futura 401

3. Conclusiones del Relator Especial 402

XIII. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión 405

A. Solicitudes de la Comisión a la Secretaría de que prepare estudios sobre dos temas del programa de la Comisión 405

B. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación 405

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo 405

2. Examen de la resolución 70/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2015, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional 407

3. Examen de los párrafos 9 a 12 de la resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones 409

4. Celebración del 70º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional 409

5. Honorarios 410

6. Documentación y publicaciones 410

7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 412

8. Asistencia de la División de Codificación 412

9. Sitios web 412

10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas 413

C. Fecha y lugar de celebración del 69º período de sesiones de la Comisión 413

D. Cooperación con otros órganos 413

E. Representación en el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General 414

F. Seminario de Derecho Internacional 414

Anexos

A. El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales 417

B. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado 432

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 68º período de sesiones del 2 de mayo al 10 de junio de 2016 y la segunda parte del 4 de julio al 12 de agosto de 2016. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Narinder Singh, Presidente de la Comisión en su 67º período de sesiones.

A. Composición

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Mohammed Bello Adoke (Nigeria)

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Lucius Caflisch (Suiza)

Sr. Enrique J. A. Candioti (Argentina)

Sr. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

Sr. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider (Libia)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sr. Mathias Forteau (Francia)

Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo (México)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (República Popular China)

Sra. Marie G. Jacobsson (Suecia)

Sr. Maurice Kamto (Camerún)

Sr. Kriangsak Kittichaisaree (Tailandia)

Sr. Roman A. Kolodkin (Federación de Rusia)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sr. Donald M. McRae (Canadá)

Sr. Shinya Murase (Japón)

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

Sr. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)

Sr. Georg Nolte (Alemania)

Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

Sr. Chris Maina Peter (República Unida de Tanzanía)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Narinder Singh (India)

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. Nugroho Wisnumurti (Indonesia)

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

B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

3. En su 3291ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 2016, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente:	Sr. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)
Primer Vicepresidente:	Sr. Georg Nolte (Alemania)
Segundo Vicepresidente:	Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)
Presidente del Comité de Redacción:	Sr. Pavel Šturma (República Checa)
Relator:	Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

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

5. La Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los siguientes miembros: Sr. Georg Nolte (Presidente), Sr. Lucius Caflisch, Sr. Pedro Comissário Afonso, Sr. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sra. Marie G. Jacobsson, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Ahmed Laraba, Sr. Donald M. McRae, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Bernd H. Niehaus, Sr. Ernest Petrič, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sr. Amos S. Wako, Sr. Nugroho Wisnumurti, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*.

C. Comité de Redacción

6. En sus sesiones 3295ª, 3302ª, 3304ª, 3307ª, 3311ª, 3315ª y 3322ª, celebradas los días 10, 20, 25 y 31 de mayo y 7 de junio y 5 y 18 de julio de 2016, la Comisión estableció un Comité de Redacción, integrado por los miembros que se mencionan más abajo, para los temas que se indican a continuación:

[1] Sr. Lucius Caflisch, Sr. Enrique Candioti, Sr. Maurice Kamto, Sr. Bernd H. Niehaus, Sr. Ernest Petrič, Sr. Narinder Singh y Sr. Nugroho Wisnumurti.

[2] Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo, Sra. Marie G. Jacobsson, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina y Sir Michael Wood.

a) *Protección de las personas en caso de desastre:* Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Relator Especial), Sr. Mathias Forteau, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Maurice Kamto, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Donald M. McRae, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sr. Ernest Petrič, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Narinder Singh, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*;

b) *Crímenes de lesa humanidad:* Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sr. Sean D. Murphy (Relator Especial), Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Maurice Kamto, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Donald M. McRae, Sr. Ernest Petrič, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Narinder Singh, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sr. Amos S. Wako, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*;

c) *Identificación del derecho internacional consuetudinario:* Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sir Michael Wood (Relator Especial), Sr. Pedro Comissário Afonso, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Maurice Kamto, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Donald M. McRae, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sr. Ernest Petrič, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*;

d) *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados:* Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sr. Georg Nolte (Relator Especial), Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Maurice Kamto, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Donald M. McRae, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*;

e) *Protección de la atmósfera:* Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sr. Shinya Murase (Relator Especial), Sr. Mathias Forteau, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Donald M. McRae, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Bernd H. Niehaus, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*;

f) *Aplicación provisional de los tratados:* Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo (Relator Especial), Sr. Mathias Forteau, Sr. Maurice Kamto, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Donald M. McRae, Sr. Georg Nolte, Sr. Ernest Petrič, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio);*

g) Ius cogens: Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sr. Dire D. Tladi (Relator Especial), Sr. Enrique J. A. Candioti, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Maurice Kamto, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Donald M. McRae, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sr. Ernest Petrič, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Narinder Singh, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio);*

h) *Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados:* Sr. Pavel Šturma (Presidente), Sra. Marie G. Jacobsson (Relatora Especial), Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Donald M. McRae, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*.

7. El Comité de Redacción celebró un total de 51 sesiones sobre los ocho temas indicados.

D. Grupos de Trabajo

8. En su 3291ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 2016, la Comisión estableció un *Grupo de Trabajo sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*, integrado por: Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Presidente), Sir Michael Wood (Relator Especial), Sr. Pedro Comissário Afonso, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Maurice Kamto, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Donald M. McRae, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Ernest Petrič, Sr. Pavel Šturma y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*.

9. El Grupo de Planificación volvió a constituir el *Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo*, integrado por: Sr. Donald M. McRae (Presidente), Sr. Lucius Caflisch, Sr. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Maurice Kamto, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, Sr. Roman A. Kolodkin, Sr. Ahmed Laraba, Sr. Shinya Murase, Sr. Georg Nolte, Sr. Ernest Petrič, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Amos S. Wako, Sr. Nugroho Wisnumurti, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Ki Gab Park *(ex officio)*.

E. Secretaría

10. El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. Huw Llewellyn, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Arnold Pronto, Oficial Jurídico Principal, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Principal. El Sr. Trevor Chimimba, Oficial Jurídico Superior, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Superior. La Sra. Patricia Georget, la Sra. Hanna Dreifeldt-Lainé y el Sr. David Nanopoulos, Oficiales Jurídicos, actuaron como Secretarios Auxiliares de la Comisión.

F. Programa

11. En su 3291ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 2016, la Comisión aprobó el programa de su 68º período de sesiones, que incluía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Protección de las personas en caso de desastre.
3. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
4. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.
5. Aplicación provisional de los tratados.
6. Identificación del derecho internacional consuetudinario.
7. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.
8. Protección de la atmósfera.
9. Crímenes de lesa humanidad.
10. *Ius cogens*.

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

12. Fecha y lugar de celebración del 69º período de sesiones de la Comisión.

13. Cooperación con otros órganos.

14. Otros asuntos.

Capítulo II
Resumen de la labor de la Comisión en su 68º período de sesiones

12. Con respecto al tema **"Protección de las personas en caso de desastre"**, la Comisión tuvo ante sí el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/697) en el que se analizaban las observaciones formuladas por los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades acerca del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre aprobado en primera lectura en el 66º período de sesiones (2014) y se hacían recomendaciones para su examen por la Comisión en la segunda lectura. La Comisión también tuvo ante sí los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos y las organizaciones internacionales (A/CN.4/696 y Add.1) sobre el proyecto de artículos aprobado en primera lectura.

13. Posteriormente la Comisión aprobó, en segunda lectura, un proyecto de preámbulo y 18 proyectos de artículo, con los comentarios correspondientes, sobre la protección de las personas en caso de desastre y, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, recomendó a la Asamblea General que elaborase una convención a partir del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre (cap. IV).

14. En cuanto al tema **"Identificación del derecho internacional consuetudinario"**, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/695 y Add.1), que contenía, en particular, sugerencias para la modificación de varios proyectos de conclusión a la luz de las observaciones de los Gobiernos. También se ocupaba de los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario. Por último, facilitaba una bibliografía sobre el tema. Además, la Comisión tuvo ante sí un memorando de la Secretaría sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/691).

15. Tras el examen del tema en el actual período de sesiones, la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de 16 proyectos de conclusión, con los comentarios correspondientes, sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. De conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, la Comisión decidió remitir los proyectos de conclusión, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que enviaran sus comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de enero de 2018 (cap. V).

16. Por lo que respecta al tema **"Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados"**, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/694), en el que se abordaba la relevancia jurídica, a efectos de la interpretación y como forma de práctica en el marco de un tratado, de los pronunciamientos de los órganos de expertos y de las decisiones de los tribunales nacionales. En el informe también se examinaban la estructura y el alcance de los proyectos de conclusión.

17. Tras el examen del tema en el actual período de sesiones, la Comisión aprobó, en primera lectura, un conjunto de 13 proyectos de conclusión, con los comentarios correspondientes, sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. De conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, la Comisión decidió remitir los proyectos de conclusión, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que enviaran sus comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de enero de 2018 (cap. VI).

18. En relación con el tema **"Crímenes de lesa humanidad"**, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/690), así como el memorando de la Secretaría con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que pueden ser de relevancia para la futura labor de la Comisión de Derecho Internacional (A/CN.4/698). En el segundo informe se abordaban, entre otras cosas, la criminalización en el derecho nacional, el establecimiento de la competencia nacional, la investigación y la cooperación general para identificar al presunto infractor, el ejercicio de la competencia nacional cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio, el principio *aut dedere aut iudicare* y el trato justo del presunto infractor.

19. Después del debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial. Tras examinar el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.873), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 5 a 10, con los comentarios correspondientes. La Comisión también decidió remitir al Comité de Redacción la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas. Después de examinar un nuevo informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.873/Add.1), la Comisión aprobó provisionalmente el párrafo 7 del proyecto de artículo 5, con el comentario correspondiente (cap. VII).

20. Con respecto al tema **"Protección de la atmósfera"**, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/692) en el que, sobre la base de los dos informes anteriores, se analizaban varias cuestiones fundamentales pertinentes para el tema, a saber, la obligación de los Estados de prevenir la contaminación atmosférica y mitigar la degradación de la atmosfera y el requisito de la debida diligencia y la evaluación del impacto ambiental. En el informe también se estudiaban cuestiones relativas a la utilización sostenible y equitativa de la atmósfera, así como a los límites legales de determinadas actividades que tengan por objeto una modificación deliberada de la atmósfera. En consecuencia, se proponían cinco proyectos de directriz sobre la obligación de los Estados de proteger la atmósfera, la evaluación del impacto ambiental, la utilización sostenible de la atmósfera, la utilización equitativa de la atmósfera y la geoingeniería, además de un párrafo adicional del preámbulo.

21. Tras el debate celebrado por la Comisión, que estuvo precedido de un diálogo con científicos organizado por el Relator Especial, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los cinco proyectos de directriz y el párrafo del preámbulo que figuraban en el tercer informe del Relator Especial. Después de examinar el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.875), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 3, 4, 5, 6 y 7, así como un párrafo del preámbulo, con los comentarios correspondientes (cap. VIII).

22. En cuanto al tema ***"Ius cogens"***, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/693), en el que se examinaban cuestiones teóricas relativas a las normas imperativas *(ius cogens)*, incluida su naturaleza y definición, y se exponía la evolución histórica de las normas imperativas y, previamente, la aceptación en derecho internacional de los elementos fundamentales del concepto de normas imperativas del derecho internacional en su conjunto. En el informe también se planteaban una serie de cuestiones metodológicas respecto de las cuales se invitaba a la Comisión a formular observaciones, y se examinaban los debates celebrados en la Sexta Comisión en 2014 y 2015. Seguidamente la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión que figuraban en el informe del Relator Especial. A continuación, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de conclusión 1 y 2, aprobados provisionalmente por el Comité, que fue sometido a la Comisión a título informativo (cap. IX).

23. Con respecto al tema **"Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados"**, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe de la Relatora Especial

(A/CN.4/700), que se centraba en la determinación de las normas aplicables a las situaciones posteriores a un conflicto y en el que se trataban, además, algunas cuestiones de prevención que debían abordarse en la fase anterior a un conflicto. El informe contenía 3 proyectos de principio sobre medidas preventivas, 5 proyectos de principio relativos principalmente a la fase posterior a un conflicto y 1 proyecto de principio sobre los derechos de los pueblos indígenas. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de principio que figuraban en el informe de la Relatora Especial. La Comisión recibió posteriormente el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.876) y tomó nota de los proyectos de principio 4, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 17 y 18, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Además, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de principio de los que había tomado nota en su 67º período de sesiones, renumerados y revisados por razones técnicas (A/CN.4/L.870/Rev.1) por el Comité de Redacción en el actual período de sesiones, con los comentarios correspondientes (cap. X).

24. En relación con el tema **"Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado"**, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe de la Relatora Especial (A/CN.4/701), en el que se analizaba la cuestión de las limitaciones y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Dado que en el momento de proceder al examen del informe este solo se encontraba disponible en dos de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, la Comisión inició el debate, en el que intervinieron los miembros que deseaban formular observaciones sobre el quinto informe en el 68º período de sesiones, que se reanudará en el 69º período de sesiones de la Comisión.

25. Después de examinar el informe del Comité de Redacción sobre la labor realizada con anterioridad, de la que la Comisión tomó nota en su 67º período de sesiones (A/CN.4/L.865), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 f) y 6, con los comentarios correspondientes (cap. XI).

26. Por lo que se refiere al tema **"Aplicación provisional de los tratados"**, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/699 y Add.1), en el que se seguían analizando la relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena, de 1969 y la práctica de las organizaciones internacionales con respecto a la aplicación provisional. En el informe figuraba una propuesta de proyecto de directriz 10 sobre el derecho interno y la observancia de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. En la adición del informe se citaban ejemplos de la práctica reciente de la Unión Europea sobre la aplicación provisional de los acuerdos con terceros Estados.

27. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el proyecto de directriz 10 que figuraba en el cuarto informe del Relator Especial. Posteriormente, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.877) y tomó nota de los proyectos de directriz 1 a 4 y 6 a 9, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 67º y 68º. El Comité de Redacción había decidido dejar en suspenso el examen del proyecto de directriz 5, relativo a las declaraciones unilaterales, y volver a examinarlo más adelante (cap. XII).

28. En cuanto a **"Otras decisiones y conclusiones de la Comisión"**, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparase un memorando sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, en el que se analizara la situación actual de la prueba del derecho internacional consuetudinario y se hicieran propuestas para su mejora, y otro memorando en el que se analizara la práctica estatal respecto de los tratados (bilaterales y multilaterales) registrados o depositados ante

el Secretario General en los últimos 20 años, que prevean la aplicación provisional, incluidas las actuaciones convencionales relacionadas con ella (cap. XIII, secc. A).

29. La Comisión también estableció un Grupo de Planificación para que examinara el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo (cap. XIII, secc. B). La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo los temas siguientes: a) El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales; y b) La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado (cap. XIII, secc. B).

30. La Comisión recomendó que la primera parte de su 70º período de sesiones se celebrara en Nueva York, y pidió a la Secretaría que adoptara las disposiciones administrativas y organizativas necesarias para facilitarlo. La Comisión recomendó que, en el 70º período de sesiones, en 2018, se organizara un acto conmemorativo de su 70º aniversario. El acto conmemorativo se celebraría en dos partes: la primera de ellas en la primera parte del 70º período de sesiones, que se había recomendado celebrar en Nueva York, y la segunda de ellas en la segunda parte del 70º período de sesiones, en Ginebra (cap. XIII, secc. B).

31. La Comisión prosiguió el intercambio de información con la Corte Internacional de Justicia, el Comité Jurídico Interamericano y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa. Hubo un intercambio informal de opiniones entre los miembros de la Comisión y el Comité Internacional de la Cruz Roja (cap. XIII, secc. D).

32. La Comisión decidió que su 69º período de sesiones se celebrara en Ginebra, del 1 de mayo al 2 de junio y del 3 de julio al 4 de agosto de 2017 (cap. XIII, secc. C).

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

33. La Comisión considera que siguen siendo relevantes las solicitudes de información que figuran en el capítulo III del informe sobre su 66º período de sesiones (2014) en relación con los temas "Crímenes de lesa humanidad"[3] y "Protección de la atmósfera"[4], así como en su 67º período de sesiones (2015) en relación con los temas "Aplicación provisional de los tratados"[5] y *"Ius cogens"*[6], y agradecería cualquier información adicional.

34. La Comisión agradecería que, antes del 31 de enero de 2017, le enviasen información sobre las cuestiones mencionadas en el párrafo anterior, así como sobre las que se indican más abajo, a fin de que se tenga en cuenta en los respectivos informes de los Relatores Especiales.

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

35. La Comisión agradecería que los Estados le proporcionasen información sobre su legislación y práctica nacional, incluida la práctica de los órganos judiciales y del ejecutivo, en relación con las siguientes cuestiones:

a) la invocación de la inmunidad;

b) la renuncia a la inmunidad;

c) la etapa en que las autoridades nacionales toman en consideración la inmunidad (investigación, acusación, enjuiciamiento);

d) los instrumentos de que dispone el ejecutivo para trasladar a los tribunales nacionales información, documentos u opiniones jurídicos en relación con un asunto en que se esté examinando o se pueda examinar la inmunidad;

e) los mecanismos de asistencia jurídica, cooperación y consulta internacional a los que pueden recurrir las autoridades del Estado en relación con un asunto en que se esté examinando o se pueda examinar la inmunidad.

B. Nuevos temas

36. La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo dos nuevos temas: a) El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales; y b) La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado. Para seleccionar esos temas, la Comisión se guio por los criterios acordados en su 50º período de sesiones (1998), que son: a) que el tema refleje las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional;

[3] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párr. 34.
[4] *Ibid*., párr. 27.
[5] *Ibid*., *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 30.
[6] *Ibid*., párr. 31.

b) que esté en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; c) que sea concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación; y d) que la Comisión no 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. La Comisión agradecería las opiniones de los Estados acerca de esos nuevos temas.

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

Capítulo IV
Protección de las personas en caso de desastre

A. Introducción

38. En su 59º período de sesiones (2007), la Comisión decidió incluir el tema "Protección de las personas en caso de desastre" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial del tema al Sr. Eduardo Valencia-Ospina[7]. En el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, la Asamblea General tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

39. En sus períodos de sesiones 60º (2008) a 66º (2014), la Comisión examinó el tema tomando como base siete informes sucesivos presentados por el Relator Especial[8]. La Comisión tuvo asimismo ante sí un memorando de la Secretaría[9] y varias respuestas que habían presentado por escrito la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja a las preguntas que les envió la Comisión en 2008[10].

40. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión aprobó en primera lectura 21 proyectos de artículo sobre la protección de las personas en caso de desastre, con los comentarios correspondientes[11]. La Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos, las organizaciones internacionales competentes, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja para que formularan comentarios y observaciones[12].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

41. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/697), así como los comentarios y las observaciones recibidas de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otras entidades (A/CN.4/696 y Add.1).

42. La Comisión examinó el octavo informe del Relator Especial en sus sesiones 3291ª a 3296ª, del 2 al 11 de mayo de 2016. En su 3296ª sesión, celebrada el 11 de mayo de 2016, la Comisión remitió el proyecto de preámbulo, propuesto por el Relator Especial en su octavo informe, y los proyectos de artículo 1 a 21 al Comité de Redacción, encomendándole que diese comienzo a la segunda lectura de los proyectos de artículo,

[7] *Anuario…, 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 375. En su 58º período de sesiones (2006), la Comisión hizo suya la recomendación del Grupo de Planificación de que se incluyera, entre otros, el tema "Protección de las personas en caso de desastre" en el programa de trabajo a largo plazo. Se adjuntó un breve resumen del tema, preparado por la Secretaría, como anexo al informe de la Comisión en 2006 (*Anuario..., 2006*, vol. II (segunda parte), anexo III). En su resolución 61/34, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

[8] Véase A/CN.4/598 (informe preliminar), A/CN.4/615 (segundo informe), A/CN.4/629 (tercer informe), A/CN.4/643 y Corr.1 (cuarto informe), A/CN.4/652 (quinto informe), A/CN.4/662 (sexto informe) y A/CN.4/668 y Corr.1 y Add.1 (séptimo informe).

[9] A/CN.4/590 y Add.1 a 3.

[10] *Anuario…, 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 32 y 33.

[11] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 55 y 56.

[12] *Ibid.*, párrs. 51 a 53.

teniendo presentes los comentarios de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otras entidades, las propuestas del Relator Especial y el debate sobre el octavo informe del Relator Especial, que había tenido lugar en sesión plenaria.

43. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.871) en su 3310ª sesión, celebrada el 3 de junio de 2016, y en esa misma sesión aprobó, en segunda lectura, la totalidad del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre (secc. E.1 *infra*).

44. En sus sesiones 3332ª a 3335ª, celebradas del 2 al 4 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios relativos al proyecto de artículos anteriormente mencionado (secc. E.2 *infra*).

45. De conformidad con su Estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de artículos, junto con la recomendación que figura a continuación.

C. Recomendación de la Comisión

46. En su 3335ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2016, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, recomendar a la Asamblea General que se elaborase una convención tomando como base el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre.

D. Agradecimiento al Relator Especial

47. En su 3335ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2016, la Comisión, tras aprobar el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

> "*La Comisión de Derecho Internacional*,
>
> *Habiendo aprobado* el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre,
>
> *Expresa* su profundo reconocimiento y su sincera felicitación al Relator Especial, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, por la extraordinaria contribución realizada, con su inagotable esfuerzo y su concienzuda labor, a la preparación del proyecto de artículos, así como por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre."

E. Texto del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre

1. Texto del proyecto de artículos

48. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión, en segunda lectura, en su 68º período de sesiones.

Protección de las personas en caso de desastre

Teniendo presente el Artículo 13, párrafo 1 a), de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación,

Tomando en consideración la frecuencia y la gravedad de los desastres naturales y los causados por el hombre y sus perjudiciales efectos a corto y largo plazo,

Plenamente consciente de las necesidades esenciales de las personas afectadas por los desastres y de que los derechos de esas personas han de ser respetados en esas circunstancias,

Teniendo presente el valor fundamental de la solidaridad en las relaciones internacionales y la importancia de reforzar la cooperación internacional en relación con todas las fases de un desastre,

Destacando el principio de la soberanía de los Estados y, por consiguiente, reafirmando el papel principal del Estado afectado por un desastre a la hora de prestar asistencia para el socorro en caso de desastre,

Artículo 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica a la protección de las personas en caso de desastre.

Artículo 2
Objeto

El presente proyecto de artículos tiene por objeto facilitar una respuesta adecuada y efectiva a los desastres, y la reducción del riesgo de desastres, a fin de atender a las necesidades esenciales de las personas afectadas, respetando plenamente sus derechos.

Artículo 3
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) por “desastre” se entiende un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad;

b) por “Estado afectado” se entiende un Estado en cuyo territorio o en un territorio bajo cuya jurisdicción o control se produce un desastre;

c) por “Estado que presta asistencia” se entiende un Estado que presta asistencia a un Estado afectado con el consentimiento de este último;

d) por “otro actor que presta asistencia” se entiende una organización intergubernamental competente, o una organización no gubernamental o entidad pertinente, que presta asistencia a un Estado afectado con el consentimiento de este último;

e) por “asistencia externa” se entiende el personal de socorro, el equipo y los bienes, y los servicios proporcionados a un Estado afectado por un Estado u otro actor que presta asistencia para el socorro en caso de desastre;

f) por “personal de socorro” se entiende el personal civil o militar enviado por un Estado u otro actor que presta asistencia a fin de proporcionar socorro en caso de desastre;

g) por “equipo y bienes” se entienden los suministros, las herramientas, las máquinas, los animales especialmente entrenados, los alimentos, el agua potable, los suministros médicos, los medios de alojamiento, la ropa de vestir y de cama, los vehículos, los equipos de telecomunicaciones y los demás objetos para prestar asistencia para el socorro en caso de desastre.

Artículo 4
Dignidad humana

La dignidad inherente al ser humano se respetará y protegerá en caso de desastre.

Artículo 5
Derechos humanos

Las personas afectadas por los desastres tienen derecho a que se respeten y protejan sus derechos humanos de conformidad con el derecho internacional.

Artículo 6
Principios humanitarios

La respuesta a los desastres se llevará a cabo de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sobre la base de la no discriminación, teniendo en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables.

Artículo 7
Deber de cooperar

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.

Artículo 8
Formas de cooperación en la respuesta a los desastres

La cooperación en la repuesta a los desastres 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, de equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos.

Artículo 9
Reducción del riesgo de desastres

1. Todo Estado deberá reducir el riesgo de desastres adoptando las medidas apropiadas, incluso mediante legislación y otras normas, con objeto de prevenir y de mitigar los desastres, y de prepararse para ellos.

2. Las medidas para reducir el riesgo de desastres incluyen la realización de evaluaciones de riesgo, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores, y la instalación y operación de sistemas de alerta temprana.

Artículo 10
Papel del Estado afectado

1. El Estado afectado tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de asistencia para el socorro en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control.

2. El Estado afectado tiene el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de dicha asistencia para el socorro.

Artículo 11
Deber del Estado afectado de buscar asistencia externa

El Estado afectado, en la medida en que un desastre supere manifiestamente su capacidad nacional de respuesta, tiene el deber de buscar la asistencia, según proceda, de otros Estados, de las Naciones Unidas y de otros potenciales actores que presten asistencia.

Artículo 12
Ofrecimientos de asistencia externa

1. En caso de desastre, los Estados, las Naciones Unidas y otros potenciales actores que presten asistencia podrán ofrecer asistencia al Estado afectado.

2. Cuando un Estado afectado formule una solicitud de asistencia externa a otro Estado, a las Naciones Unidas o a otro potencial actor que preste asistencia, estos deberán considerar debidamente y sin demora dicha solicitud e informar al Estado afectado de la decisión adoptada al respecto.

Artículo 13
Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa

1. La prestación de asistencia externa requiere el consentimiento del Estado afectado.

2. El consentimiento para la asistencia externa no se denegará arbitrariamente.

3. Cuando se haga un ofrecimiento de asistencia externa de conformidad con el presente proyecto de artículos, el Estado afectado hará saber, cuando sea posible, su decisión sobre ese ofrecimiento en tiempo oportuno.

Artículo 14
Condiciones de prestación de la asistencia externa

El Estado afectado puede establecer condiciones para la prestación de la asistencia externa. Dichas condiciones deberán ser conformes con el presente proyecto de artículos, las normas de derecho internacional aplicables y el derecho interno del Estado afectado. Las condiciones deberán tener en cuenta las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y la calidad de la asistencia. Al formular tales condiciones, el Estado afectado deberá indicar el alcance y el tipo de la asistencia buscada.

Artículo 15
Facilitación de la asistencia externa

1. El Estado afectado tomará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para facilitar la prestación pronta y efectiva de asistencia externa, en particular en relación con:

a) el personal de socorro, en ámbitos como los privilegios e inmunidades, los requisitos de visados y entrada, los permisos de trabajo y la libertad de circulación; y

b) el equipo y los bienes, en ámbitos como la reglamentación aduanera y los aranceles, la fiscalidad, el transporte, así como su disposición ulterior.

2. El Estado afectado se asegurará de que su legislación y otras normas pertinentes sean fácilmente accesibles, a fin de facilitar el respeto del derecho nacional.

Artículo 16
Protección del personal de socorro, el equipo y los bienes

El Estado afectado deberá adoptar las medidas apropiadas para asegurar la protección del personal de socorro y del equipo y los bienes que se encuentren en su territorio, o en un territorio bajo su jurisdicción o control, con el fin de proporcionar asistencia externa.

Artículo 17
Terminación de la asistencia externa

El Estado afectado, el Estado que presta asistencia, las Naciones Unidas u otro actor que preste asistencia podrán terminar la prestación de asistencia externa en cualquier momento. El Estado o actor que se proponga la terminación deberá notificarlo oportunamente. El Estado afectado y, cuando proceda, el Estado que preste asistencia, las Naciones Unidas u otro actor que preste asistencia deberán celebrar consultas sobre la terminación de la asistencia externa y sus modalidades.

Artículo 18
Relación con otras normas de derecho internacional

1. El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables.

2. El presente proyecto de artículos no será de aplicación en la medida en que la respuesta en caso de desastre se rija por las normas del derecho internacional humanitario.

2. Texto del proyecto de artículos con los comentarios

49. A continuación se reproduce el texto del proyecto de preámbulo y de los proyectos de artículo, junto con los comentarios correspondientes, aprobados por la Comisión en segunda lectura.

Protección de las personas en caso de desastre

[…]

***Teniendo presente* el Artículo 13, párrafo 1 a), de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que la Asamblea General promoverá estudios y hará**

recomendaciones para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación,

Tomando en consideración **la frecuencia y la gravedad de los desastres naturales y los causados por el hombre y sus perjudiciales efectos a corto y largo plazo,**

Plenamente consciente **de las necesidades esenciales de las personas afectadas por los desastres y de que los derechos de esas personas han de ser respetados en esas circunstancias,**

Teniendo presente **el valor fundamental de la solidaridad en las relaciones internacionales y la importancia de reforzar la cooperación internacional en relación con todas las fases de un desastre,**

Destacando **el principio de la soberanía de los Estados y, por consiguiente, reafirmando el papel principal del Estado afectado por un desastre a la hora de prestar asistencia para el socorro en caso de desastre,**

[…]

Comentario

1) El objetivo del preámbulo es establecer un marco conceptual en relación con el proyecto de artículos mediante la determinación del contexto general en que se ha elaborado el tema de la protección de las personas en caso de desastre y la finalidad esencial subyacente al texto.

2) El primer párrafo del preámbulo se centra en el mandato otorgado a la Asamblea General, en virtud del Artículo 13, párrafo 1 a), de la Carta de las Naciones Unidas, de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, y en el consiguiente objetivo de la Comisión de Derecho Internacional, enunciado en el artículo 1 de su Estatuto. Retoma una formulación similar a la empleada en proyectos finales recientes de la Comisión en los que figura un preámbulo[13]. También sirve para destacar, desde el principio, que el proyecto de artículos contiene elementos tanto de desarrollo progresivo como de codificación del derecho internacional.

3) El segundo párrafo del preámbulo pone de manifiesto la frecuencia y la gravedad de los desastres naturales y los causados por el hombre, y sus efectos perjudiciales, que han suscitado la preocupación de la comunidad internacional, lo cual ha llevado a la Comisión a la formulación de normas jurídicas. La referencia a "los desastres naturales y los causados por el hombre" pone de relieve una característica distintiva del proyecto de artículos al compararlo con otros instrumentos similares, que tienen un ámbito de aplicación más restringido, limitado a los desastres naturales. Por el contrario, los desastres suelen producirse por conjuntos de causas complejos. Además, el proyecto de artículos pretende abarcar las diversas fases del ciclo del desastre, centrándose en la respuesta y la reducción del riesgo de desastres. El propósito de la referencia a los "efectos a corto y largo plazo" es indicar que el proyecto de artículos no se centra solo en los efectos inmediatos de los desastres, sino que también implica un enfoque a largo plazo, al abordar actividades dedicadas a la fase de recuperación.

[13] Véanse los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo, y, para su comentario, *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. E; y los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, y, para sus comentarios, *Anuario..., 2008*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. E.

4) El tercer párrafo del preámbulo se ocupa de las necesidades esenciales de las personas cuyas vidas, bienestar y bienes se han visto afectados por desastres, y reitera la obligación de respetar los derechos de esas personas en tales circunstancias, como se dispone en el proyecto de artículos.

5) El cuarto párrafo del preámbulo recuerda el valor fundamental de la solidaridad en las relaciones internacionales y la importancia de reforzar la cooperación internacional en relación con todas las fases de un desastre, dos conceptos fundamentales subyacentes al tema y que no pueden interpretarse como una disminución de la soberanía de los Estados afectados y de sus prerrogativas dentro de los límites del derecho internacional. La mención de "todas las fases de un desastre" reconoce la aplicación de los artículos a todas las fases que constituyen el ciclo completo del desastre, según corresponda.

6) El último párrafo del preámbulo subraya el principio de la soberanía de los Estados y reafirma el papel principal del Estado afectado a la hora de prestar asistencia para el socorro en caso de desastre, un elemento fundamental del proyecto de artículos. La referencia a la soberanía y el papel principal del Estado afectado establece el contexto en el que debe entenderse todo el proyecto de artículos.

Artículo 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica a la protección de las personas en caso de desastre.

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 delimita el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y retoma la formulación del título del tema. Establece que el proyecto de artículos está orientado principalmente a la protección de las personas cuyas vidas, bienestar y bienes resulten afectados por los desastres. Por consiguiente, como dispone el proyecto de artículo 2, se trata de facilitar una respuesta a los desastres, y la reducción del riesgo de desastres, a fin de atender de manera adecuada y efectiva a las necesidades esenciales de las personas afectadas, respetando plenamente sus derechos.

2) El proyecto de artículos abarca, *ratione materiae*, los derechos y obligaciones de los Estados afectados por un desastre en relación con las personas que se encuentren en su territorio (independientemente de su nacionalidad) o en un territorio bajo su jurisdicción o control, y los derechos y obligaciones de los terceros Estados, las organizaciones intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales y otras entidades que están en situación de cooperar, en particular en la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre y en la reducción del riesgo de desastres. Se entiende que estos derechos y obligaciones son de aplicación basándose en dos ejes: los derechos y obligaciones de los Estados entre sí, y los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas necesitadas de protección. Si bien el proyecto de artículos se centra principalmente en los primeros, también contempla, aunque en términos generales, los derechos de las personas afectadas por desastres, de conformidad con lo establecido en derecho internacional. La importancia de la protección de los derechos humanos en situaciones de desastre queda patente con el aumento de la atención prestada a esa cuestión por los órganos de derechos humanos establecidos bajo los auspicios de las Naciones Unidas, así como por los tribunales internacionales regionales. Además, como se dice en el proyecto de artículo 3, el proyecto de artículos no se limita a un tipo determinado de desastres. El establecimiento de una distinción entre los desastres naturales y los causados por el hombre sería artificial y difícil de mantener en la práctica, dada la compleja interacción de las distintas causas que dan lugar a los desastres.

3) El ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de artículos se circunscribe a las personas físicas afectadas por los desastres. Además, se tienen fundamentalmente en cuenta las actividades de los Estados y las organizaciones intergubernamentales, incluidas las organizaciones de integración regional, y otras entidades que gozan de competencia jurídica internacional específica en la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre. El proyecto de artículos solo atañe de manera secundaria a las actividades de las organizaciones no gubernamentales y otros actores privados, a veces denominados colectivamente actores de "la sociedad civil", bien en calidad de beneficiarios directos de las obligaciones que incumben a los Estados (por ejemplo, la obligación de los Estados de cooperar, enunciada en el proyecto de artículo 7), bien de manera indirecta, al estar sujetos a la legislación nacional mediante la que se aplique el proyecto de artículos, sea del Estado afectado, de un tercer Estado o del Estado de nacionalidad de la entidad o el actor privado. Salvo que se indique expresamente lo contrario, el proyecto de artículos abarca la respuesta internacional en caso de desastre de actores tanto nacionales como internacionales. No obstante, el proyecto de artículos no abarca otros tipos de asistencia internacional, como la prestada por los Estados a sus nacionales en el extranjero y la asistencia consular.

4) Como indica la expresión "en caso de" en el título del tema, el ámbito de aplicación *ratione temporis* del proyecto de artículos se centra principalmente en la respuesta inmediata tras el desastre y la fase de recuperación temprana, incluida la fase de reconstrucción después del desastre. No obstante, como se confirma en el proyecto de artículo 2, la fase previa al desastre queda abarcada en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y se aborda en el proyecto de artículo 9, que se ocupa de la reducción del riesgo de desastres y las medidas de prevención y mitigación de los desastres.

5) El proyecto de artículos no se limita, *ratione loci*, a actividades en el lugar en que ocurre el desastre, sino que abarca también actividades en los Estados que prestan asistencia y en los Estados de tránsito. Tampoco constituye la naturaleza transfronteriza de un desastre una condición necesaria para poner en marcha la aplicación del proyecto de artículos. No es infrecuente, desde luego, que los grandes desastres tengan efectos transfronterizos, lo cual hace más necesarias la cooperación y la coordinación internacionales. No obstante, abundan los ejemplos de grandes operaciones internacionales de asistencia de socorro llevadas a cabo en respuesta a desastres que se han circunscrito a los límites territoriales de un único Estado o en un territorio bajo su jurisdicción o control. En caso de desastre, los Estados tienen el deber de proteger a todas las personas que se encuentren en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control, independientemente no solo de su nacionalidad, sino también de su situación legal. Si bien pueden hacerse diferentes consideraciones, salvo indicación en contrario, el proyecto de artículos no está concebido para un determinado tipo o situación de desastre, sino para ser aplicado con flexibilidad a fin de atender a las necesidades derivadas de todos los desastres, independientemente de su efecto transfronterizo.

Artículo 2
Objeto

El presente proyecto de artículos tiene por objeto facilitar, de forma adecuada y efectiva, la respuesta a los desastres y la reducción del riesgo de desastres, a fin de atender a las necesidades esenciales de las personas afectadas, respetando plenamente sus derechos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 2 desarrolla el proyecto de artículo 1 (Ámbito de aplicación) ofreciendo orientación adicional sobre el propósito del proyecto de artículos. La principal cuestión planteada es la yuxtaposición de las "necesidades" y los "derechos". La Comisión

era consciente del debate abierto en la comunidad de la asistencia humanitaria sobre si había que preferir un enfoque "basado en los derechos" al enfoque más tradicional "basado en las necesidades", o viceversa. La opinión prevaleciente en la Comisión fue que los dos criterios no eran necesariamente excluyentes entre sí, y que era preferible considerarlos complementarios. La Comisión se decantó por una fórmula que destacaba la importancia de facilitar una respuesta a los desastres y una reducción del riesgo de desastres que atiendan de manera adecuada y efectiva a las "necesidades" de las personas afectadas. Esa respuesta, o la reducción del riesgo, debe llevarse a cabo respetando plenamente los derechos de esas personas.

2) Aunque no se trata necesariamente de términos técnicos, por la expresión "adecuada y efectiva" se entiende una respuesta a los desastres o una reducción del riesgo de desastres de gran calidad, a fin de atender a las necesidades esenciales de las personas afectadas. Existen formulaciones similares en otros acuerdos en materia de respuesta a los desastres, como "efectiva y concertada" y "rápida y efectiva", que figuran en el Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Gestión de los Desastres y la Respuesta a las Emergencias, de 2015 (en adelante, el "Acuerdo de la ASEAN")[14], o "adecuada y eficaz", recogida en el Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe, de 1998 (en adelante, el "Convenio de Tampere")[15]. Dado el contexto en el que va a tener lugar esa respuesta, en el término "efectiva" está implícito el elemento temporal. Cuanto más se demora la respuesta, menos probable es que sea efectiva. Este y otros aspectos de lo que hace que una respuesta sea "adecuada" y "efectiva" se tratan en otras disposiciones del proyecto de artículos, en particular en el proyecto de artículo 15. Pese a ello, se entiende que, si bien se requiere una respuesta de calidad, esta tiene que basarse en lo que sea realista y viable "sobre el terreno" en una determinada situación de desastre. De ahí que no se diga, por ejemplo, que la respuesta tiene que ser "plenamente" efectiva.

3) Aunque el proyecto de artículos se centra fundamentalmente en la respuesta a los desastres, la dimensión de la reducción del riesgo de desastres también forma parte de su ámbito de aplicación y se aborda en el proyecto de artículo 9. Con ello, el proyecto de artículos se hace eco del reconocimiento general, dentro de la comunidad internacional (puesto de manifiesto recientemente en el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, aprobado en 2015)[16], de la función esencial de la reducción del riesgo de desastres. Por consiguiente, la referencia a que se actúe "de forma adecuada y efectiva [...] a fin de atender a las necesidades esenciales de las personas afectadas, respetando plenamente sus derechos" se aplica tanto a la respuesta en caso de desastre como a la reducción del riesgo de desastres.

4) La Comisión decidió no formular la disposición en forma de declaración general sobre la obligación de los Estados, por entender que, de esa manera, no se destacarían lo suficiente los derechos y obligaciones concretos del Estado afectado. No quedaba claro, por ejemplo, si esa formulación distinguiría suficientemente entre diferentes obligaciones para distintos Estados, o sea, el Estado afectado en contraposición a los Estados que prestan asistencia. En consecuencia, no se hizo ninguna referencia a los Estados, por entender que no era estrictamente necesario en una disposición sobre el objeto del proyecto de artículos. Las obligaciones de los Estados se examinan de manera específica en otras disposiciones del proyecto de artículos.

[14] *ASEAN Documents Series 2005*, pág. 157.

[15] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2296, núm. 40906, pág. 5.

[16] Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, aprobado por la Tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Reducción del Riesgo de Desastres y hecho suyo por la Asamblea General en su resolución 69/283, de 3 de junio de 2015, anexo II.

5) El término “facilitar” refleja la concepción de la Comisión en cuanto al papel que podría desempeñar el proyecto de artículos en el conjunto de instrumentos y acuerdos que existen a nivel internacional en el ámbito de la asistencia para el socorro en caso de desastre y la reducción del riesgo de desastres. Se consideró que, aunque el proyecto de artículos no podía de por sí asegurar una respuesta o la reducción del riesgo, su propósito era facilitar, de forma adecuada y efectiva, una respuesta o la reducción del riego.

6) El adjetivo “esenciales” se insertó después del sustantivo “necesidades” para hacer ver con más claridad que las necesidades a que se hace referencia son las relacionadas con la supervivencia o con necesidades básicas similares tras un desastre. Se consideró que el término “esenciales” reflejaba claramente el contexto en el que surgen esas necesidades. Esa referencia debería entenderse mejor en el contexto de la importancia de tener en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables, como se indica en el proyecto de artículo 6.

7) Por “personas afectadas” se entienden las personas directamente afectadas por el desastre, incluidas las desplazadas a causa de él, por oposición a las afectadas de manera más indirecta. Esta expresión se incluyó para delimitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y se ajusta al criterio seguido por los instrumentos existentes, que se centran en la prestación de socorro a las personas directamente afectadas por un desastre. Ello no quiere decir que las personas afectadas de manera más indirecta, por ejemplo, por la pérdida de familiares en un desastre, o que hayan sufrido pérdidas económicas como resultado de un desastre ocurrido en otro lugar, no recibirían ningún remedio o reparación. La Comisión no tiene, en absoluto, el propósito de establecer las normas jurídicas aplicables a esas personas en el presente proyecto de artículos. La inclusión en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos de la reducción del riesgo de desastres implica que la expresión “personas afectadas” abarcaría a aquellas que pueden verse afectadas por un futuro desastre, una determinación que debe hacerse en el plano nacional sobre la base de una evaluación de la exposición y la vulnerabilidad de las personas.

8) La referencia a “respetando plenamente sus derechos” tiene por objeto asegurar que esos derechos se respeten y protejan, como se confirma, en el contexto de los derechos humanos, en el proyecto de artículo 5. Además, la oración deja intencionadamente a las normas correspondientes del derecho internacional la cuestión de cómo deben hacerse efectivos esos derechos. Si bien el proyecto de artículos se refiere principalmente a la aplicación de los derechos humanos, tema abordado en el proyecto de artículo 5, el término “derechos” no se refiere solo a los derechos humanos, sino también, entre otros, a los derechos adquiridos en virtud del derecho interno.

Artículo 3
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) por “desastre” se entiende un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad;

b) por “Estado afectado” se entiende un Estado en cuyo territorio o en un territorio bajo cuya jurisdicción o control se produce un desastre;

c) por “Estado que presta asistencia” se entiende un Estado que presta asistencia a un Estado afectado con el consentimiento de este último;

d) por “otro actor que presta asistencia” se entiende una organización intergubernamental competente, o una organización no gubernamental o entidad pertinente, que presta asistencia a un Estado afectado con el consentimiento de este último;

e) por “asistencia externa” se entiende el personal de socorro, el equipo y los bienes, y los servicios proporcionados a un Estado afectado por un Estado u otro actor que presta asistencia para el socorro en caso de desastre;

f) por “personal de socorro” se entiende el personal civil o militar enviado por un Estado u otro actor que presta asistencia a fin de proporcionar socorro en caso de desastre;

g) por “equipo y bienes” se entienden los suministros, las herramientas, las máquinas, los animales especialmente entrenados, los alimentos, el agua potable, los suministros médicos, los medios de alojamiento, la ropa de vestir y de cama, los vehículos, los equipos de telecomunicaciones y los demás objetos para prestar asistencia para el socorro en caso de desastre.

Comentario

1) La práctica habitual de la Comisión, como se pone de manifiesto en la mayoría de los proyectos de artículo que ha aprobado sobre diversos temas de derecho internacional, ha sido incluir una disposición sobre los “términos empleados”. En los comentarios sobre varios proyectos de artículo se había señalado que era preciso definir algunos de los términos elegidos para su inclusión en el proyecto de artículo 3. Otros términos se incluyeron en razón de su frecuencia de aparición general en el proyecto de artículos.

Apartado a)

2) El apartado a) define el término “desastre” únicamente a los efectos del proyecto de artículos. La definición se ha delimitado para captar adecuadamente el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, establecido en el proyecto de artículo 1, sin que, por ejemplo, se incluyesen de manera inadvertida otros acontecimientos graves, como crisis políticas y económicas, que también pueden socavar el funcionamiento de la sociedad, pero escapan al alcance del proyecto de artículos. Esa delimitación queda patente en dos aspectos de la definición: a) el hincapié en la existencia de un acontecimiento calamitoso que perturba gravemente el funcionamiento de la sociedad; y b) la inclusión de una serie de expresiones calificativas.

3) La Comisión tuvo en cuenta el criterio seguido en el Convenio de Tampere, que considera que una catástrofe es la consecuencia de un suceso, es decir, una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad ocasionada por un acontecimiento, y no un acontecimiento en sí. La Comisión era consciente de que ese criterio representaba el pensamiento actual de la comunidad de la asistencia humanitaria, como se confirmó, en particular, en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, de 2005, organizada por las Naciones Unidas en Hyogo (Japón), y en tratados y otros instrumentos recientes, por ejemplo, las Directrices de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial, de 2007 (en adelante, las “Directrices IDRL”)[17]. No obstante, la Comisión decidió retomar la noción anterior de “desastre” como un acontecimiento

[17] Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial* (Ginebra, 2007).

específico, ya que estaba elaborando un instrumento jurídico que requería una definición jurídica más concisa y concreta que una definición de orientación más normativa.

4) El elemento que exige la existencia de un acontecimiento está condicionado en varios sentidos. En primer lugar, la referencia a un acontecimiento "calamitoso" sirve para establecer un umbral, en referencia a la naturaleza del acontecimiento, que hace que solo estén incluidos los acontecimientos extremos. Esto se inspiró en la definición contenida en la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Brujas de 2003[18], que estableció deliberadamente un umbral más alto para excluir otras crisis graves. La definición de "calamitosos" debe entenderse aplicando el calificativo del resto de la disposición, a saber, "... que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad", y teniendo presentes el ámbito de aplicación y el objeto del proyecto de artículos, recogidos en los proyectos de artículo 1 y 2. Además, se habla de "un acontecimiento o una serie de acontecimientos" para abarcar los acontecimientos, como los desastres frecuentes a pequeña escala, que tal vez por sí solos no alcanzarían el umbral fijado pero, en conjunto, constituirían un acontecimiento calamitoso a los efectos del proyecto de artículos. No se incluye ninguna limitación respecto del origen del acontecimiento, es decir, que sea natural u ocasionado por el hombre, reconociendo el hecho de que los desastres suelen deberse a un conjunto complejo de causas, que pueden incluir tanto elementos enteramente naturales como contribuciones de actividades humanas. Asimismo, el proyecto de artículos se aplica tanto a los acontecimientos repentinos (por ejemplo, un terremoto o un *tsunami*) como a los fenómenos de evolución lenta (por ejemplo, las sequías o el aumento del nivel del mar), así como los acontecimientos frecuentes de pequeña escala (por ejemplo, las inundaciones o los corrimientos de tierra).

5) Dos requisitos de causalidad califican además el acontecimiento. En primer lugar, para que el acontecimiento, o la serie de acontecimientos, puedan considerarse "calamitosos" en el sentido del proyecto de artículos, tienen que ocasionar al menos uno de cuatro resultados posibles: pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa o daños materiales o ambientales de gran magnitud. Así pues, un acontecimiento de gran impacto, como un fuerte terremoto, que se registre en alta mar o en una zona deshabitada y que no ocasione al menos uno de los cuatro resultados posibles, no llegaría al umbral establecido en el apartado a). En segundo lugar, la naturaleza del acontecimiento es el requisito de que uno de los cuatro resultados posibles, o todos ellos, ocasionen una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad. En otras palabras, un acontecimiento que causara, por ejemplo, daños materiales a gran escala pero no perturbara gravemente el funcionamiento de la sociedad no llegaría al umbral requerido. De ahí que, al incluir estos elementos causales, la definición recoja aspectos del criterio adoptado en textos contemporáneos, como el Convenio de Tampere, al considerar que la consecuencia del acontecimiento es un aspecto clave de la definición, aunque sea a los fines de establecer el umbral para la aplicación del proyecto de artículos.

6) La expresión "pérdidas masivas de vidas humanas" es un elemento acotador inspirado en el Código de Conducta relativo al Socorro en Casos de Desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja y las Organizaciones No Gubernamentales, de 1995[19]. El requisito de pérdidas "masivas" de vidas sirve para excluir los acontecimientos que provocan relativamente pocas pérdidas de vidas humanas, teniendo en cuenta, no obstante, que esos acontecimientos podrían satisfacer alguno de los otros tres requisitos causales. Por otra parte, un acontecimiento que ocasione pérdidas masivas de

[18] Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 70, parte II, reunión de Brujas (2003), pág. 263.
[19] *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 36 (1996), núm. 310, anexo VI.

vidas humanas podría cumplir de por sí el requisito de causalidad y dar lugar a la aplicación del proyecto de artículos, si provocara una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad.

7) La posibilidad de que causen "grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos" se incluyó en reconocimiento de que muchos desastres importantes van acompañados de pérdidas masivas de vidas humanas o grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, incluidos los causados por accidentes, enfermedades u otros problemas de salud no mortales provocados por el desastre. En consecuencia, el proyecto de artículos abarcaría aquellos casos en los que el acontecimiento haya ocasionado pérdidas de vidas relativamente localizadas, gracias a una prevención y preparación adecuadas, así como a medidas eficaces de mitigación, pero que, no obstante, haya causado una gran alteración que haya ocasionado grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos y perturbado gravemente el funcionamiento de la sociedad.

8) Del mismo modo, la expresión "desplazamientos en masa" se refiere a otra de las consecuencias de los desastres importantes, a saber, el desplazamiento de personas a gran escala. Junto con "grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos", los desplazamientos a raíz de un desastre son una de las dos formas más frecuentes en las que las personas se consideran "afectadas" por el desastre. Los desplazamientos afectan a las personas por la pérdida de acceso a medios de subsistencia y servicios sociales, y por la ausencia de tejido social. En cumplimiento de las obligaciones establecidas en el proyecto de artículos, los Estados también deben tener en cuenta la dimensión de los desplazamientos. La expresión "en masa" se añadió para ajustarse al elevado umbral exigido para la aplicación del proyecto de artículos.

9) La Comisión incluyó la expresión "daños materiales o ambientales de gran magnitud" en reconocimiento de que los desastres importantes suelen causar daños de gran magnitud a las propiedades, los medios de vida y los bienes económicos, físicos, sociales y culturales, así como al medio ambiente, con la consiguiente perturbación del funcionamiento de la sociedad, como resultado del grave revés para el desarrollo humano y el bienestar que ocasionan en general esas pérdidas. Debe entenderse que el proyecto de artículos no abarcaría los daños ambientales o las pérdidas materiales propiamente dichos, sino más bien la repercusión de estos en las personas, con lo que se evitaría tener en cuenta las pérdidas económicas en general. El establecimiento de un condicionante en función de las pérdidas económicas limitaría innecesariamente el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, por ejemplo, impidiendo que se refiriera a actividades destinadas a mitigar posibles pérdidas futuras de vidas humanas como resultado de los daños causados al medio ambiente.

10) Como ya se ha mencionado anteriormente, el requisito de una perturbación grave del funcionamiento de la sociedad sirve para establecer un umbral alto que excluya del ámbito de aplicación del proyecto de artículos otros tipos de crisis, como las crisis políticas o económicas graves. Además, las diferencias en la aplicación pueden justificarse también por el objeto del proyecto de artículos, recogido en el proyecto de artículo 2, y por el hecho de que la clase de protección requerida y los derechos afectados pueden ser diferentes y están regulados, en diversa medida, por otras normas de derecho internacional, en particular de derecho internacional humanitario, como se indica en el proyecto de artículo 18. Una situación de conflicto armado no puede considerarse en sí un desastre a los efectos del presente proyecto de artículos. El requisito de una perturbación grave también implica necesariamente la posibilidad de que se produzca esa perturbación. Ello significa que el hecho de que un Estado adoptara medidas apropiadas para reducir el riesgo de desastres o medidas de socorro, de conformidad con los planes de emergencia establecidos en respuesta a un desastre que pueda perturbar gravemente el funcionamiento de la sociedad, no excluiría en sí mismo la aplicación del proyecto de artículos.

11) Si bien los cuatro posibles resultados previstos ofrecen algunas orientaciones sobre lo que podría representar una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad, la Comisión se abstuvo de incluir otros elementos descriptivos o condicionantes a fin de dejar un margen de discrecionalidad en la práctica.

12) La definición de "desastre", a los efectos del proyecto de artículos, está sujeta a la especificación hecha en el proyecto de artículo 18, párrafo 2, de que el proyecto de artículos no será de aplicación en la medida en que la respuesta en caso de desastre se rija por las normas del derecho internacional humanitario.

Apartado b)

13) El apartado b), en el que se define la expresión "Estado afectado" a los efectos del proyecto de artículos, se inspira en la definición de la misma expresión que figura en las Directrices IDRL[20]. Refleja la orientación básica de que el proyecto de artículos está dirigido principalmente a los Estados. También prevé la importancia crucial del papel que ha de desempeñar el Estado afectado por el desastre, como se establece en el proyecto de artículo 10.

14) La característica fundamental de la respuesta en caso de desastre o la reducción del riesgo de desastres es el control del Estado. En la mayoría de los casos, se trataría del control que ejerce el Estado en cuyo territorio se produce el desastre. No obstante, ello no excluye necesariamente otras situaciones en que un Estado pueda ejercer la jurisdicción *de iure*, o el control *de facto*, sobre otro territorio en que se produzca un desastre. La expresión "en cuyo territorio o en un territorio bajo cuya jurisdicción o control" está inspirada en la definición de "Estado de origen" que figura en el artículo 2, apartado d), de los artículos de 2001 sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[21].

15) La Comisión estimó que el Estado que ejerza su jurisdicción o control sobre un territorio (que no sea el suyo) en que se produzca un desastre también se consideraría "Estado afectado" a los efectos del proyecto de artículos. Esa posibilidad también está implícita en el reconocimiento que se hace en el proyecto de artículo 18 de que el proyecto de artículos sería de aplicación en el contexto de los denominados "desastres complejos", que se producen en el mismo territorio en que tiene lugar un conflicto armado, en la medida en que la respuesta en caso de desastre se rija por las normas del derecho internacional humanitario. Al mismo tiempo, la disposición se formuló con la intención de dejar claro el vínculo territorial. Así, el propósito de la referencia a la "jurisdicción" no es incluir a los Estados de la nacionalidad que pueden reclamar la jurisdicción en virtud del derecho internacional respecto de las personas afectadas por un desastre que se produzca fuera de su territorio o de un territorio bajo su jurisdicción o control. La Comisión reconoció que la inclusión de los Estados que ejercen su jurisdicción o control suponía que, en casos excepcionales, pudiera haber dos Estados afectados: el Estado en cuyo territorio se produzca el desastre y el Estado que ejerza su jurisdicción o control sobre ese territorio.

16) La expresión "se produce un desastre", que figura al final de la oración, tiene por objeto armonizar la definición de "Estado afectado" con la de "desastre" del apartado a). Se trata de lograr un equilibrio entre la opción de hacer hincapié en los efectos de un desastre, aumentando así el número de Estados que podrían considerarse "Estados afectados" y la de centrarse en el elemento territorial (el lugar en que se produjo), que podría excluir innecesariamente a los Estados que sufren las consecuencias del desastre aunque,

[20] Véase Directrices IDRL (nota 17 *supra*), directriz 2, párr. 8 ("[e]l Estado en cuyo territorio personas o propiedades son afectadas por un desastre").

[21] Resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo, art. 2; para consultar el comentario correspondiente, véase *Anuario..., 2001*, cap. V, secc. E.

estrictamente hablando, el acontecimiento no haya tenido lugar en su territorio (o en un territorio bajo su jurisdicción o control). En consecuencia, se hace una remisión explícita a la definición de "desastre" del apartado a), en reconocimiento del hecho de que el proyecto de artículos establece una definición combinada de los desastres, que abarca tanto el acontecimiento como sus efectos, lo que entraña que distintos Estados puedan considerarse "afectados", a los efectos del proyecto de artículos, en situaciones diferentes. También concuerda con el enfoque de la Comisión de examinar las consecuencias del acontecimiento como elemento fundamental a los efectos de determinar el umbral de aplicación del proyecto de artículos[22].

Apartado c)

17) La definición de "Estado que presta asistencia" que figura en el apartado c) se basa en la definición de "Estado solidario" contenida en el Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil de 2000[23], cambiando la expresión "Estado beneficiario" por "Estado afectado", que es la empleada en el proyecto de artículos y definida en el apartado b). La expresión "Estado que presta asistencia" hace referencia al concepto de "asistencia externa", que se define en el apartado e) y se basa en el deber de cooperar establecido en el proyecto de artículo 7, leído juntamente con los proyectos de artículos 8 y 9.

18) Un Estado no se considera "Estado que presta asistencia" hasta que la asistencia se esté prestando o se haya prestado. En otras palabras, un Estado que ofrece asistencia no es un "Estado que presta asistencia", con las diversas consecuencias jurídicas que se derivan de esa clasificación con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de artículos, hasta que dicha asistencia haya sido aceptada o consentida por el Estado afectado, de conformidad con el proyecto de artículo 13.

Apartado d)

19) El proyecto de artículos también tiene por objeto regular la situación de otros actores que prestan asistencia, además de la de los Estados afectados y los Estados que prestan asistencia. Un porcentaje importante de las actividades contemporáneas de reducción del riesgo de desastres y de socorro en caso de desastre es llevado a cabo o está auspiciado por organizaciones internacionales, incluidas las Naciones Unidas, así como por organizaciones no gubernamentales y otras entidades. Este grupo de actores se denomina colectivamente en el proyecto de artículos "otro actor que presta asistencia". La referencia se entiende sin perjuicio de la condición jurídica diferente de esos actores en virtud del derecho internacional, que se reconoce en el proyecto de artículos, por ejemplo en el proyecto de artículo 12[24].

20) La definición refleja el comentario al proyecto de artículo 7, que confirma el entendimiento de que la expresión "actor que presta asistencia" se refiere, en los términos empleados en el proyecto de artículo 7, a las Naciones Unidas, los componentes del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y otros actores que prestan asistencia[25]. La expresión "o entidad", que se ha tomado, en parte, del Acuerdo de la ASEAN[26], se añadió en reconocimiento de que no todos los actores que participan en actividades de socorro en caso de desastre pueden clasificarse en una u otra de las

[22] Véase *supra* el párr. 4) del comentario del proyecto de art. 3.
[23] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2172, núm. 38131, pág. 213, art. 1 f).
[24] Véase *infra* el párr. 4) del comentario del proyecto de art. 12.
[25] Véase *infra* el párr. 1) del comentario del proyecto de art. 7. Véase también Directrices IDRL (nota 17 *supra*), directriz 2.14 (definición de "actor que presta asistencia").
[26] Art. 1, párr. 1 (definición de "entidad que presta asistencia").

categorías mencionadas. En particular, se debe entender que esa expresión se refiere a entidades como el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

21) La Comisión interpretó que la definición de "otro actor que presta asistencia" se limita, a los efectos del proyecto de artículos, a los que son externos al Estado afectado[27]. Por consiguiente, quedan excluidas, por ejemplo, las actividades de las organizaciones no gubernamentales nacionales. Tampoco quedaría incluido en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos un actor nacional que prestase o intentase prestar asistencia desde el extranjero.

22) Al igual que la definición de "Estado que presta asistencia" que figura en el apartado c), la proposición final "que presta asistencia a un Estado afectado con el consentimiento de este último" hace referencia al papel fundamental que desempeña el consentimiento en el proyecto de artículos, de conformidad con lo dispuesto en el proyecto de artículo 13. También se incluye en reconocimiento de la amplia gama de actividades que realizan generalmente esas entidades, en el contexto tanto de la reducción del riesgo de desastres como de la prestación de socorro en caso de desastre, y que están reguladas por el proyecto de artículos.

Apartado e)

23) El apartado e) define el tipo de asistencia que, según lo dispuesto en el proyecto de artículos, pueden proporcionar al Estado afectado los Estados que prestan asistencia u otros actores que prestan asistencia como forma de cooperación prevista en el proyecto de artículo 8.

24) La formulación se basa en las Directrices para la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros en Operaciones de Socorro en Casos de Desastre (también denominadas "Directrices de Oslo")[28] y en el Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil, de 2000[29]. La referencia al "material" que figura en las Directrices de Oslo se sustituyó por "el equipo y los bienes", que son los términos empleados en el proyecto de artículos y definidos en el apartado g).

25) La expresión "proporcionados a un Estado afectado por un Estado u otro actor que presta asistencia" reitera el carácter de la relación jurídica existente entre el Estado o el actor que presta asistencia y el Estado afectado, conforme a lo previsto en el proyecto de artículos.

26) La última cláusula tiene por objeto aclarar la finalidad para la que se debe prestar asistencia externa, a saber, "para el socorro en caso de desastre". La Comisión entendió que el concepto de "asistencia externa", por definición, se aplica en concreto a la fase de respuesta. Si bien la formulación se ha redactado con la terminología técnica de la respuesta en caso de desastre, se entiende que se ajusta a la parte pertinente del objetivo general del proyecto de artículos, enunciado en el proyecto de artículo 2, a saber, "facilitar, de forma adecuada y efectiva, la respuesta a los desastres [...], a fin de atender a las necesidades esenciales de las personas afectadas, respetando plenamente sus derechos".

Apartado f)

27) El apartado define el componente relativo al personal de la asistencia externa brindada por los Estados que prestan asistencia u otros actores que prestan asistencia. La definición indica los dos tipos de personal que se suele enviar para proporcionar socorro en

[27] Véase *infra* el párr. 2) del comentario del proyecto de art. 14.

[28] OCAH, *Directrices para la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros en Operaciones de Socorro en Casos de Desastre* ("Directrices de Oslo"), de 2006, revisadas el 1 de noviembre de 2007.

[29] Véase el art. 1 d) (definición de "asistencia").

caso de desastre, esto es, personal "civil" o "militar"[30]. La referencia a la segunda categoría también está inspirada en el tratado bilateral concluido en 2000 entre Grecia y la Federación de Rusia[31], y tiene por objeto reconocer la importante función que desempeña el personal militar, como categoría de personal de socorro, en la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre. Si bien la referencia al personal militar es más pertinente en el caso de los Estados que prestan asistencia, la expresión "personal civil" pretende ser suficientemente amplia para abarcar el personal enviado por un Estado u otro actor que presta asistencia. El hecho de que se trate de opciones abiertas a algunas entidades que prestan asistencia (incluidos los Estados), pero no a todas, viene confirmado por la formulación disyuntiva de la frase ("o").

28) Se entiende que ese personal es generalmente personal "especializado", al que se hace referencia en el anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, en el sentido de que lo que se espera es personal dotado del conjunto de competencias requeridas y del equipo y los bienes necesarios, de conformidad con la definición del apartado g), para desempeñar las funciones de que se trate.

29) La expresión "enviado por" establece un vínculo entre el actor que presta asistencia, ya sea un Estado u otro actor, y el personal interesado. La Comisión decidió no incluir la expresión "que actúa en nombre de" para no prejuzgar ninguna cuestión relacionada con la aplicación de las normas de derecho internacional relativas a la atribución de un comportamiento a un Estado o a una organización internacional[32], habida cuenta del papel principal del Estado afectado previsto en el proyecto de artículo 10, párrafo 2.

Apartado g)

30) Como se indica en el apartado e), el "equipo" y los "bienes" son un componente fundamental del tipo de asistencia externa prevista en el proyecto de artículos. La formulación se basa en el comentario al proyecto de artículo 15[33], así como en la resolución sobre asistencia humanitaria del Instituto de Derecho Internacional[34]. La lista abarca los tipos de material que en general se acepta que son necesarios para prestar asistencia para el socorro en caso de desastre. El carácter no exhaustivo de la lista se confirma con la referencia a "los demás objetos".

31) En términos generales, se prevén dos tipos de material: el "equipo" técnico que requiere el personal de socorro en caso de desastre a fin de desempeñar sus funciones, para su propio sustento y con objeto de prestar socorro, como suministros, herramientas físicas y electrónicas, máquinas y equipos de telecomunicaciones, y los "bienes" necesarios para la supervivencia y la atención de las necesidades esenciales de las víctimas de los desastres, como alimentos, agua potable, suministros médicos, medios de alojamiento, ropa de vestir y ropa de cama. Los perros de búsqueda se prevén específicamente en la frase "animales especialmente entrenados", que se ha tomado del anexo específico J del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros

[30] Véanse las Directrices de Oslo (nota 28 *supra*), directriz 5.

[31] Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre Cooperación en materia de Prevención y Respuesta ante Desastres Naturales y Provocados por el Hombre, de 21 de febrero de 2000, art. 1 (definición de "equipo para la prestación de asistencia").

[32] Véanse los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo, arts. 4 a 9 (para consultar el comentario correspondiente, véase *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte), y corrección, cap. IV, secc. E), y los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011, resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo, arts. 6 y 7 (para consultar el comentario correspondiente, véase *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte), y corrección, cap. V, secc. E).

[33] Véase *infra* el párr. 5) del comentario del proyecto de art. 15.

[34] Véase la nota 18 *supra*.

("Convenio de Kyoto")[35]. La Comisión consideró que la definición era suficientemente flexible para incluir también los servicios que podría prestar el personal de socorro.

Artículo 4
Dignidad humana

La dignidad inherente al ser humano se respetará y protegerá en caso de desastre.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 se ocupa del principio de la dignidad humana en el contexto tanto de la respuesta a los desastres como de la reducción del riesgo de desastres. La dignidad humana es el principio fundamental que informa y sustenta las normas internacionales de derechos humanos. En el contexto de la protección de las personas en caso de desastre, la dignidad humana figura como un principio rector para cualquier medida que se adopte en relación con la prestación de asistencia para el socorro, la reducción del riesgo de desastres y la evolución continua de la legislación aplicable. La Comisión consideró que el carácter central de ese principio para la protección de las personas en caso de desastre era justificación suficiente para incluir la "dignidad humana" en una disposición específica e independiente dentro del proyecto de artículos.

2) El principio de la dignidad humana es consustancial a los instrumentos internacionales de derechos humanos y se ha interpretado en el sentido de que constituye el fundamento último de las normas de derechos humanos. En el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se reafirman "la dignidad y el valor de la persona humana" y en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[36] se dice que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca […] de todos los miembros de la familia humana". Puede encontrarse la afirmación del principio de la dignidad humana en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[37], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[38], la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial[39], la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[40], la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[41], la Convención sobre los Derechos del Niño[42] y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[43]. También se trata de un principio central en el ámbito del derecho internacional humanitario. El concepto de dignidad de la persona se reconoce en el artículo 3, párrafo 1 c), común a los Convenios de Ginebra relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales

[35] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 950, núm. 13561, pág. 269, revisado por el Protocolo de Enmienda del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros, de 26 de junio de 1999, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2370, núm. 13561, pág. 27 (definición de "envíos de socorro").

[36] Resolución 217 (III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

[37] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171, párrafos del preámbulo y art. 10, párr. 1.

[38] *Ibid*., vol. 993, núm. 14531, pág. 3, párrafos del preámbulo y art. 13, párr. 1.

[39] *Ibid*., vol. 660, núm. 9464, pág. 195, párrafos del preámbulo.

[40] *Ibid*., vol. 1249, núm. 20378, pág. 13, párrafos del preámbulo.

[41] *Ibid*., vol. 1465, núm. 24841, pág. 85, párrafos del preámbulo.

[42] *Ibid*., vol. 1577, núm. 27531, pág. 3, párrafos del preámbulo; art. 23, párr. 1; art. 28, párr. 2; art. 37; y arts. 39 y 40.

[43] *Ibid*., vol. 2515, núm. 44910, pág. 3, art. 3.

(en adelante, los "Convenios de Ginebra de 1949")[44], los artículos 75 y 85 del Protocolo I[45] y el artículo 4 del Protocolo II[46].

3) El concepto de dignidad humana constituye también el centro de numerosos instrumentos de carácter internacional cuyo objeto es la prestación de socorro humanitario en caso de desastre. Las Directrices IDRL disponen que "[l]os actores que presten asistencia y su personal deberían en todo momento […] respetar la dignidad humana de los damnificados por un desastre"[47]. La Asamblea General, en su resolución 45/100, de 14 de diciembre de 1990, considera que "dejar a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares sin asistencia humanitaria representa una amenaza a la vida humana y un atentado contra la dignidad humana"[48]. El Instituto de Derecho Internacional señaló asimismo que dejar de prestar asistencia humanitaria a las víctimas de desastres constituye "un delito contra la dignidad humana"[49].

4) La formulación precisa del principio aprobada por la Comisión, a saber la "dignidad inherente al ser humano", se inspira en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el artículo 10, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta formulación también se recoge en instrumentos como la Convención sobre los Derechos del Niño[50] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[51].

5) En la disposición no se indica de manera explícita a qué actores está dirigida. Cabe considerar que solo se aplica a los Estados, pero no necesariamente a "otros actores que prestan asistencia", puesto que, en el supuesto de las entidades no estatales, hay diferentes enfoques jurídicos acerca de la existencia en derecho internacional de obligaciones jurídicas

[44] Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31 (Convenio de Ginebra I); Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 971, pág. 85 (Convenio de Ginebra II); Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 972, pág. 135 (Convenio de Ginebra III); y Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 973, pág. 287 (Convenio de Ginebra IV), art. 3, párr. 1, común a todos ellos (que recoge la prohibición de "los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes").

[45] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, art. 75, párr. 2 b) (que recoge la prohibición de "los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor"); art. 85, párr. 4 c) (que establece que cuando se cometan intencionalmente, en violación de los Convenios o del Protocolo, "las prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal" se considerarán infracciones graves del Protocolo).

[46] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), de 1977, *ibid*., núm. 17513, pág. 609, art. 4, párr. 2 e) (que recoge la prohibición de "los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor").

[47] Directrices IDRL (véase la nota 17 *supra*), directriz 4, párr. 1.

[48] Párrafo del preámbulo.

[49] Resolución sobre la asistencia humanitaria (véase la nota 18 *supra*), art. II, párr. 1.

[50] Véase el art. 37 c) (que establece, entre otras cosas, que "[t]odo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana").

[51] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, pág. 123, art. 5, párr. 2 (que dispone, entre otras cosas, que "toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano").

relativas a la protección de la dignidad humana de las personas afectadas. No obstante, se debe interpretar que la disposición se aplica a los Estados que prestan asistencia y a los actores que prestan asistencia (en el sentido del proyecto de artículo 3) con capacidad para adquirir obligaciones jurídicas en virtud del derecho internacional. La Comisión reconoce el papel que desempeñan tanto los Estados afectados como los Estados que prestan asistencia en las actividades de respuesta a los desastres y de reducción del riesgo de desastres (abordadas en los proyectos de artículo 9 a 16). Muchas de las actividades en el ámbito de la respuesta a los desastres y, hasta cierto punto, en el de la reducción del riesgo de desastres se canalizan a través de órganos de organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y otras entidades no estatales, como la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja[52].

6) La expresión "se respetará y protegerá" se ajusta a la doctrina y la jurisprudencia actuales en materia de normas internacionales de derechos humanos. Esta fórmula se utiliza en diversos instrumentos relativos al socorro en caso de desastre, como las Directrices de Oslo[53], los Criterios de Mohonk[54], los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos[55] y los Principios Rectores en materia de Derecho a la Asistencia Humanitaria[56]. Conjuntamente, los verbos "respetará" y "protegerá" connotan una obligación negativa de abstenerse de atentar contra la dignidad inherente al ser humano y una obligación positiva de adoptar medidas para proteger esa dignidad. A título de ejemplo, el deber de protección puede requerir que los Estados aprueben legislación que prohíba actividades de terceros en circunstancias que puedan constituir una vulneración del principio de respeto a la dignidad humana. La Comisión consideró que la obligación de "proteger" debe ajustarse a las obligaciones jurídicas de los respectivos actores a los que va dirigida la disposición. Así pues, corresponde al Estado afectado el papel primordial de proteger la dignidad humana en razón de su papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la asistencia para el socorro en caso de desastre, como se refleja en el proyecto de artículo 10, párrafo 2. Además, cada Estado deberá guiarse por el imperativo de respetar y proteger la dignidad inherente al ser humano al adoptar medidas para reducir el riesgo de desastres, como se indica en el proyecto de artículo 9.

7) La referencia genérica al final de la disposición a "en caso de desastre", que es la misma formulación que la empleada en el proyecto de artículo 1, refleja el alcance general del proyecto de artículos, que incluye la reducción del riesgo de desastres.

---

[52] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/61/10), anexo C, párr. 28.

[53] Directrices de Oslo (véase la nota 28 *supra*), párr. 20 (donde se establece que "[d]eben respetarse y protegerse la dignidad y los derechos de todas las víctimas").

[54] J. M. Ebersole, "The Mohonk Criteria For Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance" (los "Criterios de Mohonk"), *Human Rights Quarterly*, vol. 17, núm. 1 (febrero de 1995), págs. 192 a 208, en especial pág. 196 (donde se señala que "[d]eben respetarse y protegerse la dignidad y los derechos de todas las víctimas").

[55] E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo, principio 26 (donde se dispone, entre otras cosas, que "[s]e respetará y protegerá a las personas que prestan asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros").

[56] Aprobados por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario en abril de 1993, principio 10 (donde se establece que "[l]a asistencia humanitaria podrá prestarse, cuando proceda, mediante 'corredores humanitarios', que deben ser respetados y protegidos por las autoridades competentes de las partes interesadas y, si fuera necesario, por las autoridades de las Naciones Unidas").

Artículo 5
Derechos humanos

Las personas afectadas por los desastres tienen derecho a que se respeten y protejan sus derechos humanos de conformidad con el derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 refleja el derecho general de las personas afectadas por los desastres a la protección de sus derechos humanos. También sirve como recordatorio de la obligación de los Estados de asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones en materia de derechos humanos aplicables durante el desastre y la fase previa al desastre. La Comisión reconoce que existe una estrecha conexión entre los derechos humanos y el principio de la dignidad humana reflejado en el proyecto de artículo 4, que se ve reforzada con la proximidad de los dos proyectos de artículo.

2) La referencia general a los "derechos humanos" abarca las obligaciones en esa materia establecidas en los acuerdos internacionales pertinentes y las reflejadas en el derecho internacional consuetudinario. Las mejores prácticas para la protección de los derechos humanos recogidas en textos no vinculantes de ámbito internacional, como las Directrices Operacionales sobre la Protección de las Personas en Situaciones de Desastres Naturales[57] y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos[58], sirven para contextualizar la aplicación de las obligaciones vigentes en materia de derechos humanos a la situación específica de los desastres. También se contempla la protección prevista en la legislación nacional (como la establecida en el derecho constitucional de muchos Estados). La formulación adoptada por la Comisión indica el amplio espectro de las obligaciones en materia de derechos humanos, sin especificar, añadir o calificar esas obligaciones.

3) Como se aclara en el comentario al proyecto de artículo 1, párrafo 3), el ámbito *ratione personae* del proyecto de artículos abarca las actividades de los Estados y las organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones de integración regional, así como de otras entidades con competencias jurídicas internacionales específicas en la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre. La Comisión reconoce que el ámbito y el contenido de la obligación de proteger los derechos humanos de los afectados por los desastres variarán considerablemente entre esos actores. La neutralidad de la formulación adoptada por la Comisión debe interpretarse en el entendimiento de que los Estados afectados, los Estados que prestan asistencia y los demás actores que prestan asistencia tendrán, respectivamente, obligaciones concretas.

4) El proyecto de artículo reconoce el derecho de las personas afectadas a que "se respeten y protejan" sus derechos humanos, que siguen siendo de aplicación en el contexto de los desastres. La oración se inspira en la que figura en el proyecto de artículo 4 sobre la dignidad humana, lo que confirma el vínculo entre ambas disposiciones. La referencia al concepto de "proteger", habitual en los instrumentos internacionales vigentes relativos a la protección de los derechos humanos, junto con el de "respetar", está concebida como una fórmula holística que describe la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados, y debe leerse teniendo presente la referencia a "respetando plenamente sus derechos" que figura en el proyecto de artículo 2. No obstante, las obligaciones de los Estados no se limitan a evitar las injerencias en los derechos de las personas ("respeto"), sino que pueden

[57] Comité Permanente entre Organismos, *Directrices Operacionales sobre la Protección de las Personas en Situaciones de Desastres Naturales* (Washington, D.C., Proyecto Brookings-Berna sobre el Desplazamiento Interno, 2011).

[58] Véase la nota 55 *supra*.

ampliarse, según requieran las normas en cuestión, a la "protección"[59] de sus derechos, entre otras cosas, mediante la adopción de una serie de medidas que van de la no injerencia pasiva a la garantía activa de la satisfacción de las necesidades individuales, en función de las circunstancias concretas. Habida cuenta del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, enunciado en el proyecto de artículo 2, esas medidas también abarcan lo referente a prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar la violación de derechos humanos[60].

5) La Comisión no consideró factible elaborar una lista exhaustiva de todos los derechos potencialmente aplicables y expresó su inquietud por que esa lista se prestara a una interpretación *a contrario*, en el sentido de que los derechos que no se mencionasen en ella no fueran aplicables.

6) Un derecho particularmente pertinente es el derecho a la vida, reconocido en el artículo 6, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si un Estado se niega a adoptar medidas efectivas para prevenir desastres que ocasionen pérdidas de vidas o reaccionar ante esos casos[61]. También se entendió que entre los derechos pertinentes figuran los derechos económicos y sociales, que los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y otros convenios aplicables, tienen la obligación de hacer efectivos progresivamente, incluidos los que establecen obligaciones básicas mínimas (en relación con el suministro de alimentos esenciales, la atención sanitaria esencial, el alojamiento y la vivienda básicos, y la educación para los niños) y que siguen existiendo incluso en el contexto de un desastre. Otros derechos aplicables son, por ejemplo, el derecho a recibir asistencia humanitaria; los derechos de los grupos especialmente vulnerables (como se prevé en el proyecto de artículo 6) a que se tengan en cuenta sus necesidades especiales de protección y asistencia; el derecho de las comunidades a intervenir en la planificación y ejecución de las iniciativas de reducción de los riesgos, respuesta ante ellos y recuperación; y el derecho de todas las personas desplazadas por desastres a recibir asistencia no discriminatoria para lograr soluciones duraderas a su desplazamiento. También hay referencias a derechos específicos en algunos comentarios de otros proyectos de artículo[62].

7) El proyecto de artículo deja intencionadamente abierta a las normas pertinentes del derecho internacional la cuestión de cómo van a hacerse efectivos los derechos. Se entiende que, a menudo, existe cierto margen de discrecionalidad implícito en la aplicación de los derechos, condicionado por la gravedad de los efectos del desastre, dependiendo de las normas pertinentes que reconozcan o establezcan los derechos en cuestión. Además, la Comisión consideró que la referencia a los "derechos humanos" recoge tanto los derechos como las limitaciones que existen en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. La referencia a los "derechos humanos" alude, por tanto, a la totalidad del derecho internacional de los derechos humanos, en particular a su tratamiento de los derechos derogables e inderogables. Así, la disposición contempla el derecho del Estado afectado a la suspensión o derogación cuando ello se reconozca en los acuerdos internacionales existentes, lo que también se confirma mediante la expresión final "de conformidad con el derecho internacional".

---

[59] Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Budayeva and Others v. Russia*, demandas núms. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008-II.

[60] Véase, por ejemplo, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (nota 55 *supra*), anexo, principio 5.

[61] Véanse también las Directrices Operacionales sobre la Protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Desastres Naturales, 2006 (A/HRC/4/38/Add.1, anexo). Véanse, asimismo, los párrs. 2) y 3) del comentario del proyecto de art. 6.

[62] Véanse, por ejemplo, los párrs. 4) y 5) del comentario del proyecto de art. 11 *infra*.

8) La referencia final a “de conformidad con el derecho internacional” sirve además para recordar que puede haber otras normas de derecho internacional, como las relativas a los refugiados y los desplazados internos, que pueden incidir en los derechos de las personas afectadas por los desastres, una posibilidad que también se prevé en el proyecto de artículo 18.

Artículo 6
Principios humanitarios

La respuesta a los desastres se llevará a cabo de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sobre la base de la no discriminación, teniendo en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 establece los principios humanitarios fundamentales en relación con la protección de las personas en caso de desastre. La Comisión no consideró necesario determinar si esos principios son también principios generales del derecho internacional, y señaló que no suponen la exclusión de otros principios del derecho internacional pertinentes. El proyecto de artículo reconoce la importancia de esos principios para la prestación de asistencia para el socorro y para las actividades de reducción del riesgo de desastres, en su caso.

2) Los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad son principios esenciales reconocidos como el fundamento de la asistencia humanitaria[63]. Asimismo, esos principios son esenciales para las leyes aplicables en las tareas de socorro en caso de desastre. Como ejemplo de ello, en la resolución 46/182 de la Asamblea General se señala que “[l]a asistencia humanitaria deberá proporcionarse de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad”[64].

3) El principio de humanidad es el aspecto esencial de la protección de las personas en derecho internacional. Al tratarse de un elemento tanto de derecho internacional humanitario como de derecho internacional de los derechos humanos, este principio sirve de base para la elaboración de legislación sobre la protección de las personas en caso de desastre. En el ámbito del derecho internacional humanitario, la expresión más clara del principio se encuentra en la exigencia de dar un trato humano, recogida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949[65]. No obstante, como afirmó la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa al *Canal de Corfú* (fondo), entre los principios generales y bien arraigados se encuentran “las consideraciones elementales de humanidad, aún más exigibles en tiempo de paz que en tiempo de guerra”[66]. En su comentario sobre los principios de la Cruz Roja, Pictet atribuye tres elementos al principio de humanidad: prevenir y aliviar el sufrimiento, proteger la vida y la salud, y garantizar el respeto de la

[63] Véase el debate en el memorando de la Secretaría (A/CN.4/590), párr. 11.

[64] Anexo, párr. 2.

[65] Véase art. 3, párr. 1 (donde se dispone que “[l]as personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo”).

[66] *Corfu Channel case*, fallo de 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22.

persona[67]. En el contexto específico del socorro en caso de desastre, en las Directrices de Oslo y en los Criterios de Mohonk se afirma que una de las exigencias del principio de humanidad es que "[d]ebe paliarse el sufrimiento humano dondequiera se encuentre"[68].

4) Si bien el principio de neutralidad es un principio arraigado en el derecho aplicable a los conflictos armados, también es de aplicación en otros ámbitos del derecho. En la esfera de la asistencia humanitaria, el principio de neutralidad requiere que la asistencia se preste independientemente de cualquier contexto político, religioso, étnico o ideológico. Tanto en las Directrices de Oslo como en los Criterios de Mohonk se afirma que la asistencia deberá prestarse "[s]in participar en hostilidades ni tomar partido en las controversias de índole política, religiosa o ideológica"[69]. El principio de neutralidad indica, como tal, el carácter apolítico de la respuesta en caso de desastre y afirma que las actividades humanitarias no pueden llevarse a cabo con otros fines que los de hacer frente al desastre de que se trate. Ese principio garantiza que el interés de las personas afectadas por los desastres sea la preocupación primordial del Estado afectado y de cualquier otro participante relevante en la respuesta en caso de desastre. El respeto del principio de neutralidad es esencial para facilitar el logro de una respuesta adecuada y eficaz a los desastres, como se recoge en el proyecto de artículo 2.

5) El principio de imparcialidad abarca tres principios: la no discriminación, la proporcionalidad y la imparcialidad. Por las razones que más adelante se exponen, la Comisión desarrolla el principio de no discriminación no solo como un elemento del proyecto de artículo 6, sino también como un principio independiente de la respuesta a los desastres. La no discriminación tiene como finalidad la eliminación de razones objetivas de discriminación entre las personas, de forma que la prestación de asistencia a los afectados esté guiada exclusivamente por las necesidades de estos. El principio de proporcionalidad establece que la respuesta en caso de desastre debe ser proporcional a la magnitud del desastre y a las necesidades de las víctimas. Este principio actúa también como un mecanismo distributivo, que permite que la prestación de asistencia se lleve a cabo atendiendo a las necesidades más urgentes. La imparcialidad refleja el principio de que no se establezcan distinciones subjetivas entre las personas en la respuesta a los desastres. Así, en el Comentario al Primer Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra, se establece el concepto de imparcialidad como "una cualidad moral que debe estar presente en la persona o institución a que se recurra para ayudar a los que sufren"[70]. Como ejemplo, en el Proyecto de directrices internacionales para las operaciones de asistencia humanitaria se dice que "la asistencia humanitaria debe prestarse de manera imparcial, sin distinción alguna entre las personas con necesidades urgentes"[71]. En general, el principio de imparcialidad requiere que la respuesta a los desastres tenga como objetivo el pleno respeto y la cobertura de las necesidades de los afectados por los desastres de manera que se dé prioridad a las necesidades de los especialmente vulnerables.

---

[67] J. Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross Proclaimed by the Twentieth International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965: Commentary* (Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1979), págs. 21 a 27; puede consultarse también en www.icrc.org/.

[68] Directrices de Oslo (véase la nota 28 *supra*), párr. 20; Criterios de Mohonk (véase la nota 54 *supra*), pág. 196.

[69] *Ibid*.

[70] Véase C. Pilloud y otros, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1987), párrs. 2800 y 2801 (en donde se menciona la Proclamación de los principios fundamentales de la Cruz Roja, adoptada en la resolución VIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Viena, 1965); y Pictet, *Commentary* (véase la nota 67 *supra*), págs. 33 a 51.

[71] P. MacAlister-Smith, *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations* (Heidelberg (Alemania), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 1991), párr. 6 a).

6) El principio de no discriminación, aplicable también en el contexto de la reducción del riesgo de desastres, refleja la igualdad inherente de todas las personas y la determinación de que no cabe hacer entre ellas distinción alguna que conlleve un perjuicio. Los motivos prohibidos de discriminación no son exhaustivos y entre ellos figuran el origen étnico, el sexo, la nacionalidad, las convicciones políticas, la raza, la religión y la discapacidad[72]. La Comisión determinó que la no discriminación debía recogerse como un principio autónomo, habida cuenta de su importancia para el tema que se examina. Este es el enfoque adoptado también por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2003 sobre la asistencia humanitaria, en la que se dispone que el ofrecimiento y la prestación de asistencia humanitaria se harán "sin discriminación alguna por motivos prohibidos"[73]. Las Directrices IDRL especifican asimismo que la asistencia debe prestarse a las víctimas de los desastres sin "discriminación alguna (por ejemplo, por razones de nacionalidad, raza, etnia, creencias religiosas, clase, género, discapacidad, edad u opiniones políticas)"[74].

7) El principio de no discriminación no debe entenderse de forma que excluya la posibilidad de la "discriminación positiva", cuando proceda. La oración "teniendo en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables" del proyecto de artículo 6 refleja esa idea. El término "vulnerables" abarca tanto a grupos como a personas individuales. Por ello, se prefirió el término neutro "vulnerables" a "grupos vulnerables" o "personas vulnerables". Se utilizó el modificador "especialmente" en reconocimiento del hecho de que las víctimas de los desastres son, por definición, vulnerables. La formulación específica de "especialmente vulnerables" procede del artículo 4, párrafo 3 a), de las Directrices IDRL, que hace referencia a las necesidades "de las mujeres y de los grupos particularmente vulnerables, que pueden abarcar a niños, personas desplazadas, ancianos, personas con discapacidades y personas que viven con el VIH y otras enfermedades debilitantes"[75]. También se recoge un modificador en ese sentido en la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional, que hace referencia al requisito de tener en cuenta las necesidades de los "más vulnerables"[76]. Asimismo, en su resolución 69/135, de 12 de diciembre de 2014, la Asamblea General:

> "Solicita a los Estados Miembros, las organizaciones humanitarias competentes del sistema de las Naciones Unidas y demás agentes humanitarios pertinentes que se aseguren de que en todos los aspectos de la respuesta humanitaria, incluida la preparación para casos de desastre y la evaluación de las necesidades, se tengan en cuenta las necesidades humanitarias y vulnerabilidades específicas de todos los componentes de la población afectada, en particular de las niñas, los niños, las mujeres, las personas de edad y las personas con discapacidad, entre otras cosas en el diseño y la aplicación de programas relativos a la reducción del riesgo de desastres, la asistencia humanitaria y la recuperación, y en la reconstrucción posterior a emergencias humanitarias, y, a este respecto, alienta a que se procure asegurar la incorporación de la perspectiva de género...."[77]

---

[72] Véanse, entre otros, Convenios de Ginebra de 1949, art. 3, párr. 1, común a todos ellos; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 2. Véanse también Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, núm. 39481, pág. 3), art. 7.

[73] Resolución sobre la asistencia humanitaria (véase la nota 18 *supra*), art. II, párr. 3.

[74] Directrices IDRL (véase la nota 17 *supra*), art. 4, párr. 2 b).

[75] *Ibid.*, art. 4, párr. 3 a).

[76] Resolución sobre la asistencia humanitaria (véase la nota 18 *supra*), art. II, párr. 3.

[77] Véase el párr. 32.

La Comisión decidió no incluir una lista de grupos vulnerables en el propio artículo debido al carácter relativo de la vulnerabilidad. Lo importante no era tanto determinar los subgrupos de personas especialmente vulnerables dentro del conjunto general de personas afectadas o potencialmente afectadas por un desastre como reconocer que el principio de no discriminación incluye la obligación positiva de prestar atención específica a las necesidades de los especialmente vulnerables. La expresión "especialmente vulnerables" se ha dejado abierta de manera deliberada a fin de incluir no solo las categorías de personas que suelen asociarse al concepto, como se mencionó antes, sino también a otras personas que podrían encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad a raíz de un desastre, como los no nacionales.

8) La Comisión entendió la referencia a "teniendo en cuenta" en un sentido amplio, a fin de abarcar también, entre otras cosas, la accesibilidad a información y la participación de la comunidad, incluida la intervención de los grupos vulnerables en la concepción, aplicación, supervisión y evaluación, y la asistencia en caso de desastre, así como en la preparación ante la posibilidad de un desastre.

9) La Comisión era consciente de que los desastres a menudo afectan a las mujeres, las niñas, los niños y los hombres de manera diferente. En muchos contextos, las desigualdades de género limitan la influencia y el control de las mujeres y las niñas sobre las decisiones que rigen sus vidas, y su acceso a recursos como capital, alimentos, insumos agrícolas, tierra y propiedades, tecnologías, educación, salud, vivienda segura y empleo. Con frecuencia se ven desproporcionadamente afectadas y expuestas a riesgos, incluida una mayor pérdida de vidas y medios de subsistencia, y a la violencia de género durante los desastres y después estos. Se reconoce cada vez más que las mujeres y las niñas —al igual que los hombres y los niños— tienen aptitudes y capacidad de preparación para las crisis, respuesta ante ellas y recuperación de ellas como actores y asociados para la reducción del riesgo de desastres y la acción humanitaria. La capacidad y los conocimientos de las mujeres y las niñas desempeñan un papel importante en la resiliencia, tanto individual como comunitaria. La relevancia de adoptar un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género en materia de gestión del riesgo de desastres se ha reconocido, entre otros instrumentos, en el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la Resiliencia de las Naciones y las Comunidades ante los Desastres[78] y en el Marco de Sendai[79].

Artículo 7
Deber de cooperar

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.

[78] A/CONF.206/6 y Corr.1, cap. I, resolución 2, párr. 13 d): "Se debe incorporar una perspectiva de género en todas las políticas, planes y procesos de decisión sobre la gestión de los riesgos de desastre, incluidos los relativos a la evaluación de los riesgos, la alerta temprana, la gestión de la información y la educación y la formación".

[79] Párr. 19 d): "La reducción del riesgo de desastres requiere la implicación y colaboración de toda la sociedad". Requiere también empoderamiento y una participación inclusiva, accesible y no discriminatoria, prestando especial atención a las personas afectadas desproporcionadamente por los desastres, en particular las más pobres. Deberían integrarse perspectivas de género, edad, discapacidad y cultura en todas las políticas y prácticas, y debería promoverse el liderazgo de las mujeres y los jóvenes. En este contexto, debería prestarse especial atención a la mejora del trabajo voluntario organizado de los ciudadanos".

Comentario

1) La cooperación internacional efectiva es indispensable para la protección de las personas en caso de desastre. El deber de cooperar está bien arraigado como principio del derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales. La Carta de las Naciones Unidas lo consagra, también en el contexto humanitario en el que se ubica la protección de las personas en caso de desastre. El Artículo 1, párrafo 3, de la Carta establece claramente que uno de los propósitos de la Organización es:

> "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión."

Los Artículos 55 y 56 de la Carta desarrollan el Artículo 1, párrafo 3, con respecto a la cooperación internacional. El Artículo 55 de la Carta dice así:

> "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:
>
> a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
>
> b. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
>
> c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades."

El Artículo 56 de la Carta dice lo siguiente:

> "Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55."

El deber general de cooperar fue reiterado como uno de los principios del derecho internacional en 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 en los términos siguientes:

> "Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias."[80]

2) La cooperación adquiere un significado especial en relación con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por los Estados. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona explícitamente la cooperación internacional como medio de hacer efectivos los derechos que dicho

[80] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, párr. 1.

instrumento consagra[81]. Así lo ha reiterado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus observaciones generales relativas a la aplicación de derechos concretos garantizados por el Pacto[82]. La cooperación internacional adquirió especial relevancia en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que reafirma las obligaciones internacionales existentes en lo que respecta a las personas con discapacidad "en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales"[83].

3) En cuanto a la cooperación en la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre, en su resolución 46/182 la Asamblea General reconoció que:

> "La magnitud y la duración de muchas emergencias pueden rebasar la capacidad de reacción de muchos países afectados. Por consiguiente, es sumamente importante la cooperación internacional para enfrentar las situaciones de emergencia y fortalecer la capacidad de reacción de los países afectados. Esa cooperación debería proporcionarse de conformidad con el derecho internacional y las leyes nacionales…."[84]

Además, con respecto a la cooperación en el contexto de la reducción de los riesgos, el párrafo 19 a) de los principios rectores del Marco de Sendai dispone lo siguiente: "Cada Estado tiene la responsabilidad primordial de prevenir y reducir el riesgo de desastres, incluso mediante la cooperación internacional, regional, subregional, transfronteriza y bilateral". Asimismo, hay gran cantidad de instrumentos de especial relevancia para la protección de las personas en caso de desastre que ponen de manifiesto la importancia de la cooperación internacional en la lucha contra los efectos de los desastres. Además de ser en sí mismos expresiones de cooperación, esos instrumentos reflejan en general el principio de cooperación en relación con aspectos concretos de la gestión de desastres en el texto del propio instrumento. Habitualmente, en los acuerdos bilaterales ello se refleja en el título del instrumento, que denota cooperación o asistencia (mutua)[85]. Además, en la inmensa mayoría de los casos, el deber de cooperar se recoge entre los objetivos del propio instrumento o se considera como un factor que puede repercutir positivamente en el logro de tales objetivos. Una vez más el Convenio de Tampere resulta pertinente a este respecto, ya que el párrafo 21 de su preámbulo indica que las partes desean "facilitar la cooperación internacional para mitigar el impacto de las catástrofes". Otro ejemplo puede encontrarse en un acuerdo entre Francia y Malasia:

> "Convencidos de la necesidad de que los órganos competentes de ambas Partes cooperen en la esfera de la prevención de los riesgos graves y de la protección de las poblaciones, los bienes y el medio ambiente...."[86]

---

[81] Arts. 11, 15, 22 y 23.

[82] Véanse, en particular, las observaciones generales núm. 2 (E/1990/23-E/C.12/1990/3, anexo III), núm. 3 (E/1991/23-E/C.12/1990/8, anexo III), núm. 7 (E/1998/22-E/C.12/1997/10, anexo IV), núm. 14 (E/2001/22-E/C.12/2000/21) y núm. 15 (E/2003/22-E/C.12/2002/13, anexo IV).

[83] Art. 11.

[84] Anexo, párr. 5.

[85] Véase A/CN.4/590/Add.2 para consultar una amplia lista de instrumentos pertinentes. Para otra tipología de instrumentos a los efectos del derecho internacional relativo a la respuesta en caso de desastre, véase Horst Fischer, "International disaster response law treaties: trends, patterns and lacunae", en *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges* (Ginebra, Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2003), págs. 24 a 44.

[86] Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de Malasia sobre Cooperación en Materia de Prevención y Gestión de Desastres y de Protección Civil, 25 de mayo de 1998, párrafo 4 del preámbulo.

4) No obstante, no debe entenderse que la cooperación disminuya el papel principal del Estado afectado, reconocido en el proyecto de artículo 10, párrafo 2. Además, el principio de cooperación debe entenderse como un aspecto complementario de la obligación de las autoridades del Estado afectado de ocuparse de las personas afectadas por desastres naturales y emergencias similares que se produzcan en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control (proyecto de artículo 10, párrafo 1)[87].

5) Una característica fundamental de la prestación de socorro y asistencia en caso de desastre es la cooperación internacional no solo entre Estados sino también con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. La importancia de la función de esas organizaciones se viene reconociendo desde hace algún tiempo. En su resolución 46/182, la Asamblea General confirmó que:

> "Las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que actúan de manera imparcial y con fines estrictamente humanitarios deberían seguir aportando su importante contribución a la tarea de complementar los esfuerzos de los países."[88]

En su resolución 2008/36, de 25 de julio de 2008, el Consejo Económico y Social reconoció:

> "... los beneficios que genera la colaboración y la coordinación con los agentes humanitarios competentes para la eficacia de la respuesta humanitaria y [alentó] a las Naciones Unidas a seguir procurando reforzar las alianzas en el plano mundial con el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, las organizaciones no gubernamentales humanitarias competentes y los demás participantes del Comité Permanente entre Organismos."[89]

6) El proyecto de artículo 7 reconoce la importancia fundamental de la cooperación internacional en relación con las actividades internacionales de asistencia para el socorro en caso de desastre y la reducción del riesgo de desastres. Refleja una obligación jurídica para las diversas partes interesadas. La naturaleza de la obligación de cooperar puede variar según el actor y el contexto en que se pida y se ofrezca la asistencia. Esta naturaleza se aborda en disposiciones específicas (de ahí la fórmula introductoria "[e]n la aplicación del presente proyecto de artículos"), en particular en los proyectos de artículo 8, relativo a la respuesta a los desastres, y 9, sobre la reducción del riesgo de desastres. La Comisión insertó la expresión "según proceda", que califica a todo el proyecto de artículo, tanto en el sentido de referencia a normas específicas existentes que establecen la naturaleza de la obligación de cooperar entre los diversos actores mencionados en el proyecto de artículo, como de indicador de un margen de maniobra a la hora de determinar, sobre el terreno, cuando "procede", o no, cooperar. No establece el nivel de cooperación previsto, sino los actores con los que debe tener lugar la cooperación.

7) Además de la cooperación entre Estados, el proyecto de artículo 7 también prevé la cooperación con los actores que presten asistencia. Se hace referencia expresa a la cooperación con las Naciones Unidas, en reconocimiento de la función esencial que desempeña la Organización en la coordinación de la asistencia para el socorro. La Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCAH) tiene un mandato especial, de conformidad con la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, de ayudar en la coordinación de la asistencia internacional. En virtud de esa resolución, la Asamblea creó el puesto de alto nivel de Coordinador del Socorro de

[87] Véanse también resolución 46/182 de la Asamblea General, anexo, párr. 4, y Declaración de Hyogo, A/CONF.206/6 y Corr.1, cap. 1, resolución 1, párr. 4.

[88] Véase anexo, párr. 5.

[89] Párr. 7.

Emergencia como único coordinador de las Naciones Unidas para emergencias complejas y desastres naturales. El Coordinador del Socorro de Emergencia atiende las solicitudes de asistencia de emergencia de los Estados Miembros afectados que requieren una reacción coordinada, actúa como coordinador central en lo referente a las operaciones de las Naciones Unidas de socorro en casos de emergencia y facilita información consolidada, incluida alerta temprana sobre casos de emergencia.

8) La referencia a "otros actores que presten asistencia" retoma la definición que figura en el proyecto de artículo 3, apartado d), que incluye a las organizaciones intergubernamentales competentes y las organizaciones no gubernamentales o entidades pertinentes. La Comisión consideró apropiado destacar uno de esos grupos de entidades, a saber, los componentes del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en reconocimiento del importante papel desempeñado por ese Movimiento en la cooperación internacional en el contexto de las situaciones abarcadas por el proyecto de artículos. La referencia a los componentes del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja incluye al Comité Internacional de la Cruz Roja, ya que el proyecto de artículos también puede aplicarse en emergencias complejas relacionadas con conflictos armados[90]. Como se indica en el párrafo 18) del comentario del proyecto de artículo 3, la categoría "otros actores que presten asistencia" es deliberadamente amplia. En la reducción del riesgo de desastres, la cooperación con otros actores se consagra en el párrafo 19 b) del Marco de Sendai, que establece que "[p]ara la reducción del riesgo de desastres es necesario que las responsabilidades sean compartidas por los Gobiernos centrales y las autoridades, los sectores y los actores nacionales pertinentes", y en el párrafo 19 d), que dispone que "[l]a reducción del riesgo de desastres requiere la implicación y colaboración de toda la sociedad".

9) Las formas de cooperación en la fase de respuesta se abordan en el proyecto de artículo 8, y la reducción del riesgo, en el proyecto de artículo 9.

Artículo 8
Formas de cooperación en la respuesta a los desastres

La cooperación en la repuesta a los desastres 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, de equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 trata de aclarar las diversas formas que puede revestir la cooperación entre los Estados afectados, los Estados que presten asistencia y otros actores que presten asistencia en el contexto de la respuesta a los desastres. En términos generales, la cooperación está consagrada en el proyecto de artículo 7 como un principio rector y un deber fundamental con respecto al tema que se examina, ya que desempeña un papel central en las actividades de socorro en caso de desastre. El papel esencial de la cooperación se presta a un enunciado más detallado de los tipos de cooperación pertinentes en este contexto. Por ello, el presente proyecto de artículo tiene por objeto profundizar en el significado del proyecto de artículo 7, sin crear ninguna obligación jurídica adicional.

2) La lista de las formas de cooperación que figura en el proyecto de artículo 8 —la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones, y la puesta a disposición de personal de socorro, de equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos— se inspira de manera general en la segunda

[90] Véase *infra* el párr. 8) del comentario del art. 18.

oración del párrafo 4 del artículo 17 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. Ese párrafo explica la obligación general de cooperar que figura en el artículo 7 de ese proyecto de artículos describiendo la cooperación necesaria en situaciones de emergencia[91]. La segunda oración del párrafo 4 del artículo 17 dice lo siguiente:

> "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."[92]

Dado que esa disposición se ha redactado específicamente con referencia a un contexto conexo —a saber, la necesidad de cooperación en caso de una situación de emergencia que afecte a un acuífero transfronterizo—, la Comisión consideró que su formulación era un punto de partida útil para la redacción del proyecto de artículo 8. No obstante, el texto del proyecto de artículo 8 se adaptó para reflejar debidamente el contexto y el objeto del presente proyecto de artículos y para garantizar que tuviera en cuenta las principales esferas de cooperación que se contemplan en los instrumentos internacionales que regulan la respuesta a los desastres. Puede encontrarse una formulación similar en la Declaración de la ASEAN sobre Asistencia Mutua en Casos de Desastre Natural, de 26 de junio de 1976, que dispone lo siguiente:

> "Los Estados Miembros cooperarán, dentro de sus respectivas capacidades, para mejorar los cauces de comunicación entre ellos en lo relativo a las alertas de desastres, el intercambio de expertos y personas en formación, el intercambio de información y documentación y la distribución de suministros médicos, servicios y asistencia de socorro."[93]

De manera análoga, al explicar los ámbitos en que convendría que las Naciones Unidas asumieran una función de coordinación y promovieran la cooperación, en la resolución 46/182 de la Asamblea General se pide coordinación en lo que se refiere al "personal especializado y los grupos de especialistas técnicos, así como… los suministros, el equipo y los servicios de socorro…"[94].

3) El comienzo del proyecto de artículo 8 confirma que las formas de cooperación a que se hace alusión son las pertinentes en la fase de respuesta cuando se produce un desastre o en la fase de recuperación posterior al desastre. Por su carácter, se refieren al suministro o la facilitación de asistencia para el socorro a las personas afectadas. La cooperación en la fase previa al desastre, en particular la prevención de los desastres, la preparación para los desastres y la mitigación de sus efectos, se aborda en el proyecto de artículo 9. En cuanto al proyecto de artículo 8, que debe leerse conjuntamente con los demás proyectos de artículo, está orientado al objeto del tema en su conjunto, que se expone en el proyecto de artículo 2, a saber, "facilitar una respuesta adecuada y efectiva a los desastres [...] a fin de atender a las necesidades esenciales de las personas afectadas, respetando plenamente sus derechos". En el contexto del tema que se examina, el objetivo último del deber de cooperar, y por tanto de cualquiera de las formas de cooperación a que se hace referencia en el proyecto de artículo 8, es la protección de las personas afectadas por los desastres.

4) Si bien en el proyecto de artículo se destacan formas de cooperación específicas, la lista no pretende ser exhaustiva, sino ilustrar los principales ámbitos en que la cooperación

---

[91] Resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo (para consultar los comentarios correspondientes, véase *Anuario..., 2008*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. E.

[92] *Ibid*.

[93] *ASEAN Documents Series 1976*.

[94] Anexo, párr. 27.

puede ser apropiada según las circunstancias. El carácter no exhaustivo de la lista se pone de relieve con el uso del término "incluye" y su equivalente en los demás idiomas oficiales. La Comisión determinó que las formas destacadas en el artículo son las principales esferas en las que puede requerirse la cooperación y son lo suficientemente amplias como para abarcar una gran variedad de actividades de cooperación. Así pues, la cooperación puede incluir las actividades mencionadas, pero no se limita a ellas; no se excluyen otras formas de cooperación no especificadas en el presente proyecto de artículo, como el apoyo financiero, la transferencia de tecnología que abarque, entre otras, la tecnología relativa a las imágenes de satélite, la capacitación, el intercambio de información, los ejercicios de simulación conjuntos y la planificación, así como las evaluaciones de las necesidades y el planteamiento general de la situación.

5) Dado que el proyecto de artículo 8 ilustra posibles formas de cooperación, no pretende imponer a los Estados afectados ni a otros actores que presten asistencia ninguna obligación jurídica adicional de realizar determinadas actividades. No obstante, la cooperación también puede tener lugar en el contexto de obligaciones existentes. Por ejemplo, cuando se produce un desastre, el Estado afectado puede tener el deber de informar o notificar lo sucedido a otros Estados y actores que prestan asistencia cuyo mandato es reunir información, proporcionar alerta temprana y coordinar la asistencia prestada por la comunidad internacional. Ese deber se prevé en el artículo 17 de los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado en 2001, que dispone lo siguiente:

> "El Estado de origen deberá notificar sin demora y por los medios más rápidos de que disponga al Estado que pueda resultar afectado por cualquier situación de emergencia relacionada con una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos y facilitarle toda la información pertinente disponible."[95]

6) Las formas que puede revestir la cooperación dependerán necesariamente de una serie de factores, como la naturaleza del desastre, las necesidades de las personas afectadas y la capacidad del Estado afectado y de otros actores que presten asistencia. Al igual que el propio principio de cooperación, las formas de cooperación del proyecto de artículo 8 pretenden ser de carácter recíproco, ya que la cooperación no es un acto unilateral, sino que implica la colaboración de múltiples partes[96]. Así pues, el proyecto de artículo no pretende establecer una lista de actividades que puede llevar a cabo un Estado que presta asistencia, sino más bien de ámbitos en que puede ser conveniente armonizar los esfuerzos mediante consultas tanto por parte del Estado afectado como de otros actores que presten asistencia.

7) La cooperación en los ámbitos mencionados ha de estar en conformidad con los demás proyectos de artículo. Por ejemplo, al igual que ocurre con el proyecto de artículo 7, las formas de cooperación indicadas en el proyecto de artículo 8 han de ser compatibles con el proyecto de artículo 10, que otorga al Estado afectado el papel principal en la asistencia para el socorro en caso de desastre, en razón de su soberanía. La cooperación también debe ajustarse a la exigencia del consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa (proyecto de artículo 13), así como al reconocimiento de que el Estado afectado puede establecer condiciones apropiadas para la prestación de la asistencia externa, en particular en lo que respecta a las necesidades identificadas de las personas afectadas por un desastre y la calidad de la asistencia (proyecto de artículo 14). La cooperación guarda relación asimismo con el proyecto de artículo 15, en que se reconoce la función del Estado afectado en la facilitación de la prestación pronta y efectiva de asistencia a las personas afectadas por

[95] Resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo (para consultar los comentarios correspondientes, véase *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. E).

[96] Véase *supra* el párr. 6) del comentario del proyecto de art. 7.

un desastre. Así, y dado que el proyecto de artículo 8 no crea ninguna nueva obligación jurídica, la relación entre el Estado afectado, el Estado que presta asistencia y otros actores que presten asistencia en lo que respecta a las formas de cooperación antes mencionadas se regulará de conformidad con lo establecido en las demás disposiciones del presente proyecto de artículos.

8) La asistencia humanitaria figura deliberadamente como la primera de las formas de cooperación mencionadas en el proyecto de artículo 8 porque la Comisión considera que ese tipo de cooperación tiene una importancia fundamental en el contexto de la prestación de socorro en caso de desastre. La segunda categoría —la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones— pretende ser suficientemente amplia para abarcar la mayoría de las actividades de cooperación en la fase de prestación de socorro en caso de desastre y puede incluir la coordinación logística, la supervisión y la facilitación de las actividades, así como el traslado de personal y equipo para responder al desastre y el intercambio de información sobre el desastre. Si bien el intercambio de información figura con frecuencia en instrumentos que destacan la cooperación en la fase anterior al desastre como una forma preventiva de reducir el riesgo de desastres[97], la comunicación y la información también son pertinentes en la fase de respuesta en caso de desastre para hacer un seguimiento de la evolución de la situación y facilitar la coordinación de las operaciones de socorro entre los diversos actores implicados. Varios instrumentos se ocupan de la comunicación y el intercambio de información en el contexto de la prestación de socorro en caso de desastre[98]. La mención de "la puesta a disposición de personal de socorro, de equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos" hace referencia a la provisión de todos los recursos necesarios para las operaciones de respuesta a los desastres. La referencia a "personal" puede entrañar la puesta a disposición de equipos médicos, equipos de búsqueda y salvamento, ingenieros y especialistas técnicos, traductores e intérpretes u otras personas que participen en actividades de socorro en nombre de uno de los actores pertinentes —el Estado afectado, el Estado que presta asistencia o los otros actores que presten asistencia—, así como la cooperación entre ellos. El término "recursos" incluye conocimientos especializados científicos, técnicos y médicos, así como equipos, herramientas, medicamentos u otros objetos que puedan ser útiles para las actividades de socorro.

Artículo 9
Reducción del riesgo de desastres

1. Todo Estado deberá reducir el riesgo de desastres adoptando las medidas apropiadas, incluso mediante legislación y otras normas, con objeto de prevenir y de mitigar los desastres, y de prepararse para ellos.

2. Las medidas para reducir el riesgo de desastres incluyen la realización de evaluaciones de riesgo, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores, y la instalación y operación de sistemas de alerta temprana.

[97] Véase, por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN, art. 18, párr. 1.

[98] Véase, por ejemplo, el Convenio de Tampere, art. 3 (donde se insta a "la instalación de equipo de telecomunicaciones terrenales y por satélite para predecir y observar peligros naturales, peligros para la salud y catástrofes, así como para proporcionar información en relación con estos eventos" y "el intercambio entre los Estados partes y entre estos y otros Estados, entidades no estatales y organizaciones intergubernamentales de información acerca de peligros naturales, peligros para la salud y catástrofes, así como la comunicación de dicha información al público, particularmente a las comunidades amenazadas"); y las Directrices de Oslo (véase la nota 28 *supra*), párr. 54. Véase también el debate en el memorando de la Secretaría, A/CN.4/590, párrs. 158 a 174.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 se ocupa del deber de reducir el riesgo de desastres. Está integrado por dos párrafos. El párrafo 1 establece la obligación básica de reducir el riesgo de desastres adoptando ciertas medidas, y el párrafo 2 presenta una lista indicativa de esas medidas.

2) Como se indica en el proyecto de artículo 2, la reducción del riesgo de desastres se inscribe en el objeto del presente proyecto de artículos. El concepto de reducción del riesgo de desastres tiene su origen en una serie de resoluciones de la Asamblea General y ha sido desarrollado en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales, celebrada en Yokohama en 1994[99], el Marco de Acción de Hyogo y el Marco de Sendai, así como en varias sesiones de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres.

3) En la cuarta sesión[100] de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, en 2013, se señalaba en el resumen final del Presidente que "cada vez más se reconoce que la prevención y la reducción del riesgo de desastres son una obligación jurídica que abarca las evaluaciones del riesgo, el establecimiento de sistemas de alerta temprana y el derecho a acceder a información sobre el riesgo". En la Tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, "los Estados también reiteraron su compromiso de abordar la reducción del riesgo de desastres y el aumento de la resiliencia ante los desastres con un renovado sentido de urgencia"[101]. El Marco de Sendai indicó que "[e]s urgente y fundamental prever el riesgo de desastres, planificar medidas y reducirlo para proteger de manera más eficaz a las personas, las comunidades y los países" y se pedía "a todos los niveles [...] asegurar la rendición de cuentas cuando se originen nuevos riesgos"[102]. Además, el Marco de Sendai estableció, como principio, que "[c]ada Estado tiene la responsabilidad primordial de prevenir y reducir el riesgo de desastres, incluso mediante la cooperación internacional, regional, subregional, transfronteriza y bilateral"[103]. Por último, con el objetivo de lograr "[l]a reducción sustancial del riesgo de desastres y de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto en vidas, medios de subsistencia y salud como en bienes económicos, físicos, sociales, culturales y ambientales de las personas, las empresas, las comunidades y los países"[104], el Marco de Sendai indicó que "debe perseguirse el objetivo siguiente: [p]revenir la aparición de nuevos riesgos de desastres y reducir los existentes implementando medidas integradas e inclusivas de índole económica, estructural, jurídica, social, sanitaria, cultural, educativa, ambiental, tecnológica, política e institucional que prevengan y reduzcan el grado de exposición a las amenazas y la vulnerabilidad a los desastres, aumenten la preparación para la respuesta y la recuperación y refuercen de ese modo la resiliencia"[105].

4) La propia Comisión se basa en los principios fundamentales de soberanía del Estado y no injerencia, y se inspira en los principios que emanan del derecho internacional de los derechos humanos, que incluye las obligaciones adquiridas por los Estados de respetar y proteger los derechos humanos, en particular el derecho a la vida. La protección conlleva una obligación positiva de los Estados de adoptar las medidas necesarias y apropiadas con objeto de evitar los daños de desastres inminentes. Así se confirma en decisiones de

[99] Véase la Estrategia de Yokohama para un Mundo Más Seguro: Directrices para la Prevención de los Desastres Naturales, la Preparación para Casos de Desastre y la Mitigación de sus Efectos (A/CONF.172/9), cap. I, resolución I, anexo I.

[100] Ginebra, 19 a 23 de mayo de 2013.

[101] Véase la Declaración de Sendai en la resolución 69/283 de la Asamblea General, de 3 de junio de 2015, anexo I [se omite la nota a pie de página].

[102] Véase Marco de Sendai, párrs. 5 y 6.

[103] Véase Marco de Sendai (principios rectores), párr. 19 a).

[104] Véase Marco de Sendai (resultado previsto y objetivo), párr. 16.

[105] Véase el objetivo del Marco de Sendai, párr. 17.

tribunales internacionales, en particular las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Öneryildiz c. Turquía*[106] y *Budayeva y otros c. Rusia*[107], que afirmaron el deber de adoptar medidas preventivas. Además, el proyecto de artículo 9 se inspira en una serie de principios del derecho internacional ambiental, como el principio de "diligencia debida".

5) Un fundamento jurídico importante del proyecto de artículo 9 es la práctica generalizada de los Estados que refleja su compromiso con la reducción del riesgo de desastres. Los Estados y las organizaciones internacionales han adoptado acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales sobre la reducción del riesgo de desastres, por ejemplo: el Acuerdo de París (2015)[108]; Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (2015)[109]; la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (2015)[110]; las Modalidades de Acción Acelerada para los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (Trayectoria de Samoa) (2014)[111]; el Acuerdo de la ASEAN[112]; el Plan de Acción de Beijing para la Reducción del Riesgo de Desastres en Asia (2005)[113]; la Declaración de Delhi sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en Asia (2007)[114]; la Declaración de Kuala Lumpur sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en Asia (2008)[115]; la Declaración de Incheon sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en la Región de Asia y el Pacífico, de 2010[116]; la Hoja de Ruta Regional de Incheon y el Plan de Acción para la Reducción del Riesgo de Desastres a través de la Adaptación al Cambio Climático en Asia y en el Pacífico[117], que reafirman el Marco de Acción de Hyogo y proponen iniciativas para la adaptación al cambio climático y la reducción del riesgo de desastres en Asia, teniendo en cuenta los aspectos vulnerables de la región; la declaración titulada "El camino a seguir: un desarrollo resiliente al clima y los desastres en el Pacífico", de la Plataforma del Pacífico para la Gestión del Riesgo de Desastres (2014)[118]; el Marco de Cooperación sobre el

[106] *Öneryildiz v. Turkey* [GC], demanda núm. 48939/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-XII.

[107] *Budayeva and Others v. Russia*, demandas núms. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008-II.

[108] Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 21er período de sesiones, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015, adición: decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes (FCCC/CP/2015/10/Add.1), decisión 1/CP.21, anexo.

[109] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015.

[110] Resolución 69/313 de la Asamblea General, de 27 de julio de 2015, anexo.

[111] Resolución 69/15 de la Asamblea General, de 14 de noviembre de 2014, anexo.

[112] El Acuerdo de la ASEAN es el primer tratado internacional relativo a la reducción del riesgo de desastres que se elaboró después de la aprobación del Marco de Acción de Hyogo.

[113] Aprobado en la Conferencia Asiática sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en Asia, celebrada en Beijing del 27 al 29 de septiembre de 2005. Puede consultarse en http://nidm.gov.in/amcdrr/beijing.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[114] Aprobada en la Segunda Conferencia Ministerial Asiática sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Nueva Delhi los días 7 y 8 de noviembre de 2007. Puede consultarse en http://nidm.gov.in/amcdrr/declaration.asp (consultado el 4 de julio de 2016).

[115] Aprobada en la Tercera Conferencia Ministerial Asiática sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Kuala Lumpur del 2 al 4 de diciembre de 2008. Puede consultarse en www.preventionweb.net/files/3089_KLDeclarationonDisasterRiskReductioninAsia202008.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[116] Puede consultarse en www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[117] Véase www.unisdr.org/files/20382_summaryof4hamcdrr.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[118] Aprobada en el sexto período de sesiones de la Plataforma del Pacífico para la Gestión del Riesgo de Desastres, celebrada en Suva del 2 al 4 de junio de 2014. Puede consultarse en www.pacificdisaster.net/pdnadmin/data/original/PPDRM_2014_Chairs_Summary.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

Fortalecimiento de la Cooperación Regional de las Autoridades Encargadas de la Gestión de Desastres de Asia Central y la Región del Cáucaso Meridional en la Esfera de la Reducción del Riesgo de Desastres (2015)[119]; la Estrategia Regional de África para la Reducción del Riesgo de Desastres[120], elaborada en 2004 por la Unión Africana, a la que siguió un programa de acción para su aplicación (inicialmente previsto para 2005-2010, pero que después se amplió hasta 2015)[121]; el Proyecto de Ley de Reducción del Riesgo de Desastres y Gestión de Desastres de la Comunidad de África Oriental (2013)[122]; cuatro sesiones de la Plataforma Regional Africana para la Reducción del Riesgo de Desastres, la más reciente celebrada en 2013[123]; la Declaración de Yaundé sobre la Aplicación del Marco de Sendai en África (2015)[124]; la Estrategia Árabe para la Reducción del Riesgo de Desastres (2020)[125]; la Declaración de Sharm el-Sheikh sobre la Reducción del Riesgo de Desastres (2014)[126]; la Declaración de Asunción "Lineamientos para un Plan de Acción Regional sobre la Implementación del Marco de Sendai 2015-2030" (2016)[127]; la Declaración de Aqaba sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en las Ciudades (2013)[128]; el Protocolo del Parlamento Latinoamericano sobre Gestión del Riesgo de Desastres en América Latina y el Caribe (2013)[129]; el Comunicado de Guayaquil de la IV sesión de la Plataforma Regional para la Reducción del Riesgo de Desastres en las Américas (2014)[130]; el Comunicado de Nayarit sobre las Líneas de Acción para Fortalecer

[119] Aprobado por la Reunión Ministerial Regional de Autoridades encargadas de la Gestión de los Desastres de los Países de Asia Central y del Cáucaso Meridional, celebrada en Bishkek el 30 de enero de 2015. Puede consultarse en www.preventionweb.net/files/42374_frameworkofcooperation regionaldrrca.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[120] Puede consultarse en www.unisdr.org/files/4038_africaregionalstrategy1.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[121] Programa de Acción Ampliado para la Aplicación de la Estrategia Regional Africana para la Reducción del Riesgo de Desastre (2006-2015). Puede consultarse en www.unisdr.org/files/19613_ bookletpoaenglish.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[122] Puede consultarse en www.unisdr.org/files/48230_eacdrrbill.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[123] Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres, "Africa seeks united position on disaster risk reduction", 13 de febrero de 2013. Puede consultarse en www.unisdr.org/ archive/31224.

[124] Aprobada por la Cuarta Reunión de Alto Nivel sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Yaundé el 23 de julio de 2015. Puede consultarse en www.preventionweb.net/files/43907_ 43907yaoundedeclarationen.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[125] Aprobada por el Consejo de Ministros Árabes Encargados del Medio Ambiente en su 22º período de sesiones, celebrado en El Cairo los días 19 y 20 de diciembre de 2010. Puede consultarse en www.unisdr.org/files/18903_17934asdrrfinalenglishjanuary20111.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[126] Aprobada en la Segunda Conferencia Árabe sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Sharm el-Sheikh (Egipto) del 14 al 16 de septiembre de 2014. Puede consultarse en www.unisdr.org/ files/42726_42726sharmdeclarationpublicationfin.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[127] Aprobada en la Primera Reunión Ministerial y de Autoridades de Ato Nivel sobre la Implementación del Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 en las Américas, celebrada en Asunción los días 8 y 9 de junio de 2016. Puede consultarse en http://www.eird.org/ ran-sendai-2016/docs/declaracion-sendai-americas.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[128] Aprobada en la Primera Conferencia Árabe sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Aqaba (Jordania) del 19 al 21 de marzo. Puede consultarse en www.preventionweb.net/files/31093_ aqabadeclarationenglishfinaldraft.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[129] http://eird.org/americas/noticias/protocolo-sobre-gestion-del-riesgo.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[130] La IV sesión se celebró en Guayaquil (Ecuador) del 27 al 29 de mayo de 2014. Puede consultarse en http://eird.org/pr14/docs/Comunicado_Guayaquil_PR14_V29May14.pdf.

la Reducción del Riesgo de Desastres en las Américas (2011)[131]; el Resultado de la Reunión Ministerial Europea sobre la Reducción del Riesgo de Desastres: Hacia un marco para la reducción del riesgo de desastres después de 2015 – Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres (2014)[132]; la Sexta Reunión Anual del Foro Europeo para la Reducción del Riesgo de Desastres – Hoja de ruta para la aplicación del Marco de Sendai (2015)[133]; la declaración conjunta de los Ministros de Relaciones Exteriores del Proceso de Cooperación de Europa Sudoriental titulada "Solidaridad en Acción" (2013)[134]; el Mecanismo de Protección Civil de la Unión Europea (2013)[135]; la resolución 6 sobre el fortalecimiento de los marcos jurídicos para la respuesta a los desastres, la reducción del riesgo de desastres y los primeros auxilios, aprobada por la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2015)[136]; y el Plan de Acción de la Comisión Europea sobre el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 (2016)[137].

6) El reconocimiento de ese compromiso se pone de manifiesto además por el hecho de que los Estados hayan incorporado medidas de reducción del riesgo de desastres en los marcos nacionales jurídicos y de políticas. Según una recopilación de informes sobre los progresos de los países en la aplicación del Marco de Acción de Hyogo[138] y otras fuentes, en 2016, un total de 64 Estados o zonas, repartidos por todos los continentes y regiones, incluidos los lugares más propensos a sufrir desastres, comunicaron que habían establecido políticas específicas para la reducción del riesgo de desastres. Estos son: Alemania; Anguila; Argelia; Argentina; Armenia; Bangladesh; Bolivia (Estado Plurinacional de); Brasil; Cabo Verde; Canadá; Chile; Colombia; Costa Rica; Côte d'Ivoire; Cuba; Estados Unidos de América; ex República Yugoslava de Macedonia; Fiji; Finlandia; Georgia; Ghana; Guatemala; Honduras; India; Indonesia; Islas Cook; Islas Marshall; Islas Vírgenes Británicas; Italia; Japón; Kenya; Líbano; Madagascar; Malasia; Malawi; Maldivas; Marruecos; Mauricio; México; Mongolia; Mozambique; Nepal; Nicaragua; Nigeria; Noruega; Nueva Zelandia; Panamá; Paraguay; Perú; Polonia; República Árabe Siria; República Democrática Popular Lao; República Dominicana; República Unida de Tanzanía; Saint Kitts y Nevis; Samoa; Santa Lucía; Senegal; Sri Lanka; Suecia; Suiza; Tailandia; Vanuatu y Venezuela (República Bolivariana de). Más recientemente, la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres identificó

[131] Aprobado en la Segunda Sesión de la Plataforma Regional para la Reducción del Riesgo de Desastres en las Américas, celebrada en Nayarit (México), del 15 al 17 de marzo de 2011. Puede consultarse en http://www.unisdr.org/files/18603_comunicadonayarit230311spanishrevis.pdf.

[132] Aprobado en la Reunión Ministerial Europea celebrada en Milán (Italia) el 8 de julio de 2014. Puede consultarse en http://www.eird.org/ran-sendai-2016/docs/declaracion-sendai-americas.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[133] La Sexta Reunión Anual se celebró en París del 7 al 9 de octubre de 2015. Puede consultarse en www.preventionweb.net/files/43847_efdrrroadmap20152020final.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[134] Aprobada por los Ministros en Ohrid (ex República Yugoslava de Macedonia) el 31 de mayo de 2013. Puede consultarse en www.preventionweb.net/files/31414_solidarityinactionjointstatement.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[135] Decisión núm. 1313/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 347.

[136] La Conferencia se celebró en Ginebra del 8 al 10 de diciembre de 2015. Puede consultarse en http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/sites/3/2015/04/32IC-Res6-legal-frameworks-for-disaster_EN.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[137] Véase SWD(2016) 205, de 16 de junio de 2016. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/echo/sites/echo-site/files/sendai_swd_2016_205_0.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[138] Marco de Acción de Hyogo (véase la nota 78 *supra*), prioridad de acción 1, indicador clave 1.1.

93 Estados[139] que habían adoptado plataformas nacionales para la reducción del riesgo de desastres, que, de conformidad con el Marco de Sendai, son foros de coordinación gubernamental integrados por actores pertinentes "para, entre otras cosas, detectar los riesgos sectoriales y multisectoriales de desastres, crear conciencia y aumentar el conocimiento del riesgo de desastres mediante el intercambio y la difusión de información y datos no confidenciales sobre el riesgo de desastres, contribuir a los informes sobre los riesgos de desastres locales y nacionales y coordinar esos informes, coordinar las campañas de sensibilización pública sobre el riesgo de desastres, facilitar y apoyar la cooperación multisectorial local (por ejemplo, entre las autoridades locales), y contribuir a la creación de planes nacionales y locales de gestión del riesgo de desastres y a la presentación de informes sobre dichos planes, así como a todas las políticas pertinentes para la gestión del riesgo de desastres"[140]. Varios países han aprobado leyes que se ocupan específicamente de la reducción del riesgo de desastres, ya sea como legislación independiente o como parte de un marco jurídico más amplio sobre la gestión del riesgo de desastres y la respuesta a los desastres, incluidos los siguientes: Argelia[141], Camboya[142], Camerún[143], China[144], El Salvador[145], Eslovenia[146], Estados Unidos de América[147], Estonia[148], Filipinas[149], Francia[150], Georgia[151], Guatemala[152], Haití[153], Hungría[154], India[155], Indonesia[156], Italia[157], Madagascar[158], Namibia[159], Nueva Zelandia[160],

[139] Para consultar la lista de Estados que han adoptado plataformas nacionales, véase www.unisdr.org/partners/countries.

[140] Véase Marco de Sendai, párr. 27 g).

[141] Ley núm. 04-20, de 25 de diciembre de 2004, de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres en el Marco del Desarrollo Sostenible.

[142] Ley de Gestión de Desastres núm. NS/RKM/0715/007. Aprobada por el Senado el 30 de junio de 2015. Puede consultarse en www.ifrc.org/Global/Publications/IDRL/DM%20acts/Cambodia%20DM%20Law_English.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[143] Camerún, Decreto núm. 037/PM, de 19 de marzo de 2003, relativo al Establecimiento, la Organización y las Funciones de un Observatorio Nacional sobre Desastres.

[144] Ley de la República Popular China de Respuesta de Emergencia (2007). Puede consultarse en www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2009-02/20/content_1471589.htm (consultado el 4 de julio de 2016).

[145] Ley de Protección Civil y Prevención y Mitigación de Desastres (2005).

[146] Ley de Protección contra los Desastres Naturales y de Otra Índole (2006).

[147] Ley de Mitigación de Desastres, de 2000.

[148] Ley de Preparación para Situaciones de Emergencia (2000).

[149] Ley de Filipinas de Gestión del Riesgo de Desastres, de 2006.

[150] Ley núm. 2003-699 de Prevención de los Riesgos Tecnológicos y Naturales y Reparación de los Daños (2003).

[151] Ley de Seguridad Pública. Documento núm. 2467-IIს. Puede consultarse en https://matsne.gov.ge/en/document/view/2363013 (consultado el 4 de julio de 2016).

[152] Ley núm. 109-96 del Coordinador Nacional para la Reducción de Desastres (1996).

[153] Plan Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (2001).

[154] Ley núm. LXXIV de Gestión y Organización para la Prevención de Desastres y de Accidentes Graves con Sustancias Peligrosas (1999).

[155] Ley núm. 53 de Gestión de Desastres (2005).

[156] Ley núm. 24 de Gestión de Desastres, de 2007.

[157] Decreto sobre el Establecimiento de una Plataforma Nacional para la Reducción del Riesgo de Desastres (2008).

[158] Decreto núm. 2005-866 por el que se establece el Procedimiento de Aplicación de la Ley núm. 2003-010, de 5 de septiembre de 2003, de Política Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (2005).

[159] Ley de Gestión del Riesgo de Desastres (2012).

[160] Orden del Plan Nacional de Gestión de Emergencias de Defensa Civil 2005 (SR 2005/295).

Pakistán[161], Perú[162], República de Corea[163], República Dominicana[164], Sudáfrica[165] y Tailandia[166].

7) El proyecto de artículo 9 debe leerse junto con las normas de aplicabilidad general del presente proyecto de artículos, incluidas las que se refieren principalmente a la respuesta ante un desastre.

8) El párrafo 1 empieza con las palabras "[t]odo Estado". La Comisión optó por esa fórmula en lugar de "los Estados" para unificarla con los proyectos de artículo ya aprobados, en los que se había tenido cuidado de señalar el Estado o los Estados que tenían el deber jurídico de actuar. En contraposición a los proyectos de artículo que se refieren directamente a la respuesta a los desastres, en los que hay una distinción entre el Estado o los Estados afectados y otros Estados, en la fase anterior al desastre la obligación en cuestión incumbe a cada Estado. Además, del párrafo 2 se desprende claramente que la obligación de reducir el riesgo conlleva la adopción de medidas principalmente en el ámbito nacional. Cualquiera de esas medidas que requiera una interacción entre los Estados o con otros actores que presten asistencia se recoge en el artículo 7. En otras palabras, la obligación corresponde a cada Estado de manera individual. Así pues, la Comisión decidió no utilizar la expresión "los Estados" también para evitar que quedara implícita de alguna forma una obligación colectiva.

9) El empleo del verbo en futuro indica la existencia de una obligación jurídica internacional de actuar en la manera descrita en el párrafo y es la forma más sucinta de transmitir el sentido de dicha obligación jurídica. Si bien cada Estado tiene la misma obligación, la cuestión de los diferentes niveles de capacidad entre los Estados para dar cumplimiento a esa obligación se resuelve con la expresión "adoptando las medidas apropiadas".

10) La obligación consiste en "reducir el riesgo de desastres". La Comisión aprobó esta fórmula en reconocimiento del hecho de que el planteamiento actual de la comunidad internacional, reflejado en varios pronunciamientos importantes, en particular, y más recientemente, en el Marco de Sendai, es que la atención debe centrarse en la reducción del riesgo de daños ocasionados por un peligro, que es diferente de la prevención y la gestión de los desastres en sí. Así pues, en el párrafo 1 se hace hincapié en la reducción del riesgo de desastres. Esto se logra adoptando una serie de medidas con objeto de prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos. El deber que se establece es de conducta, no de resultado; en otras palabras, no consiste en prevenir o mitigar completamente un desastre, sino en reducir el riesgo de los daños que puede causar.

11) La expresión "adoptando las medidas apropiadas" indica la conducta concreta que se requiere. Además de la especificación acerca de la legislación y otras normas que se hace en el párrafo 13) *infra*, las "medidas" que se deben adoptar se califican con el adjetivo "apropiadas", que se ajusta a la práctica común. Por tanto, el uso del término "apropiadas" sirve para especificar que no se está haciendo referencia a cualquier medida general, sino a

[161] Ley de Gestión de Desastres Nacionales, de 2010. Véase también la declaración oficial del Gobierno del Pakistán en el tercer período de sesiones de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, de 2011, que puede consultarse en www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf.

[162] Ley núm. 29664, que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (2011).

[163] Ley de Contramedidas contra Desastres Nacionales (1995) y Ley de Gestión de Desastres Nacionales (2010).

[164] Decreto núm. 874-09 que aprueba el reglamento de aplicación de la Ley núm. 147-02 sobre Gestión de Riesgos y deroga los capítulos 1, 2, 3, 4 y 5 del Decreto núm. 932-03 (2009).

[165] Ley núm. 57 de Gestión de Desastres, de 2002.

[166] Ley de Prevención y Mitigación de Desastres (2007).

medidas específicas y concretas con objeto de prevenir y de mitigar los desastres, y de prepararse para ellos. La determinación de lo que se entiende por "apropiadas" en un determinado caso debe hacerse en términos del objetivo que han de cumplir las medidas adoptadas, es decir, "con objeto de prevenir y de mitigar los desastres, y de prepararse para ellos" a fin de reducir el riesgo. Ello deberá evaluarse en el contexto más amplio de la capacidad y la disponibilidad de recursos que tenga el Estado en cuestión, como ya se ha señalado en el párrafo 9) *supra*. Así pues, la referencia a "adoptando las medidas apropiadas" pretende indicar la naturaleza relativa de la obligación. El requisito fundamental de la debida diligencia es inherente a la noción de "apropiadas". Se entiende además que la cuestión de la efectividad de las medidas está implícita en esa fórmula.

12) El párrafo indica, con la expresión "incluso mediante legislación y otras normas", el contexto específico en el que se adoptarán las medidas correspondientes. El resultado previsto consiste en una serie de medidas concretas adoptadas generalmente en el contexto de un marco legislativo o normativo. Así pues, en el caso de los Estados que aún no dispongan de dicho marco, la obligación general de reducir el riesgo de desastres incluiría también la obligación de establecer dicho marco jurídico a fin de poder adoptar las medidas "apropiadas". La expresión "legislación y otras normas" debe entenderse en términos generales a fin de abarcar el mayor número posible de manifestaciones de disposiciones legislativas, al reconocerse de manera general que esas medidas jurídicas son la forma más común y efectiva para facilitar (de ahí el uso de la palabra "mediante") la adopción de medidas de reducción del riesgo de desastres a nivel nacional.

13) El empleo del término "incluso" indica que, si bien la "legislación y otras normas" tal vez sean los métodos principales, puede haber otras disposiciones con arreglo a las cuales podrían adoptarse esas medidas. Se optó por utilizar "incluso" para evitar que se interpretara que siempre se requeriría la aprobación y aplicación de legislación y otras normas específicas. Con ello se da un margen de discrecionalidad a cada Estado para que decida el marco jurídico aplicable, en el entendimiento de que la existencia de un marco jurídico que prevea la adopción de las "medidas apropiadas" es un requisito *sine qua non* para la reducción del riesgo de desastres.

14) La expresión "mediante legislación y otras normas" recoge una referencia a la necesidad de velar por que los mecanismos de aplicación y rendición de cuentas por incumplimiento se definan en los ordenamientos jurídicos internos. Esas cuestiones, pese a su importancia, no son las únicas que pueden ser objeto de legislación y otras normas en el ámbito de la reducción del riesgo de desastres.

15) La última oración, a saber, "con objeto de prevenir y de mitigar los desastres, y de prepararse para ellos", sirve para describir el propósito de las medidas "apropiadas" que los Estados deben adoptar durante la fase previa al desastre para hacer frente a la exposición, la vulnerabilidad y las características del peligro, con la finalidad última de reducir el riesgo de desastres. La oración refleja la fórmula empleada en los principales instrumentos sobre la reducción del riesgo de desastres. La Comisión fue consciente de que la adopción de una formulación diferente podía dar lugar a interpretaciones *a contrario* indeseadas respecto de los tipos de actividad esperados en el proyecto de artículo. Asimismo, la Comisión consideró que esa cláusula también contribuiría a la meta del Marco de Sendai de evitar que se produzcan nuevos riesgos y reducir los existentes, y de ese modo reforzar la resiliencia.

16) La *Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres* preparada por la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres en 2009[167] ilustra el significado de cada uno de los tres términos utilizados —prevención, mitigación y preparación:

[167] Véase http://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologySpanish.pdf.

> “Prevención [es] [l]a evasión absoluta de los impactos adversos de las amenazas y de los desastres conexos.
>
> [...] La prevención (es decir, la prevención de desastres) expresa el concepto y la intención de evitar por completo los posibles impactos adversos mediante diversas acciones que se toman con anticipación. [...] Con mucha frecuencia, no es posible evitar por completo las pérdidas y las tareas se transforman en aquellas relativas a la mitigación. Por esta razón, al menos en parte, algunas veces los términos de prevención y de mitigación se utilizan de forma indistinta en su acepción informal.”
>
> “Mitigación [es] [l]a disminución o la limitación de los impactos adversos de las amenazas y los desastres afines.
>
> [...] A menudo, no se pueden prevenir en su totalidad todos los impactos adversos de las amenazas, pero se pueden disminuir considerablemente su escala y severidad mediante diversas estrategias y acciones. [...] Se debe tener presente que en las políticas relativas al cambio climático se define la ‘mitigación’ de forma diferente, puesto que se utiliza el término para abordar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que son la fuente del cambio climático.”[168]
>
> “Preparación [es] [e]l conocimiento y las capacidades que desarrollan los Gobiernos, los profesionales, las organizaciones de respuesta y recuperación, las comunidades y las personas para prever, responder y recuperarse de forma efectiva de los impactos de los eventos o las condiciones probables, inminentes o actuales que se relacionan con una amenaza.
>
> [...] La preparación es una acción que se lleva a cabo en el contexto de la gestión del riesgo de desastres. Su objetivo principal es desarrollar las capacidades necesarias para gestionar de forma eficaz todos los tipos de emergencia y lograr transiciones metódicas y ordenadas desde la respuesta hasta una recuperación sostenida. La preparación se basa en el análisis sensato del riesgo de desastres y en el establecimiento de vínculos apropiados con los sistemas de alerta temprana […] [Las medidas que se adopten] deben recibir el apoyo de las capacidades institucionales, jurídicas y presupuestarias formales.”

La Comisión es consciente de que la Asamblea General puede perfilar más la interpretación de las condiciones antes mencionadas a partir de las conclusiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos de Composición Abierta sobre los Indicadores y la Terminología relacionados con la Reducción del Riesgo de Desastres, establecido en virtud de su resolución 69/284, de 3 de junio de 2015.

17) El párrafo 2 enumera tres categorías de medidas de reducción del riesgo de desastres, a saber: la realización de evaluaciones de riesgo, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores, y la instalación y operación de sistemas de alerta temprana. Como se señala en el párrafo 3) *supra*, esas tres medidas se destacaron en el resumen del Presidente en la conclusión de la cuarta sesión de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en mayo de 2013. La Comisión decidió referirse expresamente a los tres ejemplos enumerados, que reflejan los tipos más destacados de labor de reducción del riesgo de desastres que existen en la actualidad. La importancia de esas medidas se confirmó con su inclusión en el Marco de Sendai. El término “incluyen” indica que la lista no es exhaustiva. La enumeración de las tres medidas no quiere decir que no existan otras actividades orientadas a la reducción

[168] La Comisión es consciente de la discrepancia que existe en la concordancia entre las versiones en inglés y en francés respecto del uso oficial en las Naciones Unidas del término “mitigación”.

del riesgo de desastres que se estén llevando a cabo en la actualidad, o que puedan llevarse a cabo en el futuro.

18) Las medidas prácticas estructurales y no estructurales que pueden adoptarse son innumerables y dependen de las circunstancias sociales, ambientales, financieras, culturales y de otro tipo que sean relevantes. La práctica en los sectores público y privado, así como los instrumentos, como el Marco de Sendai, proporcionan un gran número de ejemplos, entre los que cabe citar: las actividades de preparación y formación a nivel de la comunidad; el establecimiento de marcos de gestión del riesgo de desastres; la planificación para emergencias; la creación de mecanismos de vigilancia; los controles del uso de la tierra; las normas sobre construcción; la gestión de los ecosistemas; los sistemas de drenaje; las redes de seguridad social que se ocupan de la vulnerabilidad y la resiliencia; la divulgación de información sobre los riesgos; las inversiones con conocimiento del riesgo; y los seguros.

19) Las tres medidas consecutivas enumeradas en el párrafo 2 tienen en común una característica particular: son fundamentales para desarrollar y aplicar muchas de las demás medidas, si no todas ellas, en lo que se refiere a los marcos normativos y la definición de prioridades o la planificación de inversiones, tanto en el sector público como en el privado.

20) La primera medida —las evaluaciones del riesgo— se refiere a la obtención de información sobre los peligros, la exposición y la vulnerabilidad, así como de las tendencias del riesgo de desastres. Por tanto, es el primer paso hacia la adopción de cualquier medida sensata para reducir el riesgo de desastres. Sin una comprensión suficientemente fundada de las circunstancias y los factores que dan lugar al riesgo de desastres, así como de sus características, no se puede definir ni adoptar ninguna medida efectiva. Las evaluaciones del riesgo llevan también a que se examinen más de cerca las realidades locales y la participación de las comunidades locales.

21) La segunda medida —la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores— es el siguiente paso. La reducción del riesgo de desastres requiere la participación de todos los actores de los sectores público y privado y de la sociedad civil. La recopilación y difusión deben propiciar el acceso sin trabas a información sobre riesgos y pérdidas anteriores, lo cual permite adoptar medidas y decisiones eficaces. Con ello, todos los interesados pueden asumir la responsabilidad por los actos que realicen y determinar las prioridades de planificación e inversión con conocimiento del riesgo; también promueve la transparencia en las operaciones y el escrutinio y control públicos. La Comisión desea insistir en la conveniencia de que se difunda información sobre riesgos y pérdidas anteriores a la que pueda accederse sin trabas, ya que refleja la tendencia prevaleciente centrándose en la importancia del acceso público a dicha información. Aun reconociendo la importancia de esa tendencia, la Comisión entendió que era mejor abordarla en el comentario y no en el texto del párrafo 2, pues convertirla en un requisito legal para todos los Estados podría ser gravoso para algunos.

22) La tercera medida se refiere a los sistemas de alerta temprana, que son fundamentales tanto para poner en marcha como para llevar a cabo planes de emergencia, limitando de ese modo la exposición a los peligros; por ello, son imprescindibles para lograr una preparación y una respuesta efectivas.

23) Como se ha señalado en el párrafo 8) *supra*, el proyecto de artículo 9 se refiere a la adopción de las medidas previstas en el Estado. Cualquier componente interestatal estaría recogido en el deber de cooperar establecido en el proyecto de artículo 7. Por ello, el alcance de todo deber jurídico internacional en relación con cualquiera de las medidas enumeradas y no enumeradas que puedan adoptarse para reducir el riesgo de desastres se determinará en los correspondientes acuerdos o arreglos específicos que cada Estado haya celebrado con otros actores con los que tenga el deber de cooperar.

Artículo 10
Papel del Estado afectado

1. El Estado afectado tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de asistencia para el socorro en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control.

2. El Estado afectado tiene el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de dicha asistencia para el socorro.

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 va dirigido al Estado afectado en el contexto de la protección de las personas en caso de desastre en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control. La palabra "papel" del título es un término amplio que pretende abarcar también la "función" del Estado. El párrafo 1 recoge la obligación del Estado afectado de proteger a las personas y de prestarles asistencia para el socorro en caso de desastre. El párrafo 2 afirma el papel principal que corresponde al Estado afectado en la respuesta a los desastres en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control.

2) El proyecto de artículo 10 se basa en el principio fundamental de soberanía puesto de relieve en el preámbulo del presente proyecto de artículos. Tanto el principio de soberanía como su corolario, el de no intervención, inspiran la Carta de las Naciones Unidas[169] y numerosos instrumentos jurídicos internacionales y pronunciamientos judiciales[170]. En el contexto de la asistencia para el socorro en caso de desastre, en la resolución 46/182 de la Asamblea General se afirma que "[d]eberán respetarse plenamente la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas"[171].

3) El deber del Estado afectado de asegurar la protección de las personas y la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre en su territorio, reconocido en el párrafo 1, se deriva de su soberanía. Se ha insertado la referencia adicional a "o en un territorio bajo su jurisdicción o control" a fin de ajustar el texto al sentido ampliado de la expresión "Estado afectado" en el proyecto de artículo 3, apartado b).

[169] Carta de las Naciones Unidas, Art. 2, párrs. 1 ("La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros") y 7 ("Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII").

[170] Véase, por ejemplo, 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, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General (que establece, entre otras cosas, que "[t]odos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional"; "[e]l uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención"; y "[l]os Estados deben conducir sus relaciones internacionales en las esferas económica, social, cultural, técnica y comercial, de conformidad con los principios de la igualdad soberana y la no intervención"). La Corte Internacional de Justicia ha afirmado que "entre Estados independientes, el respeto de la soberanía nacional es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales" (véase *Corfu Channel* (nota 66 *supra*), pág. 35).

[171] Anexo, párr. 3.

4) La idea del vínculo entre los derechos soberanos y los deberes correspondientes del Estado fue expresada en particular por el Magistrado Álvarez en su opinión disidente en la causa relativa al *Canal de Corfú*:

> "Entendemos por soberanía el conjunto de derechos y atribuciones que un Estado posee en su territorio, con exclusión de todos los demás Estados, y también en sus relaciones con otros Estados.
>
> La soberanía confiere derechos a los Estados y les impone obligaciones."[172]

5) En el párrafo 1 se destaca que el Estado afectado es el actor al que corresponde el deber de proteger a las personas que se encuentren en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control. La Comisión consideró que el término "deber" era más adecuado que el de "responsabilidad", ya que este podía malinterpretarse habida cuenta de su empleo en otros contextos.

6) El párrafo 2 refleja también el papel principal que desempeña el Estado en la respuesta a los desastres. Por las razones anteriormente expuestas, la Comisión decidió emplear la palabra "papel" en lugar de "responsabilidad" al referirse a la posición del Estado afectado. El término "papel" se adoptó inspirándose en la resolución 46/182 de la Asamblea General, en la que se afirma, entre otras cosas, que "corresponde al Estado afectado el papel principal en la iniciación, organización, coordinación y prestación de asistencia humanitaria dentro de su territorio"[173]. También se consideró que el empleo del término "papel" en lugar de "responsabilidad" daba cierta flexibilidad a los Estados a la hora de coordinar las actividades de respuesta a los desastres. La fórmula, que implica la obligación de los Estados de dirigir o controlar las actividades de respuesta en caso de desastre, puede, por otra parte, ser demasiado restrictiva para aquellos Estados que prefieran tener un papel más limitado en la coordinación de la respuesta a los desastres porque, por ejemplo, se encuentren con recursos limitados.

7) La primacía del Estado afectado se basa también en el reconocimiento de larga data en derecho internacional de que es el Estado el que se encuentra en la mejor posición para calibrar la gravedad de una situación de emergencia y determinar las políticas de respuesta adecuadas. La afirmación recogida en el párrafo 2 de que corresponde al Estado afectado el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la asistencia para el socorro en caso de desastre debe leerse en conjunción con el deber de cooperar previsto en el proyecto de artículo 7. En este contexto, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 10 se confirma que el Estado afectado tendrá la posición principal en las relaciones de cooperación con otros actores pertinentes que se prevén en el proyecto de artículo 7.

8) La referencia a "la dirección, el control, la coordinación y la supervisión" de la asistencia para el socorro en caso de desastre proviene del artículo 4, párrafo 8, del Convenio de Tampere[174]. La fórmula del Convenio de Tampere está ganando adeptos en el ámbito de la asistencia para el socorro en caso de desastre y representa una redacción más

---

[172] *Corfu Channel* (véase la nota 66 *supra*), opinión disidente del Magistrado Álvarez, págs. 39 y ss., en especial pág. 43. Véase también la opinión del árbitro Max Huber en *Island of Palmas (the Netherlands/United States of America)*, laudo de 4 de abril de 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pág. 839 ("Como ya se ha dicho, la soberanía territorial conlleva el derecho exclusivo a llevar a cabo las actividades del Estado. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger dentro del territorio los derechos de otros Estados…").

[173] Anexo, párr. 4.

[174] Convenio de Tampere (que establece que "[n]ada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará el derecho de los Estados partes a dirigir, controlar, coordinar y supervisar, al amparo de su legislación nacional, la asistencia de telecomunicaciones proporcionada de acuerdo con el presente Convenio dentro de su territorio").

actual[175]. La fórmula refleja la posición de que el Estado afectado ejerce el control sobre la forma de llevar a cabo las operaciones de socorro, que deberá estar en conformidad con el derecho internacional, incluido el presente proyecto de artículos. Ese control que ejerce el Estado afectado no debe considerarse una injerencia indebida en las actividades de un actor que preste asistencia.

9) La Comisión se apartó del Convenio de Tampere al decidir no incluir una referencia a la "legislación nacional" en la mención del papel principal del Estado afectado. En el contexto del Convenio de Tampere, la referencia a la legislación nacional indica que la coordinación adecuada requiere que esta se ajuste al derecho interno del Estado afectado. La Comisión decidió no incluir esta referencia ante la posibilidad de que el derecho interno del Estado afectado no siempre regule o establezca la posición principal del Estado en situaciones de respuesta a los desastres.

Artículo 11
Deber del Estado afectado de buscar asistencia externa

El Estado afectado, en la medida en que un desastre supere manifiestamente su capacidad nacional de respuesta, tiene el deber de buscar la asistencia, según proceda, de otros Estados, de las Naciones Unidas y de otros potenciales actores que presten asistencia.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 aborda la situación particular en la que un desastre supera manifiestamente la capacidad nacional de respuesta de un Estado. En estas circunstancias, el Estado afectado tiene el deber de buscar asistencia, según proceda, de otros Estados, de las Naciones Unidas y de otros potenciales actores que presten asistencia conforme a la definición del artículo 3, apartado d). El deber recogido en el proyecto de artículo 11 es una especificación de los proyectos de artículo 7 y 10. El párrafo 1 del proyecto de artículo 10 estipula que el Estado afectado tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control. El proyecto de artículo afirma la obligación del Estado afectado de hacer todo lo posible por prestar asistencia a las personas que se encuentran en un territorio bajo su jurisdicción o control. El deber de cooperar está también subyacente en el deber del Estado afectado de buscar asistencia en la medida en que el desastre supere manifiestamente su capacidad nacional de respuesta. El proyecto de artículo 7 afirma que el deber de cooperar incumbe no solo a los potenciales Estados que presten asistencia u otros potenciales actores que presten asistencia, sino también a los Estados afectados cuando dicha cooperación proceda. La Comisión considera que, cuando la capacidad nacional del Estado afectado se ve manifiestamente superada, buscar asistencia es procedente y necesario.

2) El proyecto de artículo subraya que el deber de buscar asistencia solo surge en la medida en que se vea manifiestamente superada la capacidad nacional de respuesta del Estado afectado. La expresión "en la medida en que" aclara que no siempre cabe calificar de suficiente o insuficiente en términos absolutos la capacidad nacional de respuesta del

[175] Véanse por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN, art. 3, párr. 2 (que establece que "la parte que solicite o reciba asistencia ejercerá la dirección, el control, la coordinación y la supervisión generales de dicha asistencia en su territorio"); y la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1457, núm. 24643, pág. 133, art. 3 a) (que establece, entre otras cosas, que, a menos que se acuerde otra cosa, "la dirección, el control, la coordinación y la supervisión generales de la asistencia serán responsabilidad, dentro de su territorio, del Estado solicitante").

Estado afectado. Esa capacidad puede verse manifiestamente superada en relación con un aspecto de las operaciones de socorro en caso de desastre, aunque el Estado siga teniendo capacidad para realizar otras operaciones. En general, las palabras "en la medida en que un desastre supere manifiestamente su capacidad nacional de respuesta" hacen referencia a la situación en la que parece probable que un desastre supere manifiestamente la capacidad nacional de respuesta del Estado afectado. Este enfoque flexible y proactivo se ajusta al propósito fundamental del proyecto de artículos expresado en el proyecto de artículo 2. El enfoque facilita una respuesta adecuada y efectiva a los desastres que se ajuste a las necesidades esenciales de las personas afectadas, respetando plenamente sus derechos. El reconocimiento del deber de los Estados en estas circunstancias refleja la preocupación de la Comisión por que se preste de manera oportuna y efectiva asistencia para el socorro en caso de desastre.

3) La Comisión considera que el deber de buscar asistencia recogido en el proyecto de artículo 11 también dimana de las obligaciones que incumben al Estado afectado en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario. El recurso al apoyo internacional puede ser un elemento necesario del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado respecto de las personas cuando los recursos del Estado afectado son insuficientes para afrontar las necesidades de protección. Si bien esto puede ocurrir también sin que se produzca ningún desastre, como se menciona en el comentario del proyecto de artículo 5, en el contexto de los desastres hay directamente involucrados una serie de derechos humanos, como el derecho a la vida, el derecho a una alimentación adecuada, el derecho a la salud y a servicios médicos, el derecho al agua potable, el derecho a vivienda, vestido y saneamiento adecuados, y el derecho a no ser discriminado[176]. La Comisión observa que el Comité de Derechos Humanos ha señalado (véase la observación general núm. 6 sobre el derecho a la vida) que el deber del Estado respecto de la efectividad del derecho a la vida va más allá del mero respeto e incluye el deber de proteger el derecho mediante la adopción de medidas positivas[177]. El derecho a la vida es inderogable con arreglo a lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aun en el caso de "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación"[178], entre las que cabe incluir "una catástrofe natural" de conformidad con la observación general núm. 29 del Comité de Derechos Humanos[179]. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se afirma que, para hacer efectivo el derecho a la alimentación:

> "Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento."[180]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló, en su observación general núm. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto), que en el caso de que un Estado parte aduzca que la falta de recursos le impide facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que la necesitan:

> "el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas

[176] Véanse los ejemplos citados en *Anuario..., 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598, párr. 26.

[177] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/37/40), anexo V, párr. 5.

[178] Véase el art. 4, párr. 1.

[179] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/56/40), vol. I, anexo VI, párr. 5.

[180] Véase el art. 11.

> obligaciones mínimas. [...] El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios.”[181]

Así pues, la Comisión observa que las “medidas apropiadas” que debe adoptar un Estado incluyen buscar asistencia internacional cuando las condiciones en ese Estado sean tales que no pueda hacerse efectivo el derecho a la alimentación.

4) La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño[182] y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contienen referencias específicas a la protección de los derechos en caso de desastre. En el artículo 23 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño se afirma que los Estados adoptarán “todas las medidas apropiadas” para garantizar que los niños que soliciten o tengan el estatuto de refugiado, así como los que sean desplazados internos a consecuencia de sucesos como los “desastres naturales”, puedan “recibir la protección y la asistencia humanitaria apropiadas para el goce de los derechos recogidos en la Carta y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario en los que los Estados sean parte”. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace referencia a la obligación de los Estados respecto de las personas con discapacidad en caso de desastre:

> “Los Estados partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.”[183]

La expresión “todas las medidas necesarias” puede incluir el recurso a la posible asistencia de miembros de la comunidad internacional en caso de que se vea manifiestamente superada la capacidad nacional del Estado afectado. Este enfoque se ajustaría al principio rector de humanidad aplicado en el ordenamiento jurídico internacional. La Corte Internacional de Justicia afirmó, en la causa relativa al *Canal de Corfú*, que entre los principios generales y bien arraigados se encuentran “las consideraciones elementales de humanidad, aún más exigibles en tiempos de paz que de guerra”[184]. El proyecto de artículo 6 afirma el carácter fundamental del principio de humanidad en la respuesta a los desastres.

5) La Comisión entiende que el deber de “buscar” asistencia es más adecuado que el deber de “solicitar” asistencia en el contexto del proyecto de artículo 11. La formulación empleada por la Comisión se hace eco del deber mencionado en la resolución sobre la asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional, en la que se dice lo siguiente:

---

[181] *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, períodos de sesiones 20º y 21º, Suplemento núm. 2* (E/2000/22-E/C.12/1999/11), anexo V, pág. 102, párr. 17.

[182] *Human Rights: A Compilation of International Instruments*, vol. II, *Regional Instruments* (Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.97.XIV.1), secc. C, núm. 39.

[183] *Ibid*., art. 11.

[184] *Corfu Channel* (véase la nota 66 *supra*), pág. 22. (en donde se señala que “las obligaciones de las autoridades de Albania consistían en notificar, para bien de la navegación en general, la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se aproximaban del peligro inminente al que se exponían debido al campo de minas. Estas obligaciones dimanan, no de la Convención núm. VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino de ciertos principios generales y bien establecidos, a saber: las consideraciones elementales de humanidad, aún más exigibles en tiempos de paz que de guerra…”).

> "Cuando el Estado afectado no pueda prestar suficiente asistencia humanitaria a las víctimas que se encuentren bajo su jurisdicción o control *de facto*, buscará la asistencia de las organizaciones internacionales competentes y/o de terceros Estados."[185]

De manera similar, en las Directrices IDRL se estipula lo siguiente:

> "El Estado afectado que determine que una situación de desastre rebasa la capacidad nacional para hacerle frente debería buscar asistencia internacional y/o regional para subvenir a las necesidades de los damnificados."[186]

Además, los principios rectores anexos a la resolución 46/182 de la Asamblea General parecen también respaldar el deber de los Estados afectados de buscar la cooperación internacional cuando una emergencia supere su capacidad de respuesta:

> "La magnitud y la duración de muchas emergencias pueden rebasar la capacidad de reacción de muchos países afectados. Por consiguiente, es sumamente importante la cooperación internacional para enfrentar las situaciones de emergencia y fortalecer la capacidad de reacción de los países afectados. Esa cooperación debería proporcionarse de conformidad con el derecho internacional y las leyes nacionales."[187]

6) La formulación alternativa de "solicitar" se incorpora en las Directrices de Oslo, en las que se señala que "[s]i se necesita asistencia internacional, el Estado afectado deberá solicitarla o dar su consentimiento lo antes posible al principio del desastre para que dicha asistencia sea lo más eficaz posible"[188]. La Comisión considera que una "solicitud" de asistencia implica que el Estado afectado da su consentimiento en el momento en que dicha solicitud es aceptada por un Estado u otro actor que preste asistencia. En cambio, en opinión de la Comisión, el deber de "buscar" asistencia conlleva un enfoque negociado, más amplio, de la prestación de asistencia internacional. El término "buscar" entraña el inicio proactivo por el Estado afectado de un proceso mediante el que puede llegarse a un acuerdo. Por ello, el proyecto de artículo 11 impone al Estado afectado el deber de adoptar medidas positivas, de manera activa, para buscar asistencia cuando el desastre supere manifiestamente su capacidad nacional de respuesta.

7) El Estado afectado se encontrará, en principio, en las mejores condiciones para determinar la gravedad de una situación de desastre y los límites de su capacidad nacional de respuesta. Dicho esto, esta evaluación y la evaluación de la gravedad de un desastre han de llevarse a cabo de buena fe. El principio de buena fe se enuncia en 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[189], que estipula que "todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe" las obligaciones que ha contraído "en virtud de la Carta de las Naciones Unidas"[190], "las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos"[191], y "las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos"[192]. La evaluación de buena fe de la gravedad de un desastre forma parte del deber del Estado afectado de

[185] Resolución sobre la asistencia humanitaria (véase la nota 18 *supra*), art. III, párr. 3.
[186] Directrices IDRL (véase la nota 17 *supra*), directriz 3, párr. 2.
[187] Resolución 46/182 de la Asamblea General, anexo, párr. 5.
[188] Directrices de Oslo (véase nota 28 *supra*), párr. 58.
[189] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.
[190] *Ibid*.
[191] *Ibid*.
[192] *Ibid*.

asegurar la protección de las personas y la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre, de conformidad con lo dispuesto en el proyecto de artículo 10, párrafo 1.

8) La expresión "según proceda" fue adoptada por la Comisión para hacer hincapié en la facultad discrecional del Estado afectado de elegir, entre otros Estados, las Naciones Unidas y otros potenciales actores que presten asistencia, la que sea más apropiada para sus necesidades específicas. El término refleja además que el deber de buscar asistencia no implica que el Estado esté obligado a buscar asistencia de todas las fuentes enumeradas en el proyecto de artículo 11. Así pues, la expresión "según proceda" refuerza el hecho de que el Estado afectado tiene el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre, como se indica en el proyecto de artículo 10, párrafo 2.

9) La existencia del deber de buscar asistencia cuando se vea manifiestamente superada la capacidad nacional no supone que los Estados afectados no deban buscar asistencia en situaciones de desastre de menor magnitud. La Comisión considera que la cooperación en la prestación de asistencia en todas las etapas del socorro en caso de desastre es fundamental para la facilitación de una respuesta adecuada y efectiva a los desastres y constituye una manifestación práctica del principio de solidaridad. Aun cuando el Estado afectado sea capaz de prestar la asistencia necesaria y esté dispuesto a hacerlo, la cooperación y la asistencia de actores internacionales asegurará en muchos casos una respuesta más adecuada, rápida y amplia ante los desastres y una mayor protección de las personas afectadas.

Artículo 12
Ofrecimientos de asistencia externa

1. En caso de desastre, los Estados, las Naciones Unidas y otros potenciales actores que presten asistencia podrán ofrecer asistencia al Estado afectado.

2. Cuando un Estado afectado formule una solicitud de asistencia externa a otro Estado, a las Naciones Unidas o a otro potencial actor que preste asistencia, estos deberán, sin demora, considerar debidamente dicha solicitud e informar al Estado afectado de la decisión adoptada al respecto.

Comentario

1) En el proyecto de artículo 12 se reconoce el interés de la comunidad internacional en la protección de las personas en caso de desastre, que debe considerarse complementario de la función principal del Estado afectado consagrada en el proyecto de artículo 10. Es una expresión de los principios de solidaridad y cooperación destacados en el preámbulo, en los que se basa todo el conjunto del proyecto de artículos sobre el tema, si bien el segundo de esos principios se enuncia de manera específica en los proyectos de artículo 7 a 9.

2) El proyecto de artículo 12 solo se refiere a los "ofrecimientos" de asistencia, no a su "prestación" efectiva. Esos ofrecimientos, ya sean unilaterales o en respuesta a una solicitud, son esencialmente voluntarios y no deben interpretarse como un reconocimiento de la existencia de un deber jurídico de prestar asistencia. El ofrecimiento de asistencia tampoco impone al Estado afectado la correspondiente obligación de aceptarlo. De conformidad con el principio de la soberanía de los Estados y el papel principal del Estado afectado, destacados en el preámbulo y que informan el conjunto del proyecto de artículos, el Estado afectado puede aceptar en todo o en parte, o no aceptar, los ofrecimientos de asistencia de Estados o de actores no estatales, con arreglo a las condiciones establecidas en el proyecto de artículo 13.

3) Los ofrecimientos de asistencia han de ajustarse a los principios enunciados en el presente proyecto de artículos, en particular en el proyecto de artículo 6. Esos ofrecimientos de asistencia no pueden considerarse una injerencia en los asuntos internos del Estado afectado. Esta conclusión concuerda con la declaración del Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1989 sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados:

> "El ofrecimiento por un Estado, un grupo de Estados, una organización internacional o un órgano humanitario imparcial como el Comité Internacional de la Cruz Roja de alimentos o artículos médicos a otro Estado en cuyo territorio se vea gravemente amenazada la vida o la salud de la población no puede considerarse una injerencia ilegítima en los asuntos internos de ese Estado."[193]

4) En el proyecto de artículo 12 se aborda la cuestión de los ofrecimientos de asistencia a Estados afectados por quienes más frecuentemente realizan ese tipo de ofrecimientos cuando ocurre un desastre, a saber, los Estados, las Naciones Unidas y otros actores que presten asistencia. La expresión "otro actor que preste asistencia", a la que califica la palabra "potencial", se define en el proyecto de artículo 3, apartado d), en el sentido de que designa una organización intergubernamental competente o una organización no gubernamental o entidad pertinente. Las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales no solo tienen derecho, como se establece en sus instrumentos constitutivos, a ofrecer asistencia al Estado afectado, sino que también se las alienta a que lo hagan.

5) Las organizaciones no gubernamentales u otras entidades, por su naturaleza, ubicación y conocimientos especializados, pueden estar en condiciones de proporcionar asistencia en la respuesta a un desastre concreto. La participación de organizaciones no gubernamentales u otras entidades en las operaciones de socorro no es una novedad en derecho internacional. En los Convenios de Ginebra de 1949 ya se establecía que, en situaciones de conflicto armado:

> "Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto."[194]

Del mismo modo, en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949 se dispone lo siguiente:

> "Las sociedades de socorro establecidas en el territorio de la Alta Parte Contratante, tales como las organizaciones de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos), podrán ofrecer sus servicios para el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto armado. La población civil puede, incluso por propia iniciativa, ofrecerse para recoger y cuidar los heridos, enfermos y náufragos."[195]

La Asamblea General destacó la importante contribución de las organizaciones no gubernamentales u otras entidades que actúan con fines estrictamente humanitarios a la respuesta en caso de desastre en su resolución 43/131, de 8 de diciembre de 1988, sobre la asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares. En dicha resolución, la Asamblea, entre otras cosas, invitó a todos los Estados afectados a "facilitar la prestación por dichas organizaciones de asistencia humanitaria, especialmente el suministro de alimentos, medicamentos y atención médica, para lo cual es indispensable el acceso a las víctimas" e hizo un llamamiento "a todos los Estados para que

[193] Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 63, parte II, reunión de Santiago de Compostela (1989), págs. 339 y ss., en especial pág. 345, art. 5.

[194] Véase, por ejemplo, Convenio de Ginebra I, art. 3, párr. 2.

[195] Véase el art. 18, párr. 1.

presten apoyo a dichas organizaciones, donde sea necesario, en sus actividades de asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares"[196].

6) El empleo del verbo "podrán" en el párrafo 1 tiene por objeto destacar que, en el contexto de los ofrecimientos de asistencia externa, lo importante es la posibilidad que tienen todos los potenciales actores que prestan asistencia de hacer un ofrecimiento de asistencia, con independencia del fundamento jurídico en el que puedan basar su acción.

7) El párrafo 2 se inspira en el artículo 3 e) del Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil, de 2000, que establece que "[l]os Estados destinatarios examinarán y responderán cuanto antes las ofertas y solicitudes de asistencia"[197]. El párrafo tiene por objeto equilibrar mejor el texto del proyecto de artículos en su conjunto imponiendo a los Estados u otros potenciales actores que presten asistencia una obligación compensatoria cuando reciben una solicitud de asistencia externa del Estado afectado. Se trata de una obligación paralela a la del proyecto de artículo 13, párrafo 3, a saber, la obligación del Estado afectado de hacer saber su decisión sobre un ofrecimiento recibido en tiempo oportuno. No obstante, la obligación se ha formulado de manera diferente en cada uno de los dos artículos a fin de reconocer que la situación de un Estado afectado por un desastre comprendido en el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos es diferente de la de un Estado u otro actor que preste asistencia.

8) El párrafo 2 tiene tres componentes. En primer lugar, la búsqueda de asistencia externa por el Estado afectado activa la aplicación de la disposición. Mientras que, en el proyecto de artículo 11, el deber que incumbe al Estado afectado es un deber general de "buscar" asistencia, este párrafo se refiere a la hipótesis en que el Estado afectado "formule una solicitud de asistencia externa a" la lista de potenciales actores citados. Se trata de una especificación importante porque limita la aplicación de la disposición a solicitudes específicas, y no solicitudes generales de asistencia.

9) En segundo lugar, la disposición se refiere al conjunto de destinatarios de la solicitud de asistencia, a saber, otros Estados, las Naciones Unidas y otros potenciales actores que presten asistencia, en una referencia cruzada a la definición del proyecto de artículo 3, apartado d). Las Naciones Unidas son objeto de mención especial debido al papel fundamental que desempeñan en la recepción de solicitudes de asistencia.

10) En tercer lugar, el párrafo 2 impone al destinatario o destinatarios de la solicitud específica una obligación estructurada en dos partes: primero, considerar debidamente la solicitud; y, segundo, informar al Estado afectado de la decisión adoptada al respecto. Ambas obligaciones contienen la expresión "sin demora", que es una referencia temporal. La formulación de la obligación de "considerar debidamente" la solicitud se basa en el texto similar del artículo 19 de los artículos sobre la protección diplomática aprobados en 2006[198]. La palabra "debidamente" no se entiende tanto en el sentido de rapidez, concepto que ya se refleja en la expresión "sin demora", como en referencia a que se realice un examen detenido de la solicitud.

[196] Véase la resolución 43/131 de la Asamblea General, párrs. 4 y 5.

[197] Véanse también el acuerdo de la ASEAN, art. 4 c) ("Para alcanzar el objetivo del presente Acuerdo, las Partes responderán prontamente a las solicitudes de asistencia de una Parte afectada"); y el Acuerdo sobre la Respuesta Rápida ante Desastres Naturales de la SAARC [Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional] (Malé, 26 de mayo de 2011), art. 4.

[198] Resolución 62/67 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007 (para consultar el comentario correspondiente, véase *Anuario..., 2006*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. E).

Artículo 13
Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa

1. La prestación de asistencia externa requiere el consentimiento del Estado afectado.

2. El consentimiento para la asistencia externa no se denegará arbitrariamente.

3. Cuando se haga un ofrecimiento de asistencia externa de conformidad con el presente proyecto de artículos, el Estado afectado hará saber, cuando sea posible, su decisión sobre ese ofrecimiento en tiempo oportuno.

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 se ocupa del consentimiento del Estado afectado para la prestación de asistencia externa. En general, establece un régimen de consentimiento cualificado de los Estados afectados en relación con las operaciones de socorro en caso de desastre. El párrafo 1 refleja el principio fundamental de que la prestación de asistencia internacional para el socorro depende del consentimiento del Estado afectado. El párrafo 2 estipula que el consentimiento para la asistencia externa no se denegará arbitrariamente, y el párrafo 3 impone al Estado afectado el deber de hacer saber su decisión sobre el ofrecimiento de asistencia externa en tiempo oportuno.

2) El principio de que la prestación de asistencia externa requiere el consentimiento del Estado afectado es fundamental en derecho internacional. Así, en el párrafo 3 de los principios rectores que figuran en el anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General se dice que "la asistencia humanitaria deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado"[199]. El Convenio de Tampere estipula que "[l]os Estados partes no proporcionarán ninguna asistencia de telecomunicaciones en aplicación del presente Convenio sin el consentimiento del Estado parte solicitante"[200], y en el Acuerdo de la ASEAN se dice que "la asistencia externa o los ofrecimientos de asistencia solo tendrán lugar a solicitud de la parte afectada o con el consentimiento de esta"[201]. El reconocimiento del requisito del consentimiento del Estado para la prestación de asistencia externa se corresponde con la posición adoptada en el proyecto de artículo 10, párrafo 2, de que el Estado afectado tiene el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la asistencia para el socorro en caso de desastre en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control.

3) El reconocimiento, en el párrafo 2, de que el derecho del Estado afectado a rechazar un ofrecimiento no es ilimitado pone de manifiesto el carácter dual de la soberanía, que conlleva tanto derechos como obligaciones. Este enfoque se refleja en el párrafo 1 del proyecto de artículo 10, en el que se afirma que el Estado afectado "tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de asistencia para el socorro en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control".

4) La Comisión considera que el deber del Estado afectado de asegurar, en caso de desastre, la protección y la asistencia de las personas que se encuentren en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control tiene por objeto proteger la vida y la dignidad de las personas afectadas por el desastre y garantizar el acceso de la asistencia humanitaria a las personas que lo necesiten. Este deber es fundamental para garantizar el derecho a la vida de los que se encuentren en el territorio del Estado afectado o en un territorio bajo su

[199] Resolución 46/182 de la Asamblea General, anexo, párr. 3.
[200] Véase el art. 4, párr. 5.
[201] Véase el art. 3, párr. 1.

jurisdicción o control[202]. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a la vida reconocido en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para proteger ese derecho[203]. Por consiguiente, el rechazo de un ofrecimiento de asistencia podría constituir en determinadas circunstancias una vulneración del derecho a la vida. La Asamblea General reafirmó en sus resoluciones 43/131, de 8 de diciembre de 1988, y 45/100, de 14 de diciembre de 1990, que "dejar a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares sin asistencia humanitaria representa una amenaza a la vida humana y un atentado contra la dignidad humana"[204].

5) El reconocimiento de que la discrecionalidad del Estado afectado en lo que se refiere al consentimiento no es ilimitada se refleja en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos[205]. Los Principios Rectores, que la antigua Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General acogieron con satisfacción en resoluciones aprobadas por unanimidad y que el Secretario General ha descrito como "norma básica internacional para proteger" a los desplazados internos, establecen lo siguiente[206]:

> "[La aceptación del ofrecimiento de asistencia humanitaria] no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria."[207]

El Instituto de Derecho Internacional se ocupó en dos ocasiones de la cuestión del consentimiento en el contexto de la asistencia humanitaria. En el artículo 5, párrafo 2, de su resolución de 1989 sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados, se dice, en el texto francés, que es el auténtico, lo siguiente:

> *"Les États sur le territoire desquels de telles situations de détresse [où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé] existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires."* (Los Estados en cuyo territorio existan tales situaciones de necesidad [o la vida o la salud de la población se vean gravemente amenazadas] no rechazarán arbitrariamente ofrecimientos de socorro humanitario.)[208]

En 2003, el Instituto de Derecho Internacional volvió a examinar esta cuestión y estipuló en su resolución sobre la asistencia humanitaria, bajo el epígrafe *"Duty of affected States not arbitrarily to reject a* bona fide *offer of humanitarian assistance"* (Deber de los Estados afectados de no rechazar arbitrariamente un ofrecimiento de asistencia humanitaria de buena fe), lo siguiente:

---

[202] Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6, párr. 1.

[203] Observación general núm. 6 (véase la nota 177 *supra*), párr. 5 ("La expresión 'el derecho a la vida es inherente a la persona humana' no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas").

[204] Resolución 43/131 de la Asamblea General, párrafo 8 del preámbulo; y resolución 45/100 de la Asamblea General, párrafo 6 del preámbulo.

[205] E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo.

[206] A/59/2005, párr. 210.

[207] E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo, principio 25, párr. 2.

[208] Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 63, parte II (deliberaciones del Instituto durante las sesiones plenarias), reunión de Santiago de Compostela (1989), págs. 339 y ss., en especial pág. 345. El texto en francés se ha redactado con una formulación imperativa, mientras que en la traducción al inglés dice: *"States in whose territories these emergency situations exist should not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance"*. La oración aclaratoria *"où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé"* procede del art. 5, párr. 1, de esa resolución.

> "Los Estados afectados están obligados a no rechazar de manera arbitraria e injustificada un ofrecimiento de buena fe cuya intención sea exclusivamente la prestación de asistencia humanitaria, ni denegar el acceso a las víctimas. En particular, no podrán rechazar un ofrecimiento ni denegar dicho acceso si con ello es probable que estén poniendo en peligro derechos humanos fundamentales de las víctimas o ello equivaliera a una contravención de la prohibición de dejar morir de hambre a civiles como método de guerra."[209]

6) En el contexto de los conflictos armados, el Consejo de Seguridad ha instado con frecuencia a las partes en el conflicto a permitir el acceso de la ayuda humanitaria y, en varias ocasiones, ha adoptado medidas en relación con las operaciones de socorro humanitario[210]. En respuesta a la crisis humanitaria provocada por el conflicto en Siria, el Consejo de Seguridad ha adoptado un enfoque más proactivo. En la resolución 2139 (2014), de 22 de febrero, condenó todos los casos de denegación del acceso de la ayuda humanitaria y recordó que "la denegación arbitraria del acceso humanitario y la privación de objetos indispensables para la supervivencia de los civiles, incluso obstaculizando deliberadamente el suministro de socorro y el acceso, puede constituir una violación del derecho internacional humanitario"[211]. En la resolución 2165 (2014), de 14 de julio de 2014, el Consejo de Seguridad decidió autorizar a los organismos humanitarios de las Naciones Unidas y sus asociados en la ejecución a utilizar rutas a través de las líneas del conflicto y los cruces fronterizos especificados a fin de prestar asistencia humanitaria a las personas necesitadas, con la notificación de las Naciones Unidas a las autoridades sirias[212].

7) El término "denegará" conlleva un elemento temporal en la determinación de la arbitrariedad. Tanto el rechazo de la asistencia como el hecho de que el Estado afectado no haga saber su decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, párrafo 3, en un plazo razonable, pueden considerarse arbitrarios. Este punto de vista se refleja en las resoluciones de la Asamblea General 43/131[213] y 45/100[214], cada una de las cuales contiene los siguientes párrafos en el preámbulo:

> "*Preocupada* por las dificultades con que pueden tropezar las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares para recibir asistencia humanitaria,
>
> *Convencida* de que, en la prestación de asistencia humanitaria, en particular en el suministro de alimentos, medicamentos y atención médica, para lo cual es indispensable tener acceso a las víctimas, la acción rápida permite evitar que el número de esas víctimas aumente trágicamente,"

Asimismo, el Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil de 2000 estipula que los Estados partes, en relación con la prestación de asistencia en caso de desastre, se comprometen a respetar el principio de que "[l]os Estados destinatarios examinarán y responderán cuanto antes a las ofertas y solicitudes de asistencia"[215].

---

[209] Resolución sobre la asistencia humanitaria (véase la nota 18 *supra*), art. VIII, párr. 1.

[210] En relación con el norte del Iraq, en la resolución 688 (1991) del Consejo de Seguridad, de 5 de abril de 1991; en relación con Bosnia y Herzegovina, en la resolución 770 (1992), de 13 de agosto de 1992, y la resolución 781 (1992), de 9 de octubre de 1992; y en relación con Somalia, en la resolución 794 (1992), de 3 de diciembre de 1992.

[211] Resolución 2139 (2014) del Consejo de Seguridad, de 22 de febrero de 2014, párr. 10 del preámbulo.

[212] Resolución 2165 (2014) del Consejo de Seguridad, de 14 de julio de 2014, párr. 2 de la parte dispositiva.

[213] Párrafos 9 y 10 del preámbulo.

[214] Párrafos 8 y 9 del preámbulo.

[215] Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil, art. 3 e), también citado en el párr. 7) del comentario del proyecto de art. 12.

8) El término “arbitrariamente” hace referencia a las razones en que se basa la decisión del Estado afectado para denegar el consentimiento. La determinación de si la denegación del consentimiento es arbitraria deberá realizarse en cada caso concreto, aunque como norma general cabe mencionar varios principios. En primer lugar, la Comisión considera que la denegación del consentimiento para la asistencia externa no será arbitraria cuando el Estado tenga capacidad, y disposición, para proporcionar una respuesta adecuada y efectiva a un desastre con sus propios recursos. En segundo lugar, la denegación del consentimiento para recibir asistencia de una fuente externa no será arbitraria cuando el Estado afectado haya aceptado asistencia apropiada y suficiente de otras fuentes. En tercer lugar, la denegación del consentimiento no será arbitraria cuando el ofrecimiento en cuestión no se haga con arreglo al presente proyecto de artículos. En particular, el proyecto de artículo 6 estipula que la asistencia humanitaria se llevará a cabo de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sobre la base de la no discriminación. En cambio, cuando el ofrecimiento de asistencia se haga con arreglo al proyecto de artículos y no existan otras fuentes de asistencia, cabría inferir fundadamente que la decisión de denegar el consentimiento es arbitraria.

9) En 2013, el Secretario General pidió a la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios que siguiera analizando la cuestión de la denegación arbitraria del consentimiento para las operaciones de socorro humanitario. De conformidad con el documento de orientación resultante[216], la denegación del consentimiento es arbitraria si: a) el consentimiento se deniega en circunstancias que dan lugar al incumplimiento por un Estado de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional; b) la denegación del consentimiento vulnera los principios de necesidad y proporcionalidad; o c) el consentimiento se deniega de una forma que es irrazonable, injusta, imprevisible o inapropiada por cualquier otro motivo. Aun cuando la orientación se refiere a las situaciones de conflicto armado, ofrece una perspectiva útil para establecer factores que permitan determinar cuándo la denegación del consentimiento puede considerarse “arbitraria”. Es evidente que, en la ley y en la práctica, las situaciones de conflicto armado son distintas de los desastres. No obstante, en el contexto de la denegación arbitraria del consentimiento, la cuestión jurídica subyacente reviste aspectos similares en ambos tipos de situación.

10) La discrecionalidad del Estado afectado para determinar la forma más apropiada de asistencia es un aspecto de su papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la asistencia para el socorro en caso de desastre, previsto en el proyecto de artículo 10, párrafo 2. Esta discrecionalidad debe ejercerse de buena fe, con arreglo a las obligaciones internacionales del Estado afectado[217]. La Comisión alienta a los Estados afectados a que den argumentos en los casos en que denieguen el consentimiento para la prestación de asistencia. La aportación de argumentos es fundamental para determinar la buena fe en la decisión del Estado afectado de denegar el consentimiento. La inexistencia de argumentos puede reforzar la idea de que la denegación del consentimiento es arbitraria.

---

[216] D. Akande y E. Gillard, *Oxford Guidance on the Law Regulating Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, documento encargado por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas, que lo publicará más adelante en 2016.

[217] Véase, por ejemplo, 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, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo, párr. 1 (donde se señala, entre otras cosas que “cada Estado tiene el deber de cumplir de buena fe” las obligaciones que ha contraído “en virtud de la Carta de las Naciones Unidas”, “las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”, y “las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”).

11) En este sentido, en derecho internacional se acepta generalmente que la buena fe tiene por objeto, entre otras cosas, limitar el ejercicio admisible de los derechos y la discrecionalidad. La Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales internacionales han examinado esta función de la buena fe en diversos casos[218]. Así, la buena fe es un límite que acota la soberanía y el ejercicio de la discrecionalidad, tanto en los casos en que la decisión de un Estado requiere la toma en consideración de factores políticos, como cuando se trata de examinar el cumplimiento de las obligaciones de un tratado. Este es el caso, aún más, cuando la disposición del tratado en cuestión impone obligaciones positivas de actuar de determinada manera, como, por ejemplo, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionadas anteriormente.

12) En el párrafo 3, la Comisión optó por la fórmula "hará saber [...] su decisión sobre ese ofrecimiento en tiempo oportuno" a fin de ofrecer cierto margen de flexibilidad a los Estados afectados para determinar la mejor forma de dar una respuesta a los ofrecimientos de asistencia. Se reconoce que un deber riguroso de responder oficialmente a cada ofrecimiento de asistencia puede imponer una carga demasiado pesada a los Estados afectados en situaciones de desastre. A fin de compensarlo, se indica que la decisión debe ser oportuna para que el actor o los actores que ofrecen la asistencia externa tengan la oportunidad de reaccionar adecuadamente. La Comisión considera que con el enunciado actual se abarca una amplia gama de posibles formas de responder, incluida una comunicación general de la decisión del Estado afectado sobre todos los ofrecimientos de asistencia. El párrafo es aplicable tanto a las situaciones en que el Estado afectado acepte la asistencia como a las situaciones en que el Estado afectado deniegue su consentimiento.

13) La Comisión entiende que el alcance de la expresión "cuando sea posible" es limitado. Con ella se hace referencia a situaciones extremas en las que un Estado no puede adoptar una decisión respecto del consentimiento debido a la inexistencia de un Gobierno que actúe o a circunstancias de incapacidad equivalentes. Así, se pretende transmitir el sentido de flexibilidad general en que se basa la disposición. La expresión también limita la aplicabilidad de las palabras "en tiempo oportuno". La Comisión considera además que el Estado afectado puede hacer saber su decisión en la forma en que considere más adecuada si las circunstancias excepcionales a que se hace referencia en este párrafo no son aplicables.

Artículo 14
Condiciones de prestación de la asistencia externa

El Estado afectado puede establecer condiciones para la prestación de la asistencia externa. Dichas condiciones deberán ser conformes con el presente proyecto de artículos, las normas de derecho internacional aplicables y el derecho interno del Estado afectado. Las condiciones deberán tener en cuenta las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y la calidad de la asistencia. Al formular tales condiciones, el Estado afectado deberá indicar el alcance y el tipo de la asistencia buscada.

[218] *Admission of a State to the United Nations (Charter, Art 4)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1948*, págs. 57 y ss., en especial págs. 63 y 64; *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo de 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 212; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 177 y ss., en especial pág. 229, párr. 145; y *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States of America)*, *Reports of International Arbitral Awards*, 7 de septiembre de 1910, vol. XI, pág. 188.

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 se refiere al establecimiento por el Estado afectado de condiciones para la prestación de asistencia externa en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control. Afirma el derecho del Estado afectado a establecer condiciones para esa asistencia que sean conformes con el presente proyecto de artículos, las normas de derecho internacional aplicables y el derecho interno. En el proyecto de artículo se indica la forma de determinar dichas condiciones. La naturaleza de las condiciones debe guiarse por las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y por la calidad de la asistencia. También se exige que, al formular tales condiciones, el Estado afectado indique el alcance y el tipo de la asistencia buscada.

2) El proyecto de artículo desarrolla el principio consagrado en el proyecto de artículo 10, en que se reconoce el papel principal del Estado afectado en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la prestación de asistencia para el socorro en caso de desastre en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control. Al utilizar la expresión "puede establecer condiciones", que se ajusta al carácter voluntario de la prestación de asistencia, el proyecto de artículo 14 reconoce el derecho del Estado afectado a imponer condiciones para esa asistencia, preferentemente antes de que ocurra el desastre, pero también con respecto a formas concretas de asistencia por actores específicos durante la fase de respuesta. La Comisión habla de asistencia "externa" porque el alcance de la disposición abarca la asistencia de terceros Estados o de otros actores que presten asistencia, pero no la procedente de fuentes internas, como las organizaciones no gubernamentales nacionales.

3) El proyecto de artículo limita el derecho del Estado afectado a condicionar la asistencia, que debe ejercerse de conformidad con las normas jurídicas aplicables. En la segunda oración se describe el marco jurídico en el que pueden imponerse las condiciones, a saber, "el presente proyecto de artículos, las normas de derecho internacional aplicables y el derecho interno del Estado afectado". La Comisión incluyó las palabras "el presente proyecto de artículos" para destacar que todas las condiciones deben estar en conformidad con los principios enunciados en el proyecto de artículos, sin necesidad de volver a enumerar los principios humanitarios y jurídicos que ya se abordan en otras disposiciones, en particular, la soberanía, la buena fe y los principios humanitarios enunciados en el proyecto de artículo 6, esto es, la humanidad, la neutralidad, la imparcialidad y la no discriminación.

4) La referencia al derecho interno pone de relieve la autoridad de las leyes nacionales en la zona afectada de que se trate. No obstante, no supone la existencia previa de legislación nacional (derecho interno) que aborde las condiciones específicas impuestas por un Estado afectado en caso de desastre. Si bien no se exige que haya legislación nacional específica para poder establecer condiciones, estas deben ser conformes con la legislación nacional pertinente vigente en el Estado afectado, según lo previsto en el proyecto de artículo 15.

5) Tanto el Estado afectado como el actor que preste asistencia deben cumplir las normas aplicables del derecho interno del Estado afectado. El Estado afectado solo puede imponer condiciones que sean conformes con esas leyes y el actor que preste asistencia debe cumplir esas leyes en todo momento durante toda la asistencia. Esta reciprocidad no se especifica en el proyecto de artículo, ya que es inherente al principio más amplio del respeto del derecho interno. Los acuerdos internacionales vigentes corroboran la afirmación de que los actores que presten asistencia deben respetar el derecho interno. Por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN dispone en su artículo 13, párrafo 2, que "los integrantes de las operaciones de asistencia deberán respetar y acatar todas las leyes y otras normas nacionales". Otros acuerdos internacionales también exigen que los actores que presten

asistencia respeten el derecho interno[219] o actúen de acuerdo con la legislación del Estado afectado[220].

6) El deber de los actores que presten asistencia de respetar el derecho interno conlleva la obligación de exigir que los integrantes de la operación de socorro respeten la legislación y otras normas internas del Estado afectado[221], que el director de la operación de socorro adopte todas las medidas apropiadas para asegurar el respeto de la legislación y otras normas internas del Estado afectado[222] y que el personal que preste asistencia coopere con las autoridades nacionales[223]. La obligación de respetar el derecho interno y cooperar con las autoridades del Estado afectado concuerda con el principio fundamental de soberanía del Estado afectado y con el principio de cooperación.

7) El derecho a condicionar la asistencia es el reconocimiento de un derecho del Estado afectado a rechazar la asistencia no deseada o innecesaria y a determinar qué asistencia es apropiada y en qué momento. En la tercera oración del proyecto de artículo se explica cómo deben ser las condiciones establecidas por los Estados afectados, a saber, que deben "tener en cuenta" no solo las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre, sino también la calidad de la asistencia. No obstante, la expresión "tener en cuenta" no significa que las condiciones relativas a las necesidades identificadas y a la calidad de la asistencia sean las únicas que los Estados pueden establecer para la prestación de asistencia externa.

8) La Comisión incluyó el término "identificadas" para señalar que las necesidades deben ser evidentes en el momento de establecer las condiciones y que las necesidades pueden cambiar a medida que evoluciona la situación sobre el terreno y se dispone de más información. Esto significa que las condiciones no deben ser arbitrarias, sino que deben tener por objeto proteger a los afectados por un desastre. La utilización de la palabra "identificadas" indica que debe haber algún proceso por el que se pongan de manifiesto las necesidades, que puede revestir la forma de una evaluación de las necesidades, preferentemente también en consulta con los actores que presten asistencia. Sin embargo, el procedimiento para identificar las necesidades no está predeterminado y el Estado afectado puede utilizar el que más le convenga. Se trata de un requisito flexible que se puede satisfacer en función de las circunstancias del desastre y de las capacidades del Estado afectado. En ningún caso deben las necesidades identificadas impedir o demorar la prestación de asistencia pronta y efectiva. La disposición de la tercera oración tiene por objeto atender "las necesidades esenciales de las personas afectadas" en caso de desastre, como se señala en el proyecto de artículo 2, y debe considerarse que refuerza la protección

---

[219] Véanse, por ejemplo, la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, *OAS Official Records* (OEA/Ser.A/49 (SEPF), arts. VIII y XI, párr. d); y la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, art. 8, párr. 7.

[220] *Ibid*.; y el Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados Participantes en la Cooperación Económica del Mar Negro sobre Colaboración en Materia de Asistencia y Respuesta de Emergencia en Casos de Desastre Natural o Provocados por el Hombre (1998), arts. 5 y 9. Puede consultarse en www.bsec-organization.org/documents/LegalDocuments/agreementmous/agr4/Documents/Emergencyagreement%20071116.pdf (consultado el 4 de julio de 2016).

[221] Véase, por ejemplo, el Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 17 de marzo de 1992, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2105, núm. 36605, pág. 457, anexo X, párr. 1) ("El personal que intervenga en la operación de asistencia actuará de conformidad con la legislación pertinente de la Parte requirente").

[222] Véase, por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN, art. 13, párr. 2 ("El director de la operación de asistencia tomará todas las medidas apropiadas para velar por el cumplimiento de las leyes y otras normas nacionales").

[223] Véase, por ejemplo, MacAlister-Smith, *International Guidelines* (nota 71 *supra*), párr. 22 b) ("En todo momento durante las operaciones de asistencia humanitaria el personal que preste asistencia […] cooperará con la autoridad competente designada por el Estado receptor").

de los derechos y las necesidades de las personas afectadas por desastres. La referencia a las "necesidades" en ambos proyectos de artículo es lo suficientemente amplia como para abarcar las necesidades especiales de las mujeres, los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las personas y los grupos vulnerables o desfavorecidos.

9) La inclusión de la palabra "calidad" tiene por objeto asegurar que los Estados afectados tengan derecho a rechazar la asistencia que no sea necesaria o que pueda ser perjudicial. Las condiciones pueden incluir restricciones por razones de seguridad, nutrición e idoneidad cultural, entre otras.

10) El proyecto de artículo 14 incluye una referencia al "alcance y el tipo de la asistencia requerida", que está en consonancia con acuerdos internacionales anteriores que contienen una disposición similar[224]. Con el uso de las palabras "deberá indicar", el proyecto de artículo hace recaer sobre el Estado afectado la responsabilidad de especificar el tipo y el alcance de la asistencia buscada al establecer condiciones para la asistencia. Al mismo tiempo, esto implica que, una vez determinados, el alcance y el tipo de esa asistencia se comunicarán a los actores que puedan prestarla, lo que facilitaría las consultas. Con ello aumentará la eficiencia del proceso de asistencia y se asegurará la prestación oportuna de una asistencia adecuada a quienes la necesitan.

11) La Comisión estudió varias posibilidades a fin de determinar el verbo adecuado para modificar el término "condiciones". La decisión de la Comisión de utilizar dos palabras distintas, "establecer" y "formular", es una opción estilística que no implica diferenciación en el sentido de ambos usos.

Artículo 15
Facilitación de la asistencia externa

1. El Estado afectado tomará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para facilitar la prestación pronta y efectiva de asistencia externa, en particular en relación con:

a) el personal de socorro, en ámbitos como los privilegios e inmunidades, los requisitos de visados y entrada, los permisos de trabajo y la libertad de circulación; y

b) el equipo y los bienes, en ámbitos como la reglamentación aduanera y los aranceles, la fiscalidad, el transporte, así como su disposición ulterior.

2. El Estado afectado se asegurará de que su legislación y otras normas pertinentes sean fácilmente accesibles, a fin de facilitar el respeto del derecho nacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 se refiere a la facilitación de la asistencia externa, lo que incluye velar por que el derecho interno prevea la prestación de asistencia pronta y efectiva. A tal efecto, requiere además, en el párrafo 2, que el Estado afectado se asegure de que su legislación y otras normas pertinentes sean fácilmente accesibles para los actores que presten asistencia.

2) El proyecto de artículo establece que el Estado afectado "tomará las medidas necesarias" para facilitar la prestación pronta y efectiva de asistencia. La frase "tomará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno" puede referirse, entre otras, a

[224] Véase, por ejemplo, el art. 4, párr. 2, del Convenio de Tampere ("El Estado parte que solicite asistencia de telecomunicaciones especificará el alcance y el tipo de asistencia requerida").

medidas legislativas, ejecutivas o administrativas. También puede tratarse de medidas adoptadas en virtud de legislación de emergencia, así como de ajustes o exenciones temporales admisibles de la aplicabilidad de determinada legislación o norma nacional, según proceda. Asimismo, pueden ser medidas prácticas destinadas a facilitar la asistencia externa, siempre y cuando no estén prohibidas por el derecho nacional. Con esa formulación del proyecto de artículo, la Comisión alienta a los Estados a que permitan la no aplicabilidad temporal de la legislación nacional que pueda obstaculizar innecesariamente la asistencia en caso de desastre, así como la inclusión en su derecho interno de disposiciones apropiadas de facilitación a fin de no crear ninguna incertidumbre jurídica en el período crítico posterior a un desastre, cuando se hacen necesarias esas disposiciones de emergencia. Algunas medidas de facilitación también pueden seguir siendo necesarias incluso cuando ya no se necesite asistencia, a fin de garantizar que la retirada, el traspaso, la salida y/o la repatriación del personal de socorro o la reexportación del equipo y los bienes no utilizados una vez concluida la asistencia externa sean eficientes y apropiados. Esto se pone de relieve con el uso de la expresión "disposición ulterior" en el párrafo 1 b). Si bien el proyecto de artículo 15 se centra en el Estado afectado, la facilitación en beneficio de las personas afectadas por los desastres implica que un Estado de tránsito probablemente adopte las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para asegurar la prestación efectiva de asistencia externa.

3) En el proyecto de artículo se dan algunos ejemplos de ámbitos de asistencia en que el derecho interno debe posibilitar la adopción de medidas apropiadas. La utilización de las palabras "en particular" antes de los ejemplos indica que no se trata de una lista exhaustiva, sino de una ilustración de los diversos ámbitos que puede ser necesario abordar en el derecho interno para facilitar una asistencia pronta y efectiva. Puede encontrarse orientación sobre esas medidas en los instrumentos pertinentes, como las Directrices IDRL de 2007 y la Ley modelo de 2013 para la facilitación y la reglamentación de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial[225].

4) En el apartado a) se hace referencia a servicios para el personal de socorro. Los ámbitos mencionados en el apartado proporcionan orientación sobre la mejor forma de facilitar la tarea al personal. La concesión de privilegios e inmunidades a los actores que presten asistencia es una importante medida prevista en muchos acuerdos internacionales para alentar la ayuda de personal de asistencia extranjero[226]. Es preciso prever la exención o la expedición de visados y permisos de entrada y de trabajo para asegurar la pronta prestación de asistencia[227]. Si no se establece un régimen especial, los trabajadores pueden verse retenidos en las fronteras o imposibilitados para trabajar de forma legal durante los días críticos posteriores a un desastre, o bien obligados a salir y volver a entrar continuamente para no exceder el período de estancia previsto en sus visados. La libertad de circulación supone la capacidad de los trabajadores de moverse libremente por la zona afectada por el desastre a fin de desempeñar debidamente las funciones acordadas de

[225] Elaboradas por la FICR, la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios y la Unión Interparlamentaria, 2013.

[226] Véase, por ejemplo, el Convenio Marco, art. 4, párr. 5 ("El Estado Beneficiario concederá, en el marco de las legislaciones nacionales, todos los privilegios, inmunidades y servicios que hagan falta para prestar la asistencia").

[227] La Liga de Sociedades de la Cruz Roja lleva mucho tiempo señalando que "la obtención de visados para los delegados y equipos encargados de las operaciones de socorro en caso de desastre sigue siendo un largo procedimiento que a menudo retrasa el envío de esos delegados y equipos", lo cual provoca una demora en la prestación de asistencia vital que el Estado afectado tiene el deber de proporcionar. Resolución 13 aprobada por el Consejo de Gobernadores de la Liga de Sociedades de la Cruz Roja en su 33er período de sesiones, Ginebra, 28 de octubre a 1 de noviembre de 1975.

manera específica[228]. La restricción innecesaria de la circulación del personal de socorro inhibe la capacidad de los trabajadores de ofrecer una asistencia flexible.

5) En el apartado b) se hace referencia al equipo y los bienes definidos en el proyecto de artículo 3, apartado g), que incluyen los suministros, las herramientas, las máquinas, los animales especialmente entrenados, los alimentos, el agua potable, los suministros médicos, los medios de alojamiento, la ropa de vestir y de cama, los vehículos, los equipos de telecomunicaciones y los demás objetos para prestar asistencia para el socorro en caso de desastre. La Comisión pretende que esta categoría incluya también a los perros de búsqueda, que suelen considerarse como bienes y equipo, en lugar de crear una categoría separada para los animales. Los bienes y el equipo son esenciales para la facilitación de asistencia efectiva y las leyes nacionales deben ser flexibles para atender las necesidades de las personas afectadas por desastres y garantizar su pronto suministro. Es preciso prever la exención o relajación de la reglamentación aduanera y los aranceles, así como de la fiscalidad, a fin de reducir los costos y evitar que los bienes lleguen con retraso[229]. El equipo y los bienes que sufren retrasos pueden perder rápidamente su utilidad y los procedimientos ordinarios establecidos para proteger los intereses económicos de un Estado pueden convertirse en un obstáculo para unos equipos de ayuda que pueden salvar vidas o prestar el socorro necesario. Por consiguiente, los Estados pueden reducir o eliminar los requisitos de inspección en las fronteras, o establecer prioridades entre ellos, respecto del equipo y los bienes de los Estados u otros actores que presten asistencia. Las normas nacionales también pueden regular los derechos de sobrevuelo y aterrizaje, las herramientas, la reducción al mínimo de la documentación necesaria para la importación y el tránsito de bienes y equipo, y el reconocimiento temporal de los vehículos de matriculación extranjera. El apartado b) no contiene una lista exhaustiva de posibles medidas destinadas a facilitar la asistencia externa en relación con el equipo y los bienes. Por ejemplo, habida cuenta de la función esencial de las telecomunicaciones en las situaciones de emergencia, a menudo será necesario reducir o limitar las normas que restringen la utilización de equipo de telecomunicaciones o del espectro de radiofrecuencias, conforme a lo previsto en el Convenio de Tampere de 1998.

6) En el segundo párrafo del proyecto de artículo se exige que toda la legislación y otras normas pertinentes sean fácilmente accesibles para los actores que presten asistencia. Con las palabras “fácilmente accesibles” se exige que se facilite el acceso a esas leyes, incluida, cuando sea necesario, su traducción a otros idiomas, sin imponer al Estado afectado la carga de proporcionar esa información por separado a todos los actores que presten asistencia. Este párrafo también confirma la importancia de que los Estados promulguen normas internas sobre la facilitación de la asistencia externa antes de los desastres, como se prevé en el proyecto de artículo 9, párrafo 1.

Artículo 16
Protección del personal de socorro, el equipo y los bienes

El Estado afectado deberá adoptar las medidas apropiadas para asegurar la protección del personal de socorro y del equipo y los bienes que se encuentren en su territorio, o en un territorio bajo su jurisdicción o control, con el fin de proporcionar asistencia externa.

[228] Véase M. El Baradei y otros, *Model Rules for Disaster Relief Operations*, Policy and Efficacy Studies núm. 8 (Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.82.XV.PE/8), anexo A, norma 16, en que se establece que el Estado afectado permitirá que “el personal de socorro acceda libremente a las zonas afectadas por el desastre y circule libremente por ellas, según resulte necesario para el desempeño de sus funciones acordadas específicamente”.

[229] Esto se pone de relieve en diversos tratados internacionales. Véanse, por ejemplo, el Convenio de Tampere, art. 9, párr. 4; y el Acuerdo de la ASEAN, art. 14, párr. b.

Comentario

1) El proyecto de artículo 16 establece la obligación del Estado afectado de adoptar las medidas que serían apropiadas, dadas las circunstancias, para asegurar la protección del personal de socorro y del equipo y los bienes destinados a la prestación de asistencia externa. Teniendo en cuenta las situaciones, a menudo caóticas, que suelen provocar los desastres, las consideraciones de seguridad en relación con esas personas y objetos podrían obstaculizar la realización de actividades para apoyar a las víctimas y, por tanto, reducir la probabilidad de que sus necesidades fundamentales sean debidamente atendidas.

2) Así pues, este proyecto de artículo complementa el proyecto de artículo 15 al establecer un conjunto coherente de obligaciones con arreglo a las cuales se espera que el Estado afectado realice una serie de actividades necesarias para garantizar a los Estados y otros actores que presten asistencia la posibilidad de proporcionar una asistencia eficaz y rápida. No obstante, el enfoque y el planteamiento de ambas disposiciones difieren en cierto modo. El proyecto de artículo 15 pone de relieve la necesidad de que el Estado afectado establezca un ordenamiento jurídico interno que permita facilitar la asistencia externa, principalmente mediante la adopción de una serie de medidas legislativas y otras normas. Por otra parte, la cuestión de la protección del personal de socorro y de su equipo y sus bienes se ha abordado tradicionalmente —y por razones normativas de peso en razón de su naturaleza y del tipo de medidas que han de adoptarse— como una cuestión específica que merece su propio tratamiento por separado, como se hace en el presente proyecto de artículo.

3) Las medidas que debe adoptar el Estado afectado pueden variar en su contenido e implicar diferentes formas de comportamiento de los Estados debido a la influencia del contexto en la naturaleza de la obligación de que se trate. En particular, la flexibilidad inherente al concepto de “medidas apropiadas” sugiere que el Estado afectado puede asumir diferentes obligaciones en función de los actores implicados en potenciales amenazas al personal de socorro, el equipo y los bienes.

4) Un requisito preliminar para el Estado afectado es evitar que la actuación de sus órganos repercuta negativamente en las actividades de socorro. En este caso, el deber impuesto al Estado afectado es no causar daños al personal, el equipo y los bienes utilizados para la prestación de asistencia externa mediante actos realizados por sus órganos.

5) En segundo lugar, el proyecto de artículo 16 contempla la adopción de una serie de medidas para evitar que actores no estatales lleven a cabo actividades perjudiciales, por ejemplo con objeto de aprovecharse de las inestables condiciones de seguridad que pueden provocar los desastres para enriquecerse ilícitamente con actividades delictivas dirigidas contra el personal de socorro, el equipo y los bienes utilizados en caso de desastre. No se espera que el Estado afectado logre evitar, cualesquiera que sean las circunstancias, la comisión de actos perjudiciales, sino que se esfuerce por lograr el objetivo buscado por la obligación de que se trate. En particular, las palabras “medidas apropiadas” dejan al Estado afectado un margen de discrecionalidad para decidir las medidas que ha de adoptar a este respecto. Se exige que el Estado actúe de manera diligente para tratar de evitar los sucesos perjudiciales que puedan provocar agentes no estatales. Las medidas que adopten los Estados para hacer todo lo que esté en su mano por lograr el objetivo previsto dependen del contexto. Por consiguiente, en el proyecto de artículo 16 no se enumeran los medios para lograr el resultado perseguido, ya que esta obligación puede adoptar un carácter dinámico según la evolución de la situación.

6) Diversas circunstancias podrían ser pertinentes para evaluar la idoneidad de las medidas que se adopten en una situación de desastre en cumplimiento de esta obligación. Entre ellas cabe citar las dificultades con que pueda encontrarse un Estado al tratar de

desempeñar sus actividades ordinarias debido a la caótica situación creada por la magnitud del desastre y el deterioro de su situación económica, y el nivel de los recursos a disposición del Estado en cuestión, que podrían haberse visto gravemente afectados por el desastre, así como su capacidad para controlar algunas zonas afectadas por el desastre. Lo mismo se aplica a las condiciones de seguridad de la zona de operaciones de que se trate y la actitud y el comportamiento de los actores humanitarios que participen en las operaciones de socorro. De hecho, incluso si se exige a los actores externos que consulten y cooperen con el Estado afectado sobre las cuestiones de protección y seguridad, estos podrían ignorar la función rectora atribuida a las autoridades locales, con el consiguiente aumento del riesgo para su seguridad. Además, si se cometen actos perjudiciales contra el personal de socorro, el equipo y los bienes, el Estado afectado los afrontará ejerciendo su competencia inherente para reprimir los delitos cometidos en la zona en que se produzca un desastre.

7) Los actores humanitarios internacionales pueden contribuir también al logro del objetivo buscado adoptando, en la planificación y ejecución de sus operaciones, una serie de medidas de mitigación con miras a reducir su vulnerabilidad frente a amenazas de seguridad. Esto puede lograrse, por ejemplo, mediante la elaboración de códigos de conducta adecuados, la organización de actividades de capacitación y la facilitación de información apropiada sobre las condiciones en que su personal ha de actuar y las normas de conducta que ha de cumplir. En todo caso, la adopción de esas medidas de mitigación no debe interferir con la toma de medidas autónomas por el Estado afectado.

8) Al mismo tiempo, hay que hacer hincapié en que los riesgos de seguridad deben evaluarse teniendo presente el carácter de las misiones de socorro y la necesidad de garantizar a las víctimas una respuesta adecuada y efectiva al desastre. El proyecto de artículo 16 no debe malinterpretarse en el sentido de que impone obstáculos excesivos y desproporcionados a las actividades de socorro. Como ya se ha destacado con respecto al proyecto de artículo 15, las medidas que, por consideraciones de seguridad, pueden adoptarse para restringir la circulación del personal de socorro no deben inhibir innecesariamente la capacidad de esos actores para prestar asistencia a las víctimas de desastres.

9) Del mismo modo, la posibilidad de recurrir a escoltas armadas en las operaciones de socorro en caso de desastre para disipar las preocupaciones en materia de seguridad debe evaluarse estrictamente de acuerdo con las mejores prácticas desarrolladas en esta esfera por los principales actores humanitarios. Merecen especial atención las Directrices no vinculantes del Comité Permanente entre Organismos sobre la Utilización de Escoltas Armadas para los Convoyes Humanitarios[230], de 2013, que tienen por objeto ayudar a los actores competentes a evaluar de manera adecuada la toma de esas decisiones tan delicadas. Como se explica en el documento, por regla general los convoyes humanitarios no utilizarán escoltas armadas, a menos que se den circunstancias excepcionales que hagan necesario su empleo. Para acogerse a la excepción, los actores pertinentes deben considerar las consecuencias de la utilización de escoltas armadas y sus posibles alternativas, teniendo especialmente en cuenta que las preocupaciones en materia de seguridad imperantes en las situaciones de desastre pueden ser mucho menos graves que las que se plantean en otros casos.

10) El proyecto de artículo 16 prevé la protección del “personal de socorro y del equipo y los bienes”, es decir, las personas y objetos pertinentes calificados como tales en el proyecto de artículo 3, apartados f) y g), que participan en la prestación de asistencia externa. Como se destaca en otras disposiciones del actual proyecto de artículos, principalmente en los proyectos de artículo 10 y 13, la asistencia externa está supeditada al

[230] Aprobadas por el Comité Permanente entre Organismos el 27 de febrero de 2013.

consentimiento del Estado afectado, que ejerce el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de esas actividades. Por tanto, una vez que el Estado afectado ha solicitado asistencia o ha aceptado los ofrecimientos de asistencia de otros Estados, procurará garantizar la protección prevista en el proyecto de artículo 16.

11) Este enfoque amplio es pertinente para el adecuado cumplimiento de la obligación establecida en el proyecto de artículo 16. Son las autoridades nacionales las que están en las mejores condiciones de garantizar un marco de seguridad adecuado para llevar a cabo las actividades de socorro. En particular, deben evaluar los riesgos de seguridad que podría correr el personal de socorro internacional, cooperar con él para hacer frente a los problemas de seguridad y coordinar las actividades de los actores extranjeros, teniendo en cuenta esos problemas.

12) De conformidad con el proyecto de artículo 3, apartado f), el personal de socorro que podría beneficiarse del proyecto de artículo 16 puede ser el personal civil o militar enviado, según sea el caso, por un Estado u otro actor que preste asistencia, a saber, una organización intergubernamental competente, o una organización no gubernamental o entidad pertinente, que preste asistencia a un Estado afectado con el consentimiento de este último. Por tanto, todas estas categorías son pertinentes en lo que se refiere a la aplicación del proyecto de artículo 16. La referencia a la "asistencia externa" refleja la posición, que también se afirma en el comentario del proyecto de artículo 14[231], de que los artículos solo regulan las actividades de actores que son externos respecto del Estado afectado.

13) El equipo y los bienes definidos en el proyecto de artículo 3, apartado g), relacionados con las actividades del personal de socorro, también se benefician de la aplicación del proyecto de artículo 16. Con independencia de su origen, al estar a disposición de los Estados o de los otros actores que presten asistencia, el equipo y los bienes quedarán comprendidos en el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 16. Esos objetos también podrían adquirirse directamente en el mercado interno del Estado afectado. La fórmula "que se encuentren en su territorio, o en un territorio bajo su jurisdicción o control" tiene por objeto aclarar este aspecto.

Artículo 17
Terminación de la asistencia externa

El Estado afectado, el Estado que presta asistencia, las Naciones Unidas u otro actor que preste asistencia podrán terminar la prestación de asistencia externa en cualquier momento. El Estado o actor que se proponga la terminación deberá notificarlo oportunamente. El Estado afectado y, cuando proceda, el Estado que preste asistencia, las Naciones Unidas u otro actor que preste asistencia deberán celebrar consultas sobre la terminación de la asistencia externa y sus modalidades.

Comentario

1) El proyecto de artículo 17 se refiere a la cuestión de la terminación de la asistencia externa. La disposición consta de tres oraciones. En la primera oración se confirma el derecho básico de los actores interesados, a saber, el Estado afectado, el Estado que preste asistencia, las Naciones Unidas u otro actor que preste asistencia, a terminar la asistencia externa en cualquier momento. La segunda oración establece el requisito de que las partes que se propongan la terminación de la asistencia lo notifiquen oportunamente. En la tercera oración se hace referencia al requisito de que el Estado afectado y, cuando proceda, el Estado que preste asistencia, las Naciones Unidas u otro actor que preste asistencia celebren consultas sobre la terminación de la asistencia externa y sus modalidades. Se entiende que

[231] Véase, *supra*, el párr. 2) del comentario del proyecto de art. 14.

la referencia a la terminación de la asistencia incluye la terminación tanto total como parcial. El proyecto de artículo 17 también contiene una referencia expresa a las Naciones Unidas entre los potenciales actores que presten asistencia debido a su papel central en la prestación de asistencia para el socorro.

2) Cuando un Estado afectado acepta un ofrecimiento de asistencia, mantiene el control sobre la duración de dicha asistencia. En el proyecto de artículo 10, párrafo 2, se reconoce de manera explícita que el Estado afectado tiene el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la asistencia para el socorro en caso de desastre en su territorio. En el proyecto de artículo 13, por su parte, se exige el consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa, con la aclaración de que el consentimiento no se denegará arbitrariamente. De ambas disposiciones se desprende que el Estado afectado puede retirar su consentimiento y poner así fin a la asistencia externa.

3) El proyecto de artículo 17 no reconoce únicamente al Estado afectado el derecho a terminar la asistencia de manera unilateral. A este respecto, la Comisión reconoce que los propios Estados que presten asistencia, las Naciones Unidas y otros actores que presten asistencia pueden necesitar poner fin a sus actividades de asistencia. Así pues, el proyecto de artículo 17 preserva el derecho de cualquiera de las partes a terminar la asistencia que se preste.

4) El proyecto de artículo 17 debe interpretarse a la luz del objeto del proyecto de artículos, que se indica en el proyecto de artículo 2. Así, las decisiones relativas a la terminación de la asistencia deben tomarse teniendo en cuenta las necesidades de las personas afectadas por el desastre, es decir, si esas necesidades han sido atendidas y en qué medida, de manera que la terminación de la asistencia externa no perjudique a las personas afectadas por un desastre, ya que una decisión prematura de poner fin a la asistencia podría ser un revés para la recuperación.

5) La Comisión prevé que puede ser necesario poner fin a las operaciones por múltiples razones y en diferentes fases de la prestación de asistencia. Las operaciones de socorro pueden llegar a un estadio en que el Estado afectado o uno o más actores que presten asistencia crean que deben ponerles fin. Entre las circunstancias que pueden dar lugar a la terminación, cabe citar los casos en que los recursos de un Estado u otros actores que presten asistencia se hayan agotado o en que se produzca otro desastre que haga necesario desviar los recursos. Del mismo modo, los Estados afectados deben poder terminar la asistencia que ya no resulte pertinente o se haya apartado de los ofrecimientos iniciales. El proyecto de artículo 17 es flexible y permite que la duración de la asistencia se ajuste en función de las circunstancias, si bien dejando implícito que las partes deben consultarse de buena fe. Este proyecto está redactado en términos bilaterales, pero no excluye la posibilidad de que sean varios los actores que presten asistencia externa.

6) En el artículo 9, párrafo 2, del proyecto de artículos de la Comisión sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y el proyecto de protocolos de firma facultativa relativos al mismo, de 1989[232], se afirma que "[e]l correo diplomático no podrá ser designado entre personas que tengan la nacionalidad del Estado receptor excepto con el consentimiento de ese Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento". Según el comentario correspondiente, "[l]as palabras 'en cualquier momento' no tienen por objeto legitimar ninguna retirada arbitraria del consentimiento"[233].

7) En la segunda oración se establece el requisito de que la parte que se proponga la terminación de la asistencia externa lo notifique. La notificación oportuna es necesaria para

[232] *Anuario…, 1989*, vol. II (segunda parte), párr. 72.
[233] *Ibid.*, párr. 4) del comentario del proyecto de art. 9.

garantizar un cierto grado de estabilidad de la situación, de manera que ninguna parte se vea perjudicada por una terminación brusca de la asistencia. La disposición se ha redactado de modo flexible para prever la notificación antes o después del proceso de consulta o durante este. No se imponen limitaciones de procedimiento al proceso de notificación. No obstante, la notificación debe tener lugar "oportunamente" según las circunstancias, incluidas la forma y el momento, preferentemente temprano, de la notificación.

8) El requisito de celebrar consultas incluido en la tercera oración refleja, como se destaca en el preámbulo, el espíritu de solidaridad y cooperación implícito en todo el proyecto de artículos y el principio de cooperación consagrado en los proyectos de artículo 7 y 8. La palabra "modalidades" se refiere a los procedimientos que deben seguirse para terminar la asistencia. Si bien no siempre es posible que la terminación sea de mutuo acuerdo, la celebración de consultas sobre las modalidades permitiría a las partes de que se trate facilitar una terminación amistosa y eficiente. La referencia a la expresión "cuando proceda" aclara que quienes celebran las consultas previas son, de un lado, el Estado afectado y, del otro, cualquier otro actor (ya sea un Estado que presta asistencia, las Naciones Unidas u otro actor que preste asistencia) que proporcione la asistencia.

Artículo 18
Relación con otras normas de derecho internacional

1. El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables.

2. El presente proyecto de artículos no será de aplicación en la medida en que la respuesta en caso de desastre se rija por las normas del derecho internacional humanitario.

Comentario

1) El proyecto del artículo 18 se refiere a la relación entre el proyecto de artículos y otras normas de derecho internacional. Trata de aclarar la interacción entre el proyecto de artículos y determinadas normas de derecho internacional que, bien se ocupan del mismo tema que el proyecto de artículos, bien no se refieren directamente a los desastres pero serían de aplicación en situaciones contempladas en el proyecto de artículos.

2) La referencia a "otras normas" en el título tiene por objeto salvaguardar la continuidad en la aplicación de las obligaciones existentes en relación con las cuestiones reguladas por el presente proyecto de artículos. La expresión "otras normas de derecho internacional aplicables", en el párrafo 1, es deliberadamente flexible, sin calificar esas otras normas de "especiales" en relación con el proyecto de artículos, ya que pueden o no serlo en función de su contenido.

3) El párrafo 1 pretende abarcar diferentes formas de "otras normas de derecho internacional aplicables". En particular, pueden ser tanto normas más detalladas consagradas en tratados cuyo alcance está comprendido *ratione materiae* en el del presente proyecto de artículos (por ejemplo, tratados regionales o bilaterales sobre asistencia mutua en caso de desastre), como las incluidas en tratados que se ocupan de otro tema pero contienen normas específicas sobre situaciones de desastre[234].

4) Este proyecto de artículo también se ocupa, en el párrafo 1, de la interacción entre el presente proyecto de artículos y las normas de derecho internacional que, si bien no se refieren directamente a los desastres, pueden ser aplicadas en caso de desastre. Ejemplos de

[234] Véase, por ejemplo, secc. 5, art. F, del anexo del Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional de 1965 (modificado en 1978), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1110, núm. 8564, págs. 318 y ss., en especial pág. 320.

ello serían las disposiciones sobre el derecho de los tratados, en particular las relativas a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y el cambio fundamental de las circunstancias, así como las normas sobre la responsabilidad de los Estados y las organizaciones internacionales y la responsabilidad de las personas. La disposición confirma que esa categoría de normas no queda desplazada por el presente proyecto de artículos.

5) La cláusula "sin perjuicio" que figura en el proyecto de artículo 18 también se aplica a las normas de derecho internacional consuetudinario. De hecho, el proyecto de artículos no aborda todas las cuestiones que pueden ser pertinentes en caso de desastre. Tampoco pretende impedir el desarrollo ulterior de normas de derecho internacional consuetudinario en la materia. Como tal, el proyecto de artículo se inspira en el párrafo del preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[235], que dispone que "las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención".

6) Asimismo, es preciso tener en cuenta que el derecho de los tratados también puede contener normas de aplicación general no referidas directamente a los desastres. Por consiguiente, la Comisión consideró que la fórmula "otras normas de derecho internacional aplicables" era la más apropiada para indicar todas las normas de derecho internacional que podían interactuar con el proyecto de artículos, ya que expresaba la idea de que la cláusula "sin perjuicio" recogida en el proyecto de artículo 18 es de aplicación a todas las categorías de normas de derecho internacional.

7) El párrafo 2 se ocupa de manera específica de la relación entre el proyecto de artículos y el derecho internacional humanitario. Esta disposición está formulada con la intención de aclarar la relación, dando precedencia a las normas del derecho internacional humanitario.

8) La Comisión consideró la posibilidad de incluir la exclusión explícita de la aplicabilidad del proyecto de artículos en situaciones de conflicto armado como un elemento más de la definición de "desastre" (proyecto de artículo 3, apartado a)), a fin de evitar toda interpretación en el sentido de que el conflicto armado quedaría incluido en el ámbito de aplicación siempre y cuando se cumplieran los criterios que determinan el umbral recogidos en el proyecto de artículo 3. Este planteamiento no se adoptó porque una exclusión categórica podría ser contraproducente, en particular en situaciones de "emergencias complejas", cuando sobreviene un desastre en una zona en la que hay un conflicto armado. La exclusión categórica de la aplicación del proyecto de artículos por la coincidencia del desastre con un conflicto armado iría en detrimento de la protección de las personas afectadas por el desastre, especialmente cuando este sea anterior al conflicto armado[236].

9) En tales situaciones, las normas del derecho internacional humanitario deben aplicarse como *lex specialis*, mientras que las disposiciones contenidas en el presente proyecto de artículos seguirían siendo aplicables "en la medida" en que las cuestiones jurídicas que se planteen a raíz de un desastre no queden abarcadas por las normas del derecho internacional humanitario. Así, el presente proyecto de artículos contribuiría a llenar las lagunas jurídicas en la protección de las personas afectadas por desastres ocurridos durante un conflicto armado mientras que el derecho internacional humanitario prevalecerá en las situaciones que se rijan tanto por el proyecto de artículos como por el derecho internacional humanitario. En particular, no debe interpretarse que el presente proyecto de artículos representa un obstáculo para la capacidad de las organizaciones humanitarias de llevar a cabo, en tiempos de conflicto armado (ya sea internacional o no

[235] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
[236] Véase *supra* el párr. 10) del comentario del proyecto de art. 3, apartado a).

internacional), incluso si coincide con un desastre, sus actividades humanitarias de conformidad con el mandato que les haya sido encomendado por el derecho internacional humanitario.

Capítulo V
Identificación del derecho internacional consuetudinario

A. Introducción

50. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario" y nombró Relator Especial a Sir Michael Wood[237]. En el mismo período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial (A/CN.4/653)[238]. También en ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podían ser de particular interés para este tema[239].

51. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/663), así como el memorando de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/659)[240]. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió cambiar el título del tema a "Identificación del derecho internacional consuetudinario".

52. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/672)[241] y decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 11 tal y como figuraban en el segundo informe del Relator Especial. La Comisión examinó posteriormente el informe provisional del Comité de Redacción sobre la "Identificación del derecho internacional consuetudinario", que contenía los ocho proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 66º período de sesiones.

53. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/682) y decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión que figuraban en dicho informe. Posteriormente la Comisión tomó nota de los proyectos de conclusión 1 a 16 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 66º y 67º (A/CN.4/L.869)[242]. La Comisión también pidió a la Secretaría que preparase un memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario[243].

---

[237] En su 3132ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 157). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio 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 (2011), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10)).

[238] *Ibid., sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párrs. 157 a 202.

[239] *Ibid*., párr. 159.

[240] *Ibid., sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 64.

[241] *Ibid., sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párr. 135.

[242] *Ibid., septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 60.

[243] *Ibid*., párr. 61.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

54. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/695) y una adición a dicho informe (A/CN.4/695/Add.1) con una bibliografía sobre el tema. El cuarto informe examinaba las sugerencias de los Estados y otros actores sobre el proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente y contenía propuestas de modificación de varios proyectos de conclusión a la luz de las observaciones recibidas. También se ocupaba de los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, recordando los antecedentes de la labor previa de la Comisión en la materia como base para que esta continúe con el examen en el contexto del tema. Asimismo, la Comisión tuvo ante sí un memorando de la Secretaría sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/691).

55. En sus sesiones 3301ª a 3303ª, celebradas del 19 al 24 de mayo de 2016, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial, así como el memorando de la Secretaría. En su 3303ª sesión, el 24 de mayo de 2016, la Comisión remitió al Comité de Redacción las modificaciones propuestas a los proyectos de conclusión que figuraban en el cuarto informe del Relator Especial[244].

56. En su 3303ª sesión, el 24 de mayo de 2016, la Comisión también pidió a la Secretaría que preparase un memorando sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, que analizara la situación actual de la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario y sugiriera mejoras.

57. En su 3309ª sesión, el 2 de junio de 2016, la Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de conclusión 1 a 16 (A/CN.4/L.872). Así, aprobó un conjunto de 16 proyectos de conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario en primera lectura (véase la sección C.1 *infra*).

58. En su 3291ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 2016, la Comisión decidió constituir un grupo de trabajo de composición abierta, presidido por el Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, para que prestara asistencia al Relator Especial en la preparación del proyecto de comentarios al proyecto de conclusiones que debía aprobar la Comisión. El grupo de trabajo celebró cinco reuniones entre los días 3 y 11 de mayo de 2016.

59. En sus sesiones 3338ª a 3340ª, celebradas los días 5 y 8 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (véase la sección C.2 *infra*).

60. En su 3340ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2016, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, transmitir, por conducto del Secretario General, el proyecto de conclusiones (sección C *infra*) a los Gobiernos para que formulasen comentarios y observaciones, con la petición de que remitieran dichos comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de enero de 2018.

61. En su 3340ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2016, la Comisión expresó su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sir Michael Wood, por su excelente

[244] Véase el cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/695), anexo (Modificaciones propuestas al proyecto de conclusión 3 (Valoración de la prueba respecto a los dos elementos), al proyecto de conclusión 4 (Requisito de la prueba), al proyecto de conclusión 6 (Formas de práctica), al proyecto de conclusión 9 (Requisito de la aceptación como derecho *(opinio iuris)*) y al proyecto de conclusión 12 (Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales)).

contribución, que había permitido a la Comisión llevar a buen término la primera lectura del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

C. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobado por la Comisión

1. Texto del proyecto de conclusiones

62. A continuación figura el texto del proyecto de conclusiones aprobado por la Comisión en primera lectura.

Identificación del derecho internacional consuetudinario

Primera parte
Introducción

Conclusión 1
Alcance

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

Segunda parte
Enfoque básico

Conclusión 2
Dos elementos constitutivos

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

Conclusión 3
Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

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

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

Tercera parte
Una práctica general

Conclusión 4
Requisito de la práctica

1. El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, significa que es principalmente la práctica de

los Estados la que contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario.

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

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

Conclusión 5
Comportamiento del Estado como práctica del Estado

La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole.

Conclusión 6
Formas de práctica

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

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

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

Conclusión 7
Valoración de la práctica de un Estado

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

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

Conclusión 8
La práctica ha de ser general

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

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

Cuarta parte
Aceptada como derecho *(opinio iuris)*

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusión 11
Tratados

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

a) ha codificado una norma de derecho internacional consuetudinario existente en el momento en que se celebró el tratado;

b) ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado; o

c) ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho *(opinio iuris)*, generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.

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

Conclusión 12
Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

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

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

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

Conclusión 13
Decisiones de cortes y tribunales

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

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

Conclusión 14
Doctrina

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

Sexta parte
Objetor persistente

Conclusión 15
Objetor persistente

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

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

Séptima parte
Derecho internacional consuetudinario particular

Conclusión 16
Derecho internacional consuetudinario particular

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

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

2. Texto del proyecto de conclusiones con los comentarios correspondientes

63. A continuación se reproduce el texto del proyecto de conclusiones con los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en primera lectura en su 68º período de sesiones particular.

Identificación del derecho internacional consuetudinario

Comentario general

1) El presente proyecto de conclusiones se refiere a la metodología para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario[245]. Trata de ofrecer orientaciones prácticas sobre la forma de determinar la existencia (o no) de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido. Esta cuestión no solo interesa a los especialistas en derecho internacional público; otros, como quienes trabajan en cortes y tribunales nacionales, se encuentran cada vez más ante la necesidad de aplicar el derecho internacional consuetudinario o de ofrecer asesoramiento al respecto. Ello requiere un minucioso proceso estructurado de análisis y evaluación jurídicos para asegurar la debida identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario promoviendo así la credibilidad de una determinación particular.

2) El derecho internacional consuetudinario sigue siendo una importante fuente del derecho internacional público[246]. En el sistema jurídico internacional, ese derecho no

[245] Como siempre con los trabajos de la Comisión, el proyecto de conclusiones debe leerse conjuntamente con los comentarios.

[246] Algunos importantes ámbitos del derecho internacional todavía se rigen esencialmente por el derecho internacional consuetudinario, ya que los tratados aplicables son escasos o inexistentes. Incluso cuando hay un tratado en vigor, las normas de derecho internacional consuetudinario continúan rigiendo las cuestiones no reguladas en el tratado y se siguen aplicando en las relaciones con quienes no son parte en él y entre estos. Además, los tratados pueden remitir a normas de derecho internacional consuetudinario, y esas normas pueden tenerse en cuenta para la interpretación de un tratado de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331 (en adelante, "la Convención de Viena de 1969")). A veces puede ser necesario, además, determinar el derecho aplicable en el momento en que se produjeron ciertos actos ("el derecho intertemporal"), que puede ser el derecho internacional consuetudinario incluso si ya hay un tratado en vigor. Una norma de derecho internacional consuetudinario puede seguir existiendo y siendo aplicable, al margen de un tratado, incluso cuando ambos tienen el mismo contenido e incluso entre las partes en el tratado (véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo del asunto, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 93 a 96, párrs. 174 a 179; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo de la Corte Internacional de Justicia, 3 de febrero de 2015, párr. 88).

escrito, derivado de la práctica aceptada como derecho, puede ser un medio eficaz para que los sujetos de derecho internacional regulen su comportamiento y, de hecho, a menudo es invocado por los Estados y otras entidades. El derecho internacional consuetudinario es, además, una de las fuentes del derecho internacional enumeradas en el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que, en su apartado b), menciona "la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho"[247]. Ese enunciado refleja los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario: la práctica general y su aceptación como derecho (también llamada *opinio iuris*).

3) La identificación del derecho internacional consuetudinario es una cuestión sobre la que hay gran cantidad de material, incluidas jurisprudencia y doctrina[248]. El proyecto de conclusiones refleja el enfoque adoptado por los Estados, así como por los tribunales y cortes internacionales y en las organizaciones internacionales. Reconociendo que el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario no siempre se presta a formulaciones exactas, trata de ofrecer una orientación clara sin ser excesivamente prescriptivo.

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

Primera parte
Introducción

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

Conclusión 1
Alcance

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 1 es de carácter introductorio. Dispone que el proyecto de conclusiones trata de la manera en que han de identificarse las normas de derecho

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

[248] En el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/695/Add.1), anexo II, puede encontrarse bibliografía sobre el derecho internacional consuetudinario, en particular secciones sobre cuestiones abarcadas por algunos de los proyectos de conclusión, así como secciones en que se aborda el funcionamiento del derecho internacional consuetudinario en diversos ámbitos.

internacional consuetudinario, es decir, de la metodología jurídica para llevar a cabo tal ejercicio.

2) La expresión "derecho internacional consuetudinario" se utiliza en todos los proyectos de conclusión por ser de uso común y la que refleja más claramente la naturaleza de esta fuente del derecho internacional. A veces hay instrumentos jurídicos (como constituciones), jurisprudencia y doctrina que contienen otras expresiones como "costumbre", "costumbre internacional" y "derecho consuetudinario internacional", así como "derecho de gentes" y "derecho internacional general"[249]. La referencia a las "normas" de derecho internacional consuetudinario incluye normas que a veces se denominan "principios" (de derecho) por tener un carácter más general y fundamental[250].

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

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

5) Hay otras cuestiones que no se tratan en los proyectos de conclusión. En primer lugar, estos no abordan el contenido del derecho internacional consuetudinario; se ocupan únicamente de la cuestión metodológica de la manera en que han de identificarse las

[249] Algunas de estas expresiones pueden utilizarse en otros sentidos; en particular, el "derecho internacional general" se utiliza de diversas formas (que no siempre se especifican claramente), entre otras para referirse a las normas de derecho internacional de aplicación general, ya se trate de derecho de los tratados, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho. Véase un análisis judicial de la expresión "derecho internacional general" en *Certains Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo de la Corte Internacional de Justicia (16 de diciembre de 2015), opinión separada de la Magistrada Donoghue (párr. 2), opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard (párrs. 12 a 17).

[250] Véase *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 246 y ss., en especial págs. 288 a 290, párr. 79 ("la asociación de los términos 'normas' y 'principios' no es más que el uso de una expresión dual para trasmitir una misma y única idea, ya que en este contexto [de definir el derecho internacional aplicable] el término 'principios' designa claramente principios del derecho, de manera que comprende también las normas de derecho internacional, en cuyo caso puede justificarse el uso del término 'principios' debido a su carácter más general y más fundamental"); *The Case of the S.S. "Lotus", P.C.I.J., Serie A*, núm. 10 (1927), pág. 16 ("la Corte considera que las palabras 'principios del derecho internacional' empleadas habitualmente solo pueden equipararse al derecho internacional que se aplica entre todas las naciones pertenecientes a la comunidad de Estados").

normas de derecho internacional consuetudinario[251]. En segundo lugar, no intentan explicar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional; los proyectos de conclusión solo abordan esta cuestión en la medida en que es necesario para explicar la manera en que han de identificarse las normas de derecho internacional consuetudinario, por ejemplo la pertinencia de los tratados para tal fin. En tercer lugar, los proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de la jerarquía entre las normas de derecho internacional, en particular en el caso de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, o de las cuestiones relativas a la naturaleza *erga omnes* de determinadas obligaciones. Por último, los proyectos de conclusión no se ocupan de la posición del derecho internacional consuetudinario en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Segunda parte
Enfoque básico

La segunda parte enuncia el enfoque básico de la identificación del derecho internacional consuetudinario. Consta de dos proyectos de conclusión y especifica que la determinación de una norma de derecho internacional consuetudinario exige establecer la existencia de los dos elementos constitutivos: una práctica general y la aceptación de esa práctica como derecho *(opinio iuris)*. Ello requiere un análisis detallado de la prueba respecto de cada elemento.

Conclusión 2
Dos elementos constitutivos

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 establece el enfoque básico, según el cual la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere que se investiguen dos cuestiones distintas, aunque conexas: si hay una práctica general y si esa práctica general es aceptada como derecho (es decir, va acompañada de la *opinio iuris*[252]). En otras palabras, es preciso examinar lo que los Estados hacen realmente y tratar de entender si reconocen una obligación o un derecho de actuar de ese modo. Esta metodología, el enfoque "basado en dos elementos", fundamenta los proyectos de conclusión y cuenta con un amplio apoyo de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina. Sirve para garantizar que el ejercicio de identificación de normas de derecho internacional consuetudinario solo dé lugar a la determinación de normas que existen realmente[253].

[251] A este respecto, es importante señalar que en los presentes comentarios se hace referencia a determinadas resoluciones de tribunales y cortes para ilustrar la metodología, no por el contenido de las resoluciones.

[252] Se ha mantenido la expresión latina junto con "aceptación como derecho" no solo por su prevalencia en el discurso jurídico, incluido el uso de términos sinónimos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, sino también porque puede captar mejor la naturaleza particular de este elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario como referencia a la convicción jurídica y no al consentimiento formal.

[253] No basta con que las partes en una causa coincidan en cuanto a la existencia y el contenido de lo que consideran una norma de derecho internacional consuetudinario; es necesario cerciorarse de que efectivamente existe una práctica general que es aceptada como derecho: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 246 *supra*), págs. 97 y 98, párr. 184.

2) Una práctica general y la aceptación de esa práctica como derecho *(opinio iuris)* son los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario y juntos son condiciones esenciales para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, la identificación de una norma de ese tipo entraña un examen minucioso de las pruebas disponibles para establecer su presencia en un caso determinado. Esto se ha visto confirmado, entre otras cosas, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que señala que "deben cumplirse dos condiciones"[254] y ha afirmado reiteradamente que "la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de "una práctica establecida" junto con la *opinio iuris*"[255]. Así pues, para determinar si una reclamación relativa a la existencia y/o el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario está bien fundada es preciso buscar una práctica que haya adquirido tal aceptación entre los Estados que pueda considerarse la expresión de un derecho o una obligación jurídica (es decir, que se exige, permite o prohíbe en derecho)[256]. El criterio a seguir ha de ser siempre: ¿existe una práctica general aceptada como derecho?

3) Cuando no pueda establecerse la existencia de una práctica general aceptada como derecho, se concluirá que la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no existe. Por ejemplo, en la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia c. Perú)*, la Corte Internacional de Justicia consideró que los hechos relativos a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (particular) ponían de manifiesto:

> "demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio de asilo diplomático y en las opiniones oficiales expresadas en diversas ocasiones; ha habido demasiada falta de coherencia en la rápida sucesión de convenciones sobre asilo, ratificadas por algunos Estados y rechazadas por otros, y la práctica se ha visto demasiado influida por consideraciones de conveniencia política en los distintos casos para que sea posible discernir en ellos un uso constante y uniforme, aceptado como derecho, en lo que respecta a la supuesta norma de calificación unilateral y definitiva del delito."[257]

4) Como aclara el proyecto de conclusión 2, la presencia de un solo elemento constitutivo no es suficiente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. La práctica sin aceptación como derecho *(opinio iuris)*, aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante, mientras que la convicción de que algo es (o debe ser) derecho sin respaldo en la práctica es una mera aspiración; deben darse ambas condiciones a la vez para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario[258]. Si bien a veces los autores han tratado de concebir

---

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

[255] Véanse, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial págs. 122 y 123, párr. 55; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 13 y ss., en especial págs. 29 y 30, párr. 27; *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), pág. 44, párr. 77.

[256] Por ejemplo, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, un amplio estudio de la práctica de los Estados en forma de legislación nacional, decisiones judiciales y reclamaciones y otras declaraciones oficiales, que se consideró que iba acompañada de la *opinio iuris*, sirvió para determinar el alcance de la inmunidad del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 255 *supra*), págs. 122 a 139, párrs. 55 a 91).

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

[258] En la causa relativa al *Derecho de paso*, por ejemplo, la Corte dictaminó que nada demostraba que la práctica recurrente de paso de las fuerzas armadas y la policía armada de Portugal entre Daman y los enclaves portugueses en la India, o entre los propios enclaves a través del territorio indio, estuviera autorizada o se ejerciera como derecho. La Corte explicó que, "habida cuenta de las circunstancias especiales del caso, esa necesidad de autorización previa del paso constituye, en opinión de la Corte,

enfoques alternativos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, destacando un elemento constitutivo frente al otro o incluso excluyendo totalmente alguno de los elementos, esas teorías no cuentan con el apoyo de los Estados ni de la jurisprudencia.

5) El enfoque basado en dos elementos se califica a menudo de "inductivo", a diferencia de los posibles enfoques "deductivos" que permiten determinar la existencia de normas sobre la base del razonamiento jurídico, no de pruebas empíricas de una práctica general y su aceptación como derecho *(opinio iuris)*. El enfoque basado en dos elementos de hecho no excluye un ejercicio de deducción, en particular al examinar posibles normas de derecho internacional consuetudinario que funcionan en el contexto de normas formuladas en términos más generales que a su vez se derivan de una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) y la reflejan[259], o al concluir que posibles normas de derecho internacional forman parte de un "régimen indivisible"[260].

6) El enfoque basado en dos elementos se aplica a la identificación de la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario en todos los ámbitos del derecho internacional. Esto se confirma en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia, y va en consonancia con la unidad y coherencia del derecho internacional, que es un sistema jurídico único y no está dividido en diferentes ramas, cada una con su propio enfoque con respecto a las fuentes[261]. Si bien la aplicación práctica del enfoque básico puede perfectamente tener en cuenta las circunstancias particulares y el contexto en que ha surgido y funciona la supuesta norma[262], la naturaleza esencial del derecho internacional consuetudinario como una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) debe respetarse siempre.

Conclusión 3
Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

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

---

una denegación del derecho de paso. La práctica supone que el Estado soberano tenía la facultad discrecional de retirar o denegar su autorización. Se afirma que esa autorización siempre se concedía pero, en opinión de la Corte, ello no influye en la situación jurídica. Nada en el expediente demuestra que los británicos o los indios estuvieran obligados a dar su autorización" (*Right of Passage over Indian Territory* (fondo del asunto), fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 6 y ss., en especial págs. 40 a 43). En la causa relativa a la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares*, la Corte consideró que: "La aparición, como *lex lata*, de una norma consuetudinaria que prohíba expresamente el uso de armas nucleares como tales es obstaculizada por las continuas tensiones entre la naciente *opinio iuris*, por una parte, y, por la otra, la aún firme adhesión a la doctrina de la disuasión" (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 255, párr. 73). Véase también *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Tribunal Especial para Sierra Leona, causa núm. SCSL-2004-14-AR72(E), decisión sobre la moción preliminar fundada en la falta de jurisdicción (reclutamiento de niños) de 31 de mayo de 2004, pág. 13, párr. 17.

259 Ese parece ser el enfoque en *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 55 y 56, párr. 101.

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

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

262 Véase el proyecto de conclusión 3 *infra*.

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 3 se refiere a la valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario[263]. Los dos párrafos del proyecto de conclusión ofrecen orientación general para el proceso de determinación de la existencia (o no) y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario a partir de los diversos medios disponibles en el momento de la valoración, lo que refleja tanto el rigor del análisis necesario como el carácter dinámico del derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional.

2) El párrafo 1 enuncia un principio general que subyace a todos los proyectos de conclusión, a saber, que la valoración de todos los medios disponibles debe ser cuidadosa y contextual. La existencia de una práctica general que sea aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) debe ser cuidadosamente investigada en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes[264]. Ese análisis no solo hace más creíble cualquier decisión en particular, sino que también permite aplicar el enfoque basado en dos elementos, con la necesaria flexibilidad, a todos los ámbitos del derecho internacional.

3) El requisito de que se tome en consideración el contexto general refleja la necesidad de aplicar el enfoque basado en dos elementos teniendo en cuenta la materia que se afirma que la norma regula. Esto significa que, en cada caso, es preciso tener en cuenta los principios fundamentales del derecho internacional que puedan ser aplicables a la materia[265]. Además, el tipo de medios consultados (y el examen de su disponibilidad o no) debe ajustarse a la situación, y ciertas formas de práctica y prueba de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* pueden revestir particular importancia en función del contexto. Por ejemplo, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia consideró lo siguiente:

> "En el presente contexto, la práctica de los Estados, que sea especialmente trascendente, debe buscarse en las sentencias de los tribunales nacionales que han tenido ante sí la cuestión de si un Estado goza de inmunidad, en la legislación de los Estados que han sancionado leyes relativas a la inmunidad, en las pretensiones de inmunidad aducidas por los Estados ante tribunales extranjeros y en las declaraciones hechas por los Estados, primero en el curso del estudio amplio del

[263] El término "medios" se utiliza en este caso como un amplio concepto que designa todo el material que pueda considerarse como base para la identificación del derecho internacional consuetudinario, no en el sentido técnico empleado por determinados tribunales o en determinados sistemas jurídicos.

[264] Véase también *North Sea Continental Shelf* (nota 254 *supra*), pág. 175, opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 175: "Decidir si existen o no esos dos factores en el proceso de formación de una norma jurídica consuetudinaria es una cuestión delicada y difícil. La repetición, el número de ejemplos de práctica de los Estados y el tiempo necesario para la generación del derecho consuetudinario no pueden decidirse de manera matemática y uniforme. Cada uno de los hechos debe evaluarse en función de los diferentes casos y circunstancias".

[265] En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia estimó que la norma consuetudinaria de la inmunidad del Estado se derivaba del principio de la igualdad soberana de los Estados y, en ese contexto, debía considerarse conjuntamente con el principio de que cada Estado tiene soberanía sobre su propio territorio y que de esa soberanía emana la jurisdicción del Estado sobre los actos que se produzcan en ese territorio y las personas que se encuentren en él (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 255 *supra*), págs. 123 y 124, párr. 57). Véase también *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (nota 249 *supra*), opinión separada de la Magistrada Donoghue (párrs. 3 a 10).

> tema llevado a cabo por la Comisión de Derecho Internacional y, después, en el contexto de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas [sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes]. La *opinio iuris* en este contexto se refleja en particular en la afirmación por los Estados que reclaman inmunidad de que el derecho internacional les reconoce un derecho a la inmunidad respecto de la jurisdicción de otros Estados; en el reconocimiento, por los Estados que conceden la inmunidad, de que el derecho internacional les impone la obligación de hacerlo; y, a la inversa, en la afirmación por los Estados, en otros casos, de un derecho a ejercer la jurisdicción sobre Estados extranjeros."[266]

4) La naturaleza de la norma en cuestión también puede ser importante a la hora de valorar los medios para establecer la existencia de una práctica general que es aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*). En particular, cuando se trata de normas que establecen prohibiciones (como la prohibición de la tortura), a veces puede ser difícil encontrar una práctica positiva del Estado (contraria a la inacción); lo más probable es que las causas en que se examinan este tipo de normas se orienten a valorar si la práctica (en este caso la inacción deliberada) es aceptada como derecho[267].

5) Habida cuenta de que el comportamiento puede estar plagado de ambigüedades, el párrafo 1 indica además que hay que tener en cuenta las circunstancias propias de cada uno de los medios; solo entonces puede valorarse debidamente. En la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, al tratar de establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (particular), dijo lo siguiente:

> "Hay expresiones aisladas que figuran en la correspondencia diplomática que, si se consideran al margen de su contexto, podrían interpretarse como un reconocimiento de las pretensiones de los Estados Unidos de ejercer la jurisdicción consular y otros derechos establecidos mediante capitulación. Por otra parte, la Corte [no puede] ignorar el tenor general de la correspondencia, que indica que Francia y los Estados Unidos trataron en todo momento de encontrar una solución basada en un acuerdo mutuo y que ninguna de las partes tenía la intención de abandonar su posición jurídica."[268]

Cuando se examina la legislación como práctica, a veces puede ser más importante que el propio texto la forma en que este se ha interpretado y aplicado. Las decisiones de los tribunales nacionales tendrán menos peso si son revocadas por el legislador o no llegan a

---

[266] *Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 255 *supra*), pág. 123, párr. 55. En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, donde se planteó la cuestión de si la práctica de larga data de pescar con fines de subsistencia (reconocida por ambas partes en la causa) había pasado a ser una norma de derecho internacional consuetudinario (particular), la Corte Internacional de Justicia observó que "no es probable que la práctica, por su naturaleza concreta, especialmente dadas la lejanía de la zona y su escasa y dispersa población, esté documentada formalmente en ningún registro oficial. En opinión de la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho surgido de la práctica que ha permanecido ininterrumpido e incontestable durante un largo período de tiempo es especialmente significativo" (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial págs. 265 y 266, párr. 141). La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha señalado la dificultad de observar la práctica de los Estados en el campo de batalla: *Prosecutor v. Tadić*, causa IT-94-1-AR72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, de 2 de octubre de 1995, párr. 99.

[267] Véase la inacción como forma de práctica en el proyecto de conclusión 6 y su comentario, párr. 3).

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

ejecutarse debido a preocupaciones por su compatibilidad con el derecho internacional. Las declaraciones informales o hechas al calor del momento generalmente tendrán menos peso que las que se han estudiado detenidamente, y las formuladas por funcionarios de menor rango pueden tener menos peso que las de altos cargos del Gobierno. La importancia de que no haya una protesta por parte de un Estado dependerá de todas las circunstancias, pero puede ser especialmente determinante el momento en que se ha tomado una medida concreta de la que ese Estado tiene conocimiento y que tiene un efecto negativo inmediato en sus intereses. Y es más probable que la práctica de un Estado que vaya en contra de sus intereses manifiestos o entrañe costes considerables para él refleje la aceptación como derecho.

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

7) Aunque el derecho internacional consuetudinario se manifiesta en ejemplos de comportamiento que van acompañados de *opinio iuris*, los actos que constituyen la práctica pertinente no son en sí pruebas de la aceptación como derecho. Además, se requiere la aceptación como derecho *(opinio iuris)* no solo respecto de los que siguen la práctica, sino también de los que están en condiciones de reaccionar ante ella. Así pues, no cabe una simple inferencia de la aceptación como derecho de la práctica en cuestión; según la Corte Internacional de Justicia, "actuar, o convenir en actuar, de determinada manera no demuestra de por sí nada en el plano jurídico"[269].

8) El párrafo 2 destaca que la existencia de un elemento no puede deducirse únicamente de la existencia del otro y que es necesario realizar una investigación distinta sobre cada uno de ellos. No obstante, el párrafo no excluye la posibilidad de que se usen los mismos medios para establecer la práctica y la aceptación como derecho *(opinio iuris)*. Por ejemplo, la decisión de un tribunal nacional puede ser una práctica pertinente y también indicar que su resultado es obligatorio en virtud del derecho internacional consuetudinario. No obstante, lo importante sigue siendo que el medio se debe examinar como parte de dos investigaciones distintas, para establecer la práctica y para establecer la aceptación como derecho.

9) Si bien en la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario lo primero que se examina suele ser la existencia de una práctica general, y solo entonces se investiga si esa práctica general es aceptada como derecho, esa secuencia de investigación no es obligatoria. La identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario

[269] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), pág. 44, párr. 76. En la causa del *"Lotus"*, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo asimismo que: "Aunque las escasas decisiones judiciales dictadas en las causas mencionadas fueran suficientes para probar efectivamente la circunstancia aducida [...] ello demostraría solamente que, en la práctica, los Estados con frecuencia se abstenían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional. La suposición del hecho no permite inferir que los Estados han sido conscientes de tener ese deber" (*The Case of the S.S. "Lotus"* (véase la nota 250 *supra*), pág. 28). Véase también el proyecto de conclusión 10, párr. 2), *infra*.

también puede comenzar por la valoración de un texto o una declaración escrita que supuestamente expresen cierta convicción jurídica para luego tratar de verificar si existe una práctica general correspondiente.

Tercera parte
Una práctica general

Como se indica en el proyecto de conclusión 2, para la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario es indispensable cerciorarse de la existencia tanto de una práctica general como de la aceptación de esa práctica como derecho *(opinio iuris)*. La tercera parte proporciona una orientación más detallada sobre el primero de estos dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, "una práctica general". También conocido como el elemento "material" u "objetivo"[270], se refiere a los ejemplos de comportamiento que (cuando van acompañados de la aceptación como derecho) contribuyen a la creación o expresión del derecho internacional consuetudinario. Hay que tener en cuenta una serie de factores al valorar si una práctica general existe efectivamente.

Conclusión 4
Requisito de la práctica

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 4 especifica cuál es la práctica que se debe tener en cuenta para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y la función de esa práctica.

2) El párrafo 1 deja claro que es principalmente la práctica de los Estados la que debe examinarse para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario y, de hecho, el elemento material del derecho internacional consuetudinario se denomina a menudo "práctica de los Estados"[271]. La palabra "principalmente" refleja la primacía de los Estados como sujetos de derecho internacional que gozan de competencias generales y pone de relieve la función preponderante de su comportamiento en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. La Corte Internacional de Justicia señaló, en la causa relativa a las *Actividades militares y*

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

[271] La práctica de los Estados tiene otras funciones importantes en el derecho internacional público, en particular en relación con la interpretación de los tratados (véase el cap. VI del presente informe sobre "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados").

paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, que, para poder "examinar cuáles son las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables al presente litigio [...] tiene que dirigir su atención a la práctica y la *opinio iuris* de los Estados"[272]. Al mismo tiempo, la palabra "principalmente" indica que no solo la práctica de los Estados es pertinente y remite al lector al párrafo 2.

3) El párrafo 2 se refiere a la práctica de las organizaciones internacionales e indica que "en algunos casos" esa práctica también contribuye a la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, las referencias en los proyectos de conclusión y sus comentarios a la práctica de los Estados deben interpretarse en el sentido de que incluyen, en los casos en que sea pertinente, la práctica de las organizaciones internacionales. El párrafo se refiere a la práctica atribuida a las propias organizaciones internacionales, no a la de los Estados miembros que actúan en su seno (que se atribuye a los Estados en cuestión)[273]. Por "organizaciones internacionales" se entienden, a los efectos de los presentes proyectos de conclusión y sus comentarios, las organizaciones establecidas por instrumentos regidos por el derecho internacional, por lo general tratados, y que también tienen personalidad jurídica internacional propia. La expresión no abarca a las organizaciones no gubernamentales.

4) Las organizaciones internacionales no son Estados[274]. Son entidades establecidas y facultadas por Estados (o por Estados y/u organizaciones internacionales) para desempeñar ciertas funciones y, a tal fin, se les ha reconocido personalidad jurídica internacional, es decir, pueden tener sus propios derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional. Su práctica en las relaciones internacionales también puede considerarse práctica que, cuando va acompañada de la aceptación como derecho *(opinio iuris)*, contribuye a la creación o constatación de normas de derecho internacional consuetudinario en los ámbitos en que desarrollan su actividad[275], pero solo en algunos casos, como se describe a continuación[276].

5) La práctica comprendida en el ámbito del párrafo 2 se plantea más claramente cuando los Estados miembros han transferido competencias exclusivas a la organización internacional, de manera que esta ejerce algunas de las competencias públicas de sus

---

[272] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 246 *supra*), pág. 97, párr. 183. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte confirmó que es "la práctica de los Estados de la que se deriva el derecho internacional consuetudinario" (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 255 *supra*), pág. 143, párr. 101).

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

[274] Véase también el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en 2011, comentario general, párr. 7): "Las organizaciones internacionales son muy distintas de los Estados, y también se diferencian mucho entre ellas. A diferencia de los Estados, no gozan de competencias generales y se crearon para ejercer funciones específicas ('principio de especialidad'). Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas" (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 88).

[275] La práctica externa a la organización internacional (es decir, la práctica en sus relaciones con Estados, organizaciones internacionales y otras entidades) puede ser especialmente pertinente para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

[276] Véase también *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 178 ("Los sujetos de derecho de cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en lo que respecta al alcance de sus derechos").

Estados miembros y, por tanto, la práctica de la organización puede equipararse a la práctica de los Estados. Así ocurre en el caso de algunas competencias de la Unión Europea.

6) La práctica comprendida en el ámbito del párrafo 2 también puede plantearse, en algunos casos, cuando los Estados miembros no han transferido competencias exclusivas, pero han conferido a la organización internacional competencias que son funcionalmente equivalentes a las competencias de los Estados. La práctica de las secretarías de organizaciones internacionales cuando actúan como depositarias de tratados, despliegan fuerzas militares (por ejemplo, para el mantenimiento de la paz) o toman posición sobre el alcance de las prerrogativas e inmunidades de la organización y sus funcionarios puede contribuir a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario en esas esferas. Es poco probable que los actos de las organizaciones internacionales cuyas funciones no son equivalentes a los actos de los Estados constituyan una práctica pertinente.

7) La práctica de las organizaciones internacionales puede ser especialmente pertinente con respecto a las normas de derecho internacional consuetudinario que están dirigidas de manera específica a dichas organizaciones, como las relativas a su responsabilidad internacional o a tratados en que son partes.

8) Al mismo tiempo, es preciso evaluar con cautela la pertinencia y el peso de esa práctica. Existen grandes diferencias entre las organizaciones internacionales, no solo en lo que respecta a sus competencias, sino también en cuanto a su composición y funciones. Por regla general, cuanto más directamente se ejerza la práctica de una organización internacional en nombre de sus Estados miembros o con el refrendo de estos, y mayor sea el número de esos Estados miembros, mayor será su peso en relación con la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario. Es importante la reacción de los Estados miembros a esa práctica. Al evaluar la práctica deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores: la naturaleza de la organización; la naturaleza del órgano cuyo comportamiento se examina; el objeto de la norma en cuestión y si la propia organización estaría obligada por la norma; si el comportamiento es *ultra vires* respecto de la organización o el órgano; y si el comportamiento está en consonancia con el de los Estados miembros de la organización.

9) El párrafo 3 afirma de manera explícita lo que puede quedar implícito en los párrafos 1 y 2, a saber, que el comportamiento de entidades que no son Estados ni organizaciones internacionales —por ejemplo, organizaciones no gubernamentales, grupos armados no estatales, empresas transnacionales y personas físicas— ni crea derecho internacional consuetudinario ni es expresión de este. Por consiguiente, su comportamiento no sirve de prueba directa (primaria) de la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario. No obstante, el párrafo reconoce que ese comportamiento puede desempeñar una importante función indirecta en la identificación del derecho internacional consuetudinario, al estimular o registrar la práctica y la aceptación como derecho *(opinio iuris)* de los Estados y las organizaciones internacionales[277]. Aunque la conducta de los grupos armados no estatales no es una práctica que pueda considerarse que constituye derecho internacional consuetudinario o es expresión de este, la reacción de los Estados sí puede serlo. Asimismo, a veces los actos de los particulares también pueden ser

[277] En el segundo caso, su actuación puede entrar en el ámbito del proyecto de conclusión 14. La Comisión ha examinado una cuestión similar con respecto a la práctica de los "actores no estatales" en el marco de su tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados": véase el capítulo VI del presente informe, párr. 73 (proyecto de conclusión 5, párr. 2).

pertinentes, pero únicamente en la medida en que los Estados los han refrendado o reaccionado al respecto[278].

10) Las declaraciones oficiales del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), como los llamamientos y memorandos sobre el respeto del derecho internacional humanitario, también pueden contribuir de manera importante a configurar la práctica de los Estados en respuesta a tales declaraciones; y las publicaciones del CICR pueden servir de registros útiles de la práctica pertinente. Esas actividades pueden contribuir así al desarrollo y la determinación del derecho internacional consuetudinario; pero no son práctica en sí mismas[279].

Conclusión 5
Comportamiento del Estado como práctica del Estado

La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole.

Comentario

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

2) Para ser considerado práctica de los Estados, el comportamiento en cuestión debe ser "del Estado". El comportamiento de cualquier órgano del Estado ha de considerarse comportamiento de ese Estado, ya ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al Gobierno central como a una dependencia territorial del Estado. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado; se considera comportamiento "del Estado" el comportamiento de una persona o entidad que está facultada de otro modo por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad[280].

3) La práctica pertinente de los Estados no se limita al comportamiento respecto de otros Estados u otros sujetos de derecho internacional; el comportamiento en el Estado, como el trato que da un Estado a sus propios nacionales, también puede referirse a cuestiones de derecho internacional.

4) La práctica de los Estados puede ser de un solo Estado o de dos o más Estados que actúen de consuno. Cabe citar como ejemplo de este último tipo de práctica la actuación conjunta de varios Estados que patrullan en alta mar para luchar contra la piratería o que

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

[279] Esto se entiende sin perjuicio de la importancia de los actos realizados por el CICR en el desempeño de funciones específicas que le han sido encomendadas, en particular, por los Convenios de Ginebra de 1949.

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

cooperan en el lanzamiento de un satélite en órbita. Esa actuación conjunta debe distinguirse de la actuación de las organizaciones internacionales[281].

5) La práctica ha de ser de dominio público o al menos darse a conocer a otros Estados[282] para contribuir a la formación e identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. De hecho, el comportamiento confidencial de un Estado difícilmente puede contribuir a tal cosa si no se comunica.

Conclusión 6
Formas de práctica

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 6 indica los tipos de comportamiento abarcados por el término "práctica" con ejemplos de estos, y afirma que ningún tipo de práctica prevalece *a priori* sobre otro. Se refiere a las formas de práctica como hechos empíricamente verificables y, a los fines que nos ocupan, evita distinguir entre un acto y su prueba.

2) Como los Estados ejercen sus competencias de diversas formas y no se limitan únicamente a algunos tipos de actos, el párrafo 1 dispone que la práctica puede revestir una gran variedad de formas. Si bien algunos autores han afirmado que solo lo que los Estados "hacen", y no lo que "dicen", puede considerarse práctica a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario, en la actualidad se ha aceptado de manera general que el comportamiento verbal (ya sea escrito u oral) puede considerarse práctica; a veces la acción puede consistir exclusivamente en declaraciones, por ejemplo una protesta de un Estado dirigida a otro Estado.

3) El párrafo 1 también deja claro que la inacción puede considerarse práctica. No obstante, las palabras "en determinadas circunstancias" tratan de advertir de que solo el abstenerse deliberadamente de actuar puede cumplir esa función; el Estado en cuestión debe ser consciente de su no actuación en una situación determinada. Entre los ejemplos de esas omisiones (denominadas a veces "práctica negativa") cabe citar abstenerse de entablar acciones penales; abstenerse de ejercer la protección en favor de determinadas personas naturalizadas; y abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza[283].

[281] Véase también el proyecto de conclusión 4, párr. 2, *supra*, y el comentario correspondiente.

[282] O, en el caso del derecho internacional consuetudinario particular, por lo menos a otro Estado o a un grupo de Estados (véase el proyecto de conclusión 16 *infra*).

[283] A título ilustrativo, véase *The Case of the S.S. "Lotus"* (nota 250 *supra*), pág. 28; *Nottebohm Case* (segunda fase), fallo de 6 de abril de 1955, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22; *Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 255 *supra*), pág. 135, párr. 77.

4) El párrafo 2 contiene una lista de formas de práctica que suelen considerarse útiles para la identificación del derecho internacional consuetudinario. Como ponen de relieve las palabras "sin reducirse a ello", no se trata de una lista exhaustiva; en todo caso, dado que es inevitable que se produzcan cambios políticos y tecnológicos, y teniendo en cuenta el ritmo al que se producen, no sería práctico elaborar una lista de todas las múltiples formas que puede revestir la práctica[284]. Las formas de práctica enumeradas no son más que ejemplos que, además, pueden solaparse (por ejemplo, "los actos y la correspondencia diplomáticos" y "el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas").

5) El orden en que se enumeran las formas de práctica en el párrafo 2 no obedece a intención alguna. Cada una de ellas debe interpretarse en sentido amplio para reflejar las múltiples y diversas formas en que los Estados actúan y reaccionan; por ejemplo, la expresión "comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas" se refiere en general a los actos ejecutivos, como las órdenes, los decretos y demás medidas ejecutivas; las declaraciones oficiales formuladas en el plano internacional, ante una cámara legislativa o los medios de comunicación; y las reclamaciones ante tribunales y cortes nacionales o internacionales. Del mismo modo, la expresión "actos legislativos y administrativos" abarca cualquier forma de disposición reglamentaria adoptada por una autoridad pública. El "comportamiento en operaciones 'sobre el terreno'" incluye el mantenimiento del orden y la incautación de bienes, así como las actividades en el campo de batalla u otras actividades militares, como el movimiento de tropas o buques o el despliegue de ciertas armas. Las palabras "comportamiento en relación con los tratados" se refieren a todos los actos relacionados con la negociación y celebración de tratados y su aplicación; mediante la celebración de un tratado un Estado puede estar siguiendo una práctica en el ámbito al que se refiere el tratado, por ejemplo los acuerdos de delimitación marítima o los acuerdos con el país anfitrión. La referencia al "comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental" también incluye todos los actos realizados por los Estados en relación con la negociación, aprobación y aplicación de resoluciones, decisiones y otros actos adoptados por los Estados en el seno de organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales, con independencia de su designación y de que sean o no jurídicamente vinculantes. La pertinencia de cualquiera de estos ejemplos de formas de práctica en un caso concreto dependerá, entre otras cosas, de la presunta norma particular de que se trate[285].

6) Las decisiones de los tribunales nacionales a todos los niveles pueden considerarse práctica de los Estados[286] (si bien es probable que se dé mayor peso a las de los tribunales superiores); las decisiones que hayan sido revocadas en ese aspecto concreto difícilmente se considerarán pertinentes. Es preciso distinguir la función de las decisiones de los tribunales nacionales como forma de práctica de los Estados de su función potencial como "medio auxiliar" de determinación de normas de derecho internacional consuetudinario[287].

---

[284] Véase también "Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available", *Anuario…, 1950* (en inglés), vol. II, documento A/1316, segunda parte, pág. 368, párr. 31.

[285] Véase el párr. 3) del comentario al proyecto de conclusión 3.

[286] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 255 *supra*), págs. 131 a 135, párrs. 72 a 77; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 24, párr. 58. La expresión "tribunales nacionales" también puede incluir a los tribunales con un elemento internacional que operan en uno o más sistemas jurídicos nacionales, como los tribunales o cortes con una composición mixta nacional e internacional.

[287] Véase el proyecto de conclusión 13, párr. 2, *infra*. Las decisiones de los tribunales nacionales también pueden ser prueba de la aceptación como derecho *(opinio iuris)*; véase al respecto el proyecto de conclusión 10, párr. 2, *infra*.

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

Conclusión 7
Valoración de la práctica de un Estado

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

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

Comentario

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

2) El párrafo 1 establece, en primer lugar, que para determinar la posición del Estado de que se trate sobre el asunto en cuestión, es preciso tener en cuenta toda la práctica disponible de ese Estado. Esto significa que la práctica examinada debe ser exhaustiva dentro de los límites de su disponibilidad, es decir, debe incluir la práctica pertinente de todos los órganos del Estado y toda la práctica pertinente de un órgano en particular. El párrafo afirma, además, que esa práctica debe valorarse en su conjunto; solo entonces podrá determinarse la posición real del Estado.

3) Puede verse un ejemplo del requisito de valorar toda la práctica disponible "en su conjunto" en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, en que el Tribunal Supremo Helénico había decidido en una causa que, en virtud del principio de "responsabilidad civil territorial", no se reconocía la inmunidad del Estado prevista en el derecho internacional consuetudinario respecto de los actos realizados por las fuerzas armadas durante un conflicto armado. No obstante, adoptaron una posición diferente el Tribunal Supremo Especial, el Gobierno de Grecia al negarse a ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo Helénico y defender esa posición ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el propio Tribunal Supremo Helénico en una decisión ulterior. La valoración de esa práctica "en su conjunto" llevó a la Corte Internacional de Justicia a concluir que "la práctica del Estado griego tomada en su conjunto en realidad contradice, más que apoya, el argumento de Italia"[288].

4) El párrafo 2 se refiere de manera explícita a las situaciones en que la práctica del Estado de que se trate no es, o no parece ser, constante. Como demuestra el párrafo 3) anterior, puede darse ese caso cuando diferentes órganos o poderes del Estado siguen distintas líneas de conducta con respecto al mismo asunto o la práctica de un órgano varía con el tiempo. Si, en tales circunstancias, se considera que la práctica de un Estado en su conjunto no es constante, la contribución de ese Estado al elemento de la "práctica general" podrá reducirse o incluso desaparecer.

[288] *Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 255 *supra*), pág. 134, párr. 76. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 246 *supra*), pág. 98, párr. 186.

5) La utilización de la palabra "podrá" indica, no obstante, que esa valoración se debe realizar con prudencia y que la conclusión no será necesariamente la misma en todos los casos. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo lo siguiente:

> "no debe concederse demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes [...] en la práctica de Noruega, fácilmente entendibles a la luz de los diferentes hechos que se produjeron y condiciones prevalecientes en el dilatado período."[289]

En este sentido, por ejemplo, es poco probable que, en caso de diferencia en la práctica de los órganos inferiores y superiores del mismo Estado, se dé menos peso a la práctica del órgano superior. A los fines actuales, la práctica de los órganos de un Gobierno central a menudo será más importante que la de los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado; y la práctica del poder ejecutivo suele ser la más pertinente en el plano internacional, aunque puede ser necesario tener en cuenta la situación constitucional de los diversos órganos en cuestión[290].

Conclusión 8
La práctica ha de ser general

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

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

Comentario

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

2) En el párrafo 1 se explica que la noción de generalidad, que se refiere a la suma de los casos en que se ha seguido la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario, entraña dos requisitos. En primer lugar, la práctica ha de ser seguida por un número suficientemente amplio y representativo de Estados. En segundo lugar, debe haber una constancia en esos casos. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la práctica en cuestión debe ser "amplia y virtualmente uniforme"[291]: debe ser una "práctica establecida"[292]. Como se explica más adelante, no puede aplicarse una norma absoluta a los requisitos; el umbral exigido en cada caso debe evaluarse teniendo en cuenta el contexto[293]. No obstante, en cada caso la práctica debe ser de tal naturaleza que permita discernir un uso constante y uniforme.

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

[290] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 255 *supra*), pág. 136, párr. 83 (en donde la Corte señaló que, "conforme a la legislación griega", la opinión expresada por el Tribunal Supremo Especial de Grecia prevalecía sobre la del Tribunal Supremo Helénico).

[291] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), pág. 43, párr. 74. Se ha utilizado una gran variedad de términos para describir la exigencia de generalidad, incluso por parte de la Corte Internacional de Justicia, sin que haya verdaderas diferencias en cuanto a su sentido.

[292] *Ibid*., pág. 44, párr. 77.

[293] Véase también el proyecto de conclusión 3 *supra*.

3) El requisito de que la práctica sea "extendida y representativa" no se presta a formulaciones exactas, ya que las circunstancias pueden variar enormemente de un caso a otro (por ejemplo, la frecuencia con que se plantean circunstancias que requieren una acción)[294]. En el caso de las relaciones diplomáticas, por ejemplo, en las que todos los Estados participan periódicamente, la práctica tendría que estar ampliamente extendida, mientras que cuando se trate de canales internacionales, de los que hay un número muy escaso, la práctica exigida sería necesariamente inferior. Ello se refleja en la palabra "suficientemente", que implica que el número y la distribución de los Estados que han de seguir la práctica pertinente (al igual que el número de ejemplos de práctica) no puede determinarse en abstracto. No obstante, es evidente que no se requiere un seguimiento universal: no es necesario demostrar que todos los Estados han seguido la práctica en cuestión[295]. Deben seguirla los Estados que hayan tenido la oportunidad o la posibilidad de aplicar la supuesta norma[296]. Es importante que esos Estados sean representativos de las diversas regiones geográficas y/o los diversos intereses en juego.

4) Al evaluar la generalidad, un importante factor que se debe tener en cuenta es el grado de seguimiento de la práctica por parte de los Estados que estén especialmente implicados en la actividad en cuestión o que más probabilidades tengan de verse afectados por la supuesta norma[297]. Es evidente que sería poco práctico determinar, por ejemplo, la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario relativa a la navegación en zonas marítimas sin tener en cuenta la práctica de los Estados ribereños y la de los principales Estados que transitan por las aguas, o la existencia y el contenido de una norma sobre inversión extranjera sin evaluar la práctica de los Estados exportadores de capital y la de los Estados receptores de inversiones. En muchos casos, todos o casi todos los Estados se verán igualmente afectados.

5) La exigencia de que la práctica sea constante significa que, cuando los actos en cuestión difieren hasta el punto de que no puede distinguirse una pauta de comportamiento, no cabe afirmar la existencia de ninguna práctica general (y, por lo tanto, de ninguna norma correspondiente de derecho internacional consuetudinario). Por ejemplo, en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías*, la Corte Internacional de Justicia dictaminó lo siguiente:

---

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

295 Véase, por ejemplo, 2 BvR 1506/03, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003, párr. 59 ("No obstante, dicha práctica no está suficientemente extendida como para considerarse práctica consolidada creadora de derecho internacional consuetudinario").

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

297 La Corte Internacional de Justicia ha dicho que "sería un requisito indispensable que, durante el período en cuestión, por breve que haya sido, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido tanto extensa como casi uniforme", *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), pág. 43, párr. 74.

> "Algunos Estados han adoptado la norma de las 10 millas [...], pero otros han adoptado una anchura diferente; por consiguiente, la norma de 10 millas no ha adquirido la autoridad de una norma general de derecho internacional."[298]

6) Al determinar si la práctica es constante, por supuesto es importante examinar ejemplos de comportamiento que sean, de hecho, comparables, es decir, en los que se hayan planteado cuestiones idénticas o similares, de manera que esos ejemplos puedan proporcionar realmente una orientación fiable. En la causa *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló lo siguiente:

> "precedentes que presenten una estrecha analogía con la causa que se examina; ya que solo a partir de este tipo de precedentes puede establecerse la existencia de un principio general [de derecho internacional consuetudinario] aplicable a la causa en particular."[299]

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

> "No cabe esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya de ser perfecta [...] La Corte no considera que, para el establecimiento de una norma consuetudinaria, la práctica correspondiente deba ajustarse de manera totalmente estricta a la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte estima que es suficiente con que la conducta de los Estados sea, en términos generales, coherente con esas normas."[300]

8) El hecho de que la falta de constancia se plasme en el incumplimiento de una norma no impide necesariamente el establecimiento de una práctica general. Así ocurre, en particular, cuando el Estado de que se trate niega la infracción y/o expresa apoyo a la norma. Como ha observado la Corte Internacional de Justicia:

> "los casos en que el comportamiento de un Estado denote falta de coherencia con una determinada norma deberían considerarse, por lo general, como una vulneración de esa norma, no como señal del reconocimiento de la existencia de una norma

---

[298] *Fisheries case* (véase la nota 289 *supra*), pág. 131. Una Sala de la Corte sostuvo en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* que, cuando la práctica demuestra "que cada caso concreto difiere a fin de cuentas de todos los demás [...] queda excluida la posibilidad de que se den las condiciones necesarias para la formación de principios y normas de derecho consuetudinario" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (véase la nota 250 *supra*), pág. 290, párr. 81). Véase también, por ejemplo, *Colombian-Peruvian asylum case* (nota 257 *supra*), pág. 277 ("Los hechos presentados a la Corte revelaban demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio de asilo diplomático [...] para que sea posible discernir en ellos un uso constante y uniforme [...] en lo que respecta a la supuesta norma de calificación unilateral y definitiva del delito"); *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, opinión consultiva de 17 de julio de 1965, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI (núm. de venta: E/F.69.V.1), págs. 75 a 108, en especial pág. 100 ("Es cierto que solo una práctica constante, efectivamente observada e invariable puede constituir una norma de derecho internacional consuetudinario").

[299] *The Case of the S.S. "Lotus"* (véase la nota 250 *supra*), pág. 21. Véase también *North Sea Continental Shelf* (nota 254 *supra*), pág. 45, párr. 79; Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, causa núm. SCSL-04-14-A, fallo (Sala de Apelaciones) de 28 de mayo de 2008, párr. 406.

[300] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 246 *supra*), pág. 98, párr. 186.

nueva. Si un Estado obra de una forma *prima facie* incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la propia norma, entonces, tanto si la conducta del Estado es en realidad justificable sobre esa base como si no, esa actitud confirma la norma en lugar de desautorizarla."[301]

9) El párrafo 2 se refiere al elemento temporal, y deja claro que la duración relativamente breve de una práctica general no impide, en sí misma, establecer la existencia de una norma correspondiente de derecho internacional consuetudinario. Si bien una larga duración puede hacer que la práctica pertinente sea más extensa, para que exista una norma consuetudinaria no es necesario que haya una práctica general desde tiempos inmemoriales o durante un tiempo considerable o determinado[302]. La Corte Internacional de Justicia confirmó este extremo en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, al afirmar que "el transcurso de un corto período de tiempo no impide necesariamente la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario"[303]. No obstante, este pasaje deja claro que debe transcurrir algún tiempo para que surja una práctica general; no existe la "costumbre instantánea".

Cuarta parte
Aceptada como derecho *(opinio iuris)*

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

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

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

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

Comentario

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

2) El párrafo 1 explica que la aceptación como derecho *(opinio iuris)*, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, se refiere al requisito de que la práctica pertinente ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación

[301] *Ibid*. Véase también, por ejemplo, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (nota 258 *supra*), párr. 51. Lo mismo se aplica al valorar la práctica del Estado de que se trate: véase el proyecto de conclusión 7 *supra*.

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

[303] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), pág. 43, párr. 74.

jurídica o un derecho, es decir, debe ir acompañada de la convicción de que el derecho internacional consuetudinario la permite, exige o prohíbe. Por tanto, es esencial establecer, en cada caso, que los Estados han actuado de cierto modo porque sintieron o consideraron que estaban jurídicamente obligados o tenían derecho a hacerlo en razón de una norma de derecho internacional consuetudinario: deben haber seguido la práctica como cuestión de derecho, o haberse sometido a ella como obligación. Como destacó la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*:

> "Los actos en cuestión no solo deben representar una práctica establecida, sino que además deben ser tales, o llevarse a cabo de un modo tal, que demuestren la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de la presencia de esa convicción, es decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la propia noción de la *opinio iuris sive necessitatis*. Los Estados en cuestión deben, por ende, creer que están ajustando su conducta a lo que constituye una obligación legal."[304]

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

> "es seguida por los Estados que conceden el asilo como un derecho que les corresponde y es respetado por los Estados territoriales como un deber que les incumbe y no únicamente por razones de conveniencia política [...] la conveniencia o el puro interés político parecen haber llevado al Estado territorial a reconocer el asilo sin que tal decisión sea dictada por el sentimiento de que existe una obligación jurídica."[305]

4) El tratar de cumplir una obligación convencional como obligación convencional, al igual que el tratar de cumplir el derecho interno, no constituye una aceptación como derecho a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario y la práctica seguida con esa intención no lleva en sí misma a inferir la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario[306]. No obstante, un Estado puede reconocer que está obligado por una determinada obligación por la fuerza del derecho internacional consuetudinario y de un tratado; pero esto tendría que probarse. En cambio, cuando los Estados actúan de conformidad con un tratado por el que no están obligados, o aplican

---

[304] *Ibid.*, párr. 77; véase también *ibid.*, párr. 76 (donde se hace referencia al requisito de que los Estados han de "creer que están aplicando una norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario").

[305] *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 257 *supra*), págs. 277 y 286. Véase también *The Case of the S.S. "Lotus"* (nota 250 *supra*), pág. 28 ("Aunque las escasas decisiones judiciales dictadas en las causas mencionadas fueran suficientes para probar efectivamente la circunstancia aducida [...] ello demostraría solamente que, en la práctica, los Estados con frecuencia se abstenían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional. La presunción del hecho no permite inferir que los Estados han sido conscientes de tener ese deber, aunque [...] hay otras circunstancias que demuestran lo contrario"); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 246 *supra*), págs. 108 a 110, párrs. 206 a 209.

[306] Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf* (nota 254 *supra*), pág. 43, párr. 76. Así pues, puede resultar particularmente difícil determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario cuando un tratado no declaratorio ha tenido una participación prácticamente universal.

obligaciones convencionales en sus relaciones con Estados que no son parte en el tratado, ello puede ser una prueba de que existe aceptación como derecho, salvo que se demuestre lo contrario.

5) La aceptación como derecho *(opinio iuris)* ha de verse respecto de los Estados que siguen la práctica pertinente y de los que están en condiciones de reaccionar ante ella; ha de demostrarse que han considerado que la práctica es conforme con el derecho internacional consuetudinario[307]. No es necesario establecer que todos los Estados han reconocido (aceptado como derecho) la supuesta norma como norma de derecho internacional consuetudinario; lo que se requiere es que haya una amplia aceptación y escasa o ninguna oposición[308].

6) El párrafo 2 destaca que, si no es aceptada como derecho *(opinio iuris)*, no cabe considerar que una práctica general contribuye a la creación o expresión del derecho internacional consuetudinario; es un simple uso o un simple hábito. En otras palabras, la práctica que los Estados consideran que jurídicamente pueden seguir o ignorar no contribuye a la formación del derecho internacional consuetudinario ni lo refleja (a menos que la propia norma que se ha de identificar prevea esa opción)[309]. La regularidad de una conducta internacional no siempre tiene trascendencia jurídica; por ejemplo, las cortesías diplomáticas, como la colocación de alfombras rojas para los Jefes de Estado visitantes, no van acompañadas del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica y, por tanto, no pueden generar ningún deber jurídico o derecho de que se actúe en consecuencia ni dar fe de él[310].

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

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

---

[307] Véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 246 *supra*), pág. 109, párr. 207 (“Los Estados que realizan esos actos, o bien otros Estados que están en condiciones de reaccionar frente a ellos, deben haber actuado de manera tal que su conducta ‘demuestre la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone’” (donde se cita el fallo en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*)).

[308] Así pues, cuando “los miembros de la comunidad internacional muestran profundas divisiones” sobre si una determinada práctica viene acompañada de una aceptación como derecho *(opinio iuris)*, no cabe afirmar que existe tal aceptación como derecho: véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 258 *supra*), pág. 254, párr. 67.

[309] Así, en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*, la Corte Internacional de Justicia observó, con respecto al paso de las fuerzas armadas y la policía armada, que: “La práctica supone que el Estado soberano tenía la facultad discrecional de retirar o denegar su autorización. Se afirma que esa autorización siempre se concedía pero, en opinión de la Corte, ello no influye en la situación jurídica. Nada en el expediente demuestra que los británicos o los indios estuvieran obligados a dar su autorización” (*Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 258 *supra*), págs. 42 y 43). En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia también señaló, al tratar de determinar el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, que: “Si bien es cierto que en ocasiones los Estados deciden conceder una inmunidad más amplia que la exigida en el derecho internacional, a los efectos que nos ocupan, lo importante es que el otorgamiento de la inmunidad en este caso no va acompañado del requisito de la *opinio iuris* y, por tanto, no arroja ninguna luz sobre la cuestión que la Corte está examinando en este momento” (*Jurisdictional Immunities of the State* (véase la nota 255 *supra*), pág. 123, párr. 55). Véase también *North Sea Continental Shelf* (nota 254 *supra*), págs. 43 y 44, párr. 76.

[310] La Corte Internacional de Justicia señaló al respecto: “Hay muchos actos internacionales, por ejemplo en lo relativo a las ceremonias y el protocolo, que se llevan a cabo casi invariablemente, pero solo por razones de cortesía, conveniencia o tradición, y no porque se considere que existe un deber jurídico” (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), pág. 44, párr. 77).

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 10 se refiere a la prueba de la que puede deducirse la aceptación como derecho *(opinio iuris)* de una determinada práctica. Refleja el hecho de que la aceptación como derecho puede darse a conocer mediante diversas manifestaciones de la conducta del Estado.

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

3) El párrafo 2 ofrece una lista no exhaustiva de formas de prueba de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* que incluye aquellas a las que se recurre con más frecuencia a tal fin. Esas pruebas también pueden ser útiles para demostrar la falta de aceptación como derecho. Existe cierta coincidencia entre las formas de prueba de la aceptación como derecho y las formas de práctica estatal; en parte, ello refleja el hecho de que ambos elementos pueden encontrarse a veces en los mismos medios (si bien, aun así, la identificación debe hacerse por separado en cada caso)[311]. En cualquier caso, es más probable que las declaraciones transmitan la convicción jurídica del Estado y que a menudo sea más útil considerarlas expresiones de la aceptación como derecho (o de alguna otra manera) que ejemplos de la práctica.

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

[311] Véase el proyecto de conclusión 3 *supra.*

en consonancia con la supuesta norma puede verse anulado por declaraciones contemporáneas en el sentido de la inexistencia de esa norma[312].

5) Las demás formas de prueba enumeradas en el párrafo 2 también pueden ser de especial ayuda para determinar la posición jurídica de los Estados en relación con determinadas prácticas. Entre ellas, la expresión "publicaciones oficiales" abarca los documentos publicados en nombre de un Estado, como los manuales militares y los mapas oficiales, en los que puede manifestarse la aceptación como derecho *(opinio iuris)*. Los dictámenes que se publican de asesores legales de los Gobiernos también pueden arrojar luz sobre la posición jurídica de un Estado, aunque no si el Estado no siguió los dictámenes. La correspondencia diplomática puede incluir, entre otras cosas, las circulares dirigidas a las misiones diplomáticas, por ejemplo, las relativas a los privilegios e inmunidades. La legislación nacional, aunque casi siempre es el resultado de decisiones políticas, puede ser valiosa como prueba de la aceptación como derecho, en particular cuando responde al derecho internacional consuetudinario o lo hace efectivo. Las decisiones de los tribunales nacionales también pueden contener ese tipo de declaraciones al pronunciarse sobre cuestiones de derecho internacional.

6) Los procesos diplomáticos y de redacción multilaterales pueden proporcionar pruebas valiosas y accesibles sobre las convicciones jurídicas de los Estados respecto del contenido del derecho internacional consuetudinario cuando esas cuestiones son aceptadas y debatidas por los Estados. De ahí la referencia a las "disposiciones de tratados" y "el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental", cuya posible utilidad para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario se examina en mayor detalle en los proyectos de conclusión 11 y 12.

7) El párrafo 3 dispone que, en determinadas condiciones, la falta de reacción de los Estados, dentro de un plazo razonable, también puede, en palabras de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías*, "[dar] testimonio de que no consideraron [cierta práctica realizada por otros] contraria al derecho internacional"[313]. La tolerancia de una determinada práctica puede ser, de hecho, prueba de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* cuando expresa la aquiescencia de esa práctica. No obstante, para que esa falta de objeción o protesta abierta tenga tal valor probatorio, se deben cumplir dos requisitos para que no resulte de causas ajenas a la legalidad de la práctica en cuestión[314].

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

[313] *Fisheries case* (véase la nota 289 *supra*), pág. 139. Véase también *The Case of the S.S. "Lotus"* (nota 250 *supra*), pág. 29 ("la Corte considera que debe hacer hincapié en que no parece que los Estados interesados se hayan opuesto a los procedimientos penales en relación con casos de colisión ante los tribunales de un país diferente de aquel cuyo pabellón enarbolan, ni que hayan formulado protestas: su conducta no parece haber diferido mucho de la observada en todos los casos de jurisdicción concurrente. Ese hecho se opone frontalmente a la existencia de un consentimiento tácito por parte de los Estados respecto de la jurisdicción exclusiva del Estado cuyo pabellón enarbolan, como el agente del Gobierno francés consideró posible deducir de la escasa frecuencia de cuestiones de jurisdicción ante los tribunales penales. Parece poco probable, y no estaría en conformidad con la práctica internacional, que el Gobierno francés en la causa *Ortigia-Oncle-Joseph* y el Gobierno alemán en la causa *Ekbatana-West-Hinder* no protestaran contra el ejercicio de la jurisdicción penal por los tribunales de Italia y Bélgica si realmente hubieran pensado que se trataba de una vulneración del derecho internacional"); *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, causa núm. 16063/94, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia de 2 de noviembre de 1995, voto del Juez Gustavo A. Bossert, pág. 40, párr. 90.

[314] Véase también, en términos más generales, *North Sea Continental Shelf* (nota 254 *supra*), pág. 27, párr. 33.

En primer lugar, es fundamental que la práctica en cuestión exija una reacción[315]: así puede suceder, por ejemplo, cuando la práctica afecta (directa o indirectamente) —en general de manera desfavorable— a los intereses o los derechos del Estado que no actúa o se niega a actuar[316]. En segundo lugar, la referencia a un Estado "en condiciones de reaccionar" significa que el Estado interesado debía tener conocimiento de la práctica (lo que incluye las circunstancias en que, debido a la publicidad dada a la práctica, se debe suponer que el Estado tenía conocimiento de ella), así como tiempo y capacidad suficientes para actuar. En los casos en que un Estado no conocía o no cabía esperar que conociera una determinada práctica, o no tuvo un tiempo razonable para responder, la inacción no puede atribuirse a un reconocimiento de que esa práctica estaba establecida (o permitida) en el derecho internacional consuetudinario.

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

Comentario

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

2) La Comisión decidió no incluir por el momento una conclusión específica sobre la labor de la Comisión de Derecho Internacional. No obstante, esa labor merece especial atención en el presente contexto. Como han reconocido la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes[317], una determinación de la Comisión en que se afirme la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario puede tener un valor especial, al igual que una conclusión suya en el sentido de que esa norma no existe. Ello se

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

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

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

desprende del singular mandato encomendado por los Estados a la Comisión para que promueva el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación[318], la exhaustividad de sus procedimientos (incluido el examen de numerosos estudios de la práctica estatal) y su estrecha relación con los Estados en tanto que órgano subsidiario de la Asamblea General (incluida la recepción de comentarios orales y escritos a medida que avanza en su labor). No obstante, el peso que debe otorgarse a las determinaciones de la Comisión depende de diversos factores, como las fuentes utilizadas por la Comisión, la etapa alcanzada en sus trabajos y, sobre todo, la acogida que den los Estados a sus resultados[319].

Conclusión 11
Tratados

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

a) ha codificado una norma de derecho internacional consuetudinario existente en el momento en que se celebró el tratado;

b) ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado; o

c) ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho *(opinio iuris)*, generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.

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

Comentario

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

2) Si bien los tratados son, como tales, únicamente vinculantes para las partes en ellos, "pueden desempeñar un papel importante en el registro y la definición de normas derivadas de la costumbre, o incluso en su desarrollo"[320]. Sus disposiciones (y los procesos relativos a

[318] Véase el Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional (1947), aprobado por la Asamblea General en su resolución 174 (II), de 21 de noviembre de 1947.

[319] Una vez que la Asamblea General ha adoptado medidas en relación con un proyecto final de la Comisión, como encomiarlo y anexarlo a una resolución, también se puede considerar que el resultado obtenido queda englobado en el proyecto de conclusión 12.

[320] *Continental Shelf* (véase la nota 255 *supra*), págs. 29 y 30, párr. 27 ("Es ciertamente axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio iuris* de los Estados, aunque los convenios multilaterales puedan desempeñar un papel importante en el registro y la definición de normas derivadas de la costumbre, o incluso en su desarrollo"). El artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la posibilidad de que "una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal".

su aprobación y aplicación) pueden arrojar luz sobre el contenido del derecho internacional consuetudinario[321]. Las disposiciones convencionales expresadas con claridad pueden ofrecer pruebas especialmente prácticas de la existencia o el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario cuando se considera que son declaratorias de dichas normas. El objetivo de la referencia a una "norma enunciada en un tratado" es indicar que una norma puede no figurar en una sola disposición del tratado, sino reflejarse en dos o más disposiciones leídas de manera conjunta[322]. En cualquier caso, la expresión "puede reflejar" advierte que, en sí mismos, los tratados no pueden crear derecho internacional consuetudinario ni certificarlo de manera concluyente.

3) El alcance de la participación en un tratado puede ser un factor importante para determinar si es derecho internacional consuetudinario; los tratados que han obtenido una aceptación cuasiuniversal pueden considerarse particularmente indicativos a ese respecto[323]. No obstante, los tratados que aún no han entrado en vigor o que todavía no han logrado una participación generalizada también pueden tener influencia en determinadas circunstancias, en particular en los casos en que fueron aprobados sin oposición o por una mayoría abrumadora de Estados[324].

4) El párrafo 1 establece tres circunstancias en que las normas enunciadas en un tratado pueden reflejar derecho internacional consuetudinario, diferenciadas por el momento en que la norma de derecho internacional consuetudinario se formó (o comenzó a formarse). La expresión "si se establece que" deja claro que la determinación de si una norma convencional se ajusta, en efecto, a una supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no puede hacerse examinando únicamente el texto del tratado; en cada

---

[321] Véase *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 255 *supra*), pág. 128, párr. 66; "Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available", *Yearbook..., 1950*, vol. II (Part II), documento A/1316, pág. 368, párr. 29 ("no pocas veces la formulación convencional por determinados Estados de una práctica seguida también por otros Estados se basa en las medidas para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario").

[322] También puede darse el caso de que una disposición individual sea solo parcialmente declaratoria del derecho internacional consuetudinario.

[323] Véase, por ejemplo, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1 de julio de 2003, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI (núm. de venta: E/F.06.V.7), págs. 73 a 114, en especial págs. 86 y 87, párr. 31 ("Ciertamente, hay autoridades modernas importantes que apoyan que los Convenios de Ginebra de 1949 se han convertido en gran medida en expresiones de derecho internacional consuetudinario, y ambas Partes en este caso coinciden en ello. El mero hecho de que hayan obtenido una aceptación cuasiuniversal apoya esta conclusión" [se omite la nota]); *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (véase la nota 258 *supra*), párrs. 17 a 20 (donde se hace alusión, entre otras cosas, a la "enorme aceptación, la mayor aceptación de todas las convenciones internacionales" para indicar que las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño habían llegado a reflejar derecho internacional consuetudinario); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 47, párr. 94 ("Las normas que contempla la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativas a la terminación de la relación convencional a causa de un incumplimiento (aprobadas sin voto disidente) pueden en muchos aspectos considerarse una codificación del derecho consuetudinario vigente en esta materia").

[324] Véase, por ejemplo, *Continental Shelf* (nota 255 *supra*), fallo, pág. 13, párr. 27 ("no se puede negar que la Convención de 1982 [sobre el Derecho del Mar – que por entonces aún no estaba en vigor] reviste gran importancia, por haber sido adoptada por la mayoría abrumadora de los Estados; por ende, corresponde claramente a la Corte el deber de, independientemente de las referencias que las Partes hacen a la Convención, examinar en qué medida cualquiera de sus disposiciones pertinentes resultan vinculantes para las Partes como norma del derecho internacional consuetudinario").

caso, la existencia de la norma debe estar confirmada por la práctica (y la aceptación como derecho). Es importante que se pueda demostrar que los Estados han puesto en práctica una norma no (solo) en razón de la obligación convencional, sino por la convicción de que la norma contenida en el tratado es o se ha convertido en derecho internacional consuetudinario[325].

5) El apartado a) se refiere a las situaciones en que queda establecido que una norma enunciada en un tratado es declaratoria de una norma preexistente de derecho internacional consuetudinario[326]. Al preguntarse si tal es el caso con respecto a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, en primer lugar debe tenerse en cuenta el texto del tratado, que puede contener una declaración expresa sobre la cuestión[327]. El hecho de que las reservas a una disposición del tratado se permitan de manera expresa puede ser importante, pero no indica necesariamente si la disposición refleja el derecho internacional consuetudinario[328]. No obstante, esas indicaciones en el texto son poco frecuentes o suelen referirse al tratado en general y no a normas concretas enunciadas en él[329]; en ese caso, o cuando el tratado no se pronuncia al respecto, cabe recurrir a los

[325] En las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, ese aspecto dio lugar a la desestimación de varios ejemplos citados de práctica de los Estados (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), pág. 43, párr. 76).

[326] Véase, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 3 de febrero de 2015, párr. 87.

[327] En la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277), por ejemplo, las Partes "*confirman* que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional" (art. 1) [sin cursiva en el original]; y en el preámbulo de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 1958, figura el párrafo siguiente: "*Deseando* codificar las normas de derecho internacional referentes a la alta mar" (*ibid.*, vol. 450, núm. 6465, pág. 11). Un tratado también puede indicar que representa el desarrollo progresivo más que la codificación; en la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia c. Perú)*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia señaló que el preámbulo de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, de 1933 (Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CLXV, núm. 3802, pág. 19), donde se señala que modifica una convención anterior (y el limitado número de Estados que la han ratificado), contradice el argumento de que la Convención "simplemente codificó principios ya reconocidos por la costumbre" (*Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 257 *supra*), pág. 277).

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

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

trabajos preparatorios del tratado[330], incluida cualquier declaración hecha por los Estados durante el proceso de redacción que pueda revelar la intención de codificar una norma existente de derecho internacional consuetudinario. Si se determina que los Estados negociadores consideraron, en efecto, que la disposición en cuestión era una norma de derecho internacional consuetudinario, ello constituirá una prueba de la aceptación como derecho *(opinio iuris)*, que tendrá más peso para la identificación de la norma consuetudinaria cuanto mayor sea el número de Estados negociadores. No obstante, seguirá siendo necesario examinar si existen ejemplos de práctica en la materia suficientemente extendida y representativa, además de constante, que respalden esa norma; ello obedece no solo al hecho de que la afirmación de las partes de que el tratado es declaratorio del derecho existente es (en lo que respecta a terceros) un mero elemento de prueba a tal efecto, sino también a que la norma consuetudinaria subyacente al texto de un tratado puede haber cambiado o quedado obsoleta desde la celebración del tratado. En otras palabras, la práctica en la materia deberá confirmar la *opinio iuris* o coexistir con ella.

6) El apartado b) aborda los casos en que queda establecido que una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) se ha conformado en torno a una norma convencional elaborada a partir de una cantidad limitada de práctica de los Estados. En otras palabras, la norma del tratado ha consolidado una norma de derecho internacional consuetudinario en fase emergente, y la ha dotado de mayor definición, en el momento en que el tratado se estaba elaborando, convirtiéndose por tanto en un reflejo de ella de manera posterior[331]. Una vez más, para determinar que tal es realmente el caso, es preciso evaluar si la formulación del tratado ha sido aceptada como derecho y está en efecto respaldada por una práctica general[332].

7) El apartado c) se refiere a los casos en que queda establecido que una norma enunciada en un tratado ha generado una nueva norma de derecho internacional consuetudinario[333]. Se trata de un proceso que no debe presuponerse a la ligera. Como

---

330 Al examinar en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte* si el artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental, de 1958 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 499, núm. 7302, pág. 311) reflejaba el derecho internacional consuetudinario cuando se elaboró la Convención, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que: "el carácter de la norma en la Convención, por tanto, depende principalmente de los procesos que llevaron a la Comisión [de Derecho Internacional] a proponerla. Esos procesos ya se han examinado en relación con las alegaciones de Dinamarca y los Países Bajos de una necesidad *a priori* de equidistancia, y la Corte considera que ese examen también es suficiente a los fines actuales, con objeto de poner de manifiesto que el principio de la equidistancia, tal como figura en el artículo 6 de la Convención, fue propuesto por la Comisión con grandes vacilaciones, de manera un tanto experimental, a lo sumo *de lege ferenda*, y en absoluto *de lege lata* o como norma emergente de derecho internacional consuetudinario. Evidentemente, sobre esa base no puede decirse que el artículo 6 de la Convención ha reflejado o cristalizado una norma de tal índole" (*North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), pág. 38, párr. 62). Véase también *Jurisdictional Immunities of the State* (nota 255 *supra*), págs. 138 y 139, párr. 89.

331 Incluso cuando una disposición convencional no puede acordarse finalmente, sigue siendo posible que el derecho internacional consuetudinario haya evolucionado después "mediante la práctica de los Estados sobre la base de los debates y casi acuerdos en la Conferencia [en que se negoció el tratado]": *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 3 y ss., en especial pág. 23, párr. 52.

332 Véase, por ejemplo, *Continental Shelf* (nota 255 *supra*), pág. 33, párr. 34 ("[e]n opinión de la Corte es indiscutible que *la práctica de los Estados* muestra que la institución de la zona económica exclusiva, que concede derechos en razón de la distancia, ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario" [sin cursiva en el original]).

333 Como confirmó la Corte Internacional de Justicia, "esta situación entra dentro de lo posible y se presenta de tiempo en tiempo: es incluso uno de los métodos reconocidos por los cuales pueden formarse nuevas normas de derecho internacional consuetudinario" (*North Sea Continental Shelf*

explicó la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, establecer que de una norma enunciada en un tratado ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario:

> "En primer lugar requiere que la disposición de que se trate tenga, en todo caso potencialmente, un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho. [...] [E]s indispensable que, en el período en cuestión, por breve que pudiera ser, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido amplia y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada; además, tiene que haber ocurrido de forma tal que quede patente un reconocimiento general de que se trata de una norma de derecho o una obligación jurídica."[334]

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

8) El párrafo 2 trata de advertir de que la existencia de disposiciones similares en un número importante de tratados bilaterales o de otra índole, que hacen que se establezcan derechos y obligaciones similares para una amplia gama de Estados, no significa necesariamente que esas disposiciones reflejen una norma de derecho internacional consuetudinario. Aunque puede suceder efectivamente que esa repetición confirme la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario análoga (o haya dado lugar a ella), "también podría demostrar lo contrario", en el sentido de que los Estados suscriben tratados debido a la falta de norma alguna o para suspender su vigencia[335]. Una

(véase la nota 254 *supra*), pág. 41, párr. 71). Un ejemplo de ello puede encontrarse en el Reglamento de La Haya, anexo a la Cuarta Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1907: aunque se concibió, de conformidad con la Convención, para "revisar las leyes y costumbres generales de la guerra" vigentes en ese momento (y, por lo tanto, no fue una codificación del derecho internacional consuetudinario existente), más adelante se consideró que reflejaba el derecho internacional consuetudinario (véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 172, párr. 89).

334 *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), págs. 41 a 43, párrs. 72 y 74 (con reservas, en el párr. 71, en el sentido de que "no debe considerarse a la ligera que se ha logrado ese resultado"). Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 246 *supra*), pág. 98, párr. 184 ("Cuando dos Estados convienen en incorporar una determinada norma en un tratado, ese acuerdo basta para convertir esa norma en jurídica y vinculante para ellos; en cambio, en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran una norma no es suficiente. La Corte deberá cerciorarse de que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados se confirma con la práctica").

335 Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 582 y ss., en especial pág. 615, párr. 90 ("El hecho invocado por Guinea de que varios acuerdos internacionales, como los acuerdos para la promoción y la protección de las inversiones extranjeras y el Convenio de Washington, han establecido regímenes jurídicos especiales que rigen la protección de las inversiones, o que comúnmente se incluyen disposiciones a este respecto en contratos celebrados directamente entre Estados e inversores extranjeros, no es suficiente para demostrar que haya habido un cambio en las reglas consuetudinarias de la protección diplomática; igualmente podría demostrar lo contrario").

vez más, es preciso investigar si hay casos de práctica aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) que apoyen la norma escrita.

Conclusión 12
Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 12 se refiere al papel que pueden desempeñar las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales en la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Establece que, si bien dichas resoluciones no pueden, de por sí, crear normas de derecho internacional consuetudinario ni servir como prueba concluyente de su existencia y contenido, a veces pueden servir de prueba del derecho vigente o emergente[336].

2) Como en el proyecto de conclusión 6, el término "resoluciones" se refiere a todas las resoluciones, decisiones y demás actos aprobados por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales, cualquiera que sea su designación[337] y sean o no jurídicamente vinculantes. En este contexto, se presta una atención especial a las resoluciones de la Asamblea General, un órgano plenario de participación cuasiuniversal, que pueden constituir un medio práctico para examinar las opiniones colectivas de sus miembros. Las resoluciones aprobadas por órganos o en conferencias de composición más reducida también pueden ser pertinentes, aunque su peso en la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario (general) probablemente será menor.

3) Aunque las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales son actos de esos órganos, en el contexto del presente proyecto de conclusión lo que importa es que pueden reflejar la expresión colectiva de las opiniones de los Estados miembros de dichos órganos: cuando se proponen (explícita o implícitamente) abordar asuntos jurídicos, pueden permitir conocer las actitudes de sus miembros con respeto a esos asuntos. Gran parte de lo que se dice de los tratados en el proyecto de conclusión 11 es de aplicación para las resoluciones; no obstante, a diferencia de los tratados, las resoluciones no suelen ser documentos jurídicamente vinculantes, ya que en su mayoría no pretenden consagrar derechos y obligaciones jurídicos, y en general son objeto de exámenes jurídicos menos exhaustivos que las propuestas de textos convencionales. Como sucede con los tratados, las

[336] Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 258 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 70; *SEDCO Incorporated v. National Iranian Oil Company and Iran*, segundo laudo cautelar, laudo núm. ITL 59-129-3, de 27 de marzo de 1986, *International Law Reports*, vol. 84, págs. 483 a 592, en especial pág. 526.

[337] Hay una amplia variedad de designaciones, como "declaración" o "declaración de principios".

resoluciones tampoco pueden sustituir la tarea de determinar si existe efectivamente una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*).

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

5) El párrafo 2 dispone, en primer lugar, que las resoluciones pueden, no obstante, contribuir a la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario al constituir un elemento de prueba de su existencia y contenido. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, "aunque no sean vinculantes [...] pueden, en determinadas circunstancias, constituir una prueba importante para establecer la existencia de una norma o el surgimiento de una *opinio iuris*"[338]. Ello sucede, en particular, cuando una resolución pretende ser declaratoria de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, en cuyo caso puede servir como prueba de la aceptación como derecho de esa norma por los Estados que apoyan la resolución. En otras palabras, "[e]l consentimiento respecto al texto de esas resoluciones […] puede interpretarse como una aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución"[339]. Por el contrario, los votos negativos, las abstenciones o las desvinculaciones del consenso, al igual que las declaraciones generales y las explicaciones de posiciones, pueden ser pruebas de que no hay aceptación como derecho y que, por tanto, no existe una norma.

6) Debido a que la actitud de los Estados con respecto a una determinada resolución (o una norma en particular enunciada en una resolución), expresada mediante votación o de otro modo, a menudo está motivada por consideraciones de carácter político o no jurídicas, la determinación de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* derivada de esas resoluciones debe hacerse "con la debida cautela"[340]. El término "puede" así lo indica. Es preciso hacer en cada caso una evaluación detenida de diversos factores para determinar si los Estados interesados pretendían, efectivamente, reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Como observó la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*:

> "[e]s necesario examinar el contenido y las condiciones que llevaron a su aprobación; asimismo, es preciso ver si existe una *opinio iuris* en lo que respecta a su carácter normativo. También es posible que a partir de una serie de resoluciones evolucione gradualmente la *opinio iuris* que se requiere para el establecimiento de una nueva norma."[341]

La formulación exacta empleada es el punto de partida para tratar de evaluar la importancia jurídica de una resolución; la referencia al derecho internacional y la elección (o exclusión)

[338] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 258 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 70 (en referencia a las resoluciones de la Asamblea General).

[339] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 246 *supra*), pág. 100, párr. 188. Véase también *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, laudo final de 24 de marzo de 1982, *International Law Reports*, vol. 66, págs. 518 a 627, en especial págs. 601 y 602, párr. 143.

[340] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 246 *supra*), pág. 99, párr. 188.

[341] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 258 *supra*), pág. 255, párr. 70.

de determinados términos en el texto, tanto en el preámbulo como en la parte dispositiva, pueden ser importantes[342]. También son pertinentes los debates y las negociaciones que llevan a la aprobación de la resolución y en especial las explicaciones de voto, las explicaciones de posición y otras declaraciones similares inmediatamente anteriores o posteriores a la aprobación[343]. El grado de apoyo a la resolución (que puede observarse en la mayoría y el número de votos negativos o de abstenciones) es fundamental. Las diferencias de opinión expresadas sobre aspectos de una resolución pueden indicar que no existe una aceptación general como derecho *(opinio iuris)*, al menos en cuanto a esos aspectos, y es poco probable que se considere que las resoluciones a las que se opone un número considerable de Estados reflejan el derecho internacional consuetudinario[344].

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

8) El párrafo 3, como consecuencia lógica de los párrafos 1 y 2, aclara que las disposiciones de las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no pueden, de por sí, constituir un elemento de prueba concluyente para establecer la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario. Ello se desprende de la indicación de que, para determinar la existencia de una norma, es necesario que la *opinio iuris* de los Estados, puesta de manifiesto en una resolución, se vea confirmada por la práctica; así pues, se requieren otras pruebas, en particular para demostrar si la presunta norma se observa en efecto en la práctica de los Estados[345]. Una disposición de una resolución no puede servir de prueba de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario si la práctica efectiva es inexistente, diferente o inconstante.

---

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

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

[344] Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 258 *supra*), pág. 255, párr. 71 ("varias de las resoluciones que se examinan en la presente causa han sido aprobadas a pesar de que hubo un considerable número de votos negativos y de abstenciones; por lo tanto, aunque esas resoluciones son una muestra clara de la profunda preocupación que existe sobre el problema de las armas nucleares, siguen sin bastar para establecer la existencia de una *opinio iuris* sobre la ilegalidad del uso de esas armas").

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

Conclusión 13
Decisiones de cortes y tribunales

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 13 se refiere a la contribución de las decisiones de cortes y tribunales, tanto internacionales como nacionales, a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Cabe señalar que las decisiones de los tribunales y cortes nacionales pueden cumplir una doble función en la identificación del derecho internacional consuetudinario. Por una parte, como se indica en los proyectos de conclusión 6 y 10, pueden considerarse formas de práctica y/o pruebas de la aceptación como derecho *(opinio iuris)* del Estado del foro. El proyecto de conclusión 13, por otra parte, establece que esas decisiones también pueden constituir un medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario cuando ellas mismas investigan la existencia y el contenido de dichas normas.

2) El proyecto de conclusión 13 sigue de cerca el artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, según el cual las decisiones judiciales son un "medio auxiliar" *(moyen auxiliaire)* para la determinación de las normas de derecho internacional, incluidas las normas de derecho internacional consuetudinario. La expresión "medio auxiliar" denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas, como los tratados, el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho. El uso de la expresión "medio auxiliar" no pretende dar a entender que esas decisiones no sean importantes en la práctica.

3) Las decisiones de cortes y tribunales sobre cuestiones de derecho internacional, en particular aquellas decisiones en que se examina la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y se identifican y aplican esas normas, pueden ofrecer orientaciones útiles para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario. No obstante, el valor de esas decisiones varía mucho, dependiendo de la calidad del razonamiento de cada decisión (incluida la medida en que se basa en un examen riguroso de las pruebas de una presunta práctica general aceptada como derecho) y de la acogida de la decisión entre los Estados y otros tribunales. Otras consideraciones que podrían tenerse en cuenta, en función de las circunstancias, son la composición de la corte o el tribunal (y el ámbito de especialización de sus miembros); la mayoría por la que se aprobó la decisión y las condiciones en que la corte o el tribunal desempeñan su labor. Además, es preciso recordar que los pronunciamientos judiciales sobre el estado del derecho internacional consuetudinario no frenan el desarrollo del derecho; las normas de derecho internacional consuetudinario pueden haber evolucionado desde la fecha de una determinada decisión[346].

[346] Así pues, las decisiones de los tribunales y cortes internacionales tampoco pueden considerarse pruebas concluyentes con miras a la identificación de las normas de derecho internacional en ese sentido.

4) El párrafo 1 emplea la expresión “cortes y tribunales internacionales”, con la que se pretende abarcar cualquier órgano internacional con competencias judiciales, llamado a examinar normas de derecho internacional consuetudinario. Se menciona de manera expresa la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, cuyo Estatuto es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y cuyos miembros son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en reconocimiento de la importancia de su jurisprudencia y su especial autoridad como única corte internacional permanente de jurisdicción general[347]. Además de a la antecesora de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Justicia Internacional, la expresión “cortes y tribunales internacionales” incluye, entre otros, a tribunales especializados y regionales, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales internacionales, los tribunales regionales de derechos humanos y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. También incluye a los tribunales arbitrales interestatales y otros tribunales arbitrales que apliquen el derecho internacional. Los conocimientos y la amplitud de las pruebas de que suelen disponer los tribunales y cortes internacionales otorgan un peso significativo a sus decisiones, con sujeción a las consideraciones mencionadas en el párrafo anterior.

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

6) El párrafo 2 se refiere a las decisiones de los tribunales nacionales (también denominados tribunales internos)[348]. La distinción entre los tribunales internacionales y nacionales no siempre está clara; de acuerdo con su uso en las presentes conclusiones, la expresión “tribunales nacionales” también se aplica a los tribunales de composición internacional que desempeñan su labor en uno o varios ordenamientos jurídicos nacionales, como los tribunales y cortes híbridos de composición y jurisdicción mixtas nacional e internacional.

7) Se requiere cierta cautela al tratar de basarse en las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Ello se refleja en las diferencias de redacción de los párrafos 1 y 2, en particular el empleo de la expresión “[p]odrán tomarse en consideración, cuando proceda” en el párrafo 2. A estos fines, se suele dar más peso a los fallos de los tribunales internacionales que a los de los tribunales nacionales, ya que es probable que los primeros tengan más experiencia en derecho internacional y es menos probable que reflejen

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

[348] En relación con las decisiones de los tribunales nacionales como medio auxiliar para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, véase también, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga”*, causa núm. IT-96-21-T, fallo de 16 de noviembre de 1998, párr. 414.

una perspectiva nacional. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los tribunales nacionales actúan dentro de un ordenamiento jurídico concreto, que podría incorporar el derecho internacional solamente de una determinada manera y de forma limitada. A diferencia de los tribunales internacionales, los tribunales nacionales pueden carecer de conocimientos especializados en materia de derecho internacional y tomar decisiones sin oír antes los argumentos de los Estados[349].

Conclusión 14
Doctrina

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

Comentario

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

2) Como sucede con las decisiones de cortes y tribunales mencionadas en el proyecto de conclusión 13, la doctrina no es en sí una fuente de derecho internacional consuetudinario, pero puede ofrecer orientación para la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario. Esa función auxiliar reconoce el valor que puede tener a la hora de recopilar y valorar la práctica de los Estados, identificar las divergencias en la práctica de los Estados y la posible inexistencia o desarrollo de normas, y evaluar el derecho.

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

> "las obras de los juristas y comentaristas que, tras años de trabajo, investigación y experiencia, conocen especialmente bien los temas que tratan. A esas obras recurren con frecuencia los 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."[350]

[349] Véase también "Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available", *Yearbook… 1950*, vol. II, documento A/1316, Part II, pág. 370, párr. 53.

[350] *The Paquete Habana and The Lola*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos 175 US 677 (1900), pág. 700. Véase también *The Case of the S.S. "Lotus"* (nota 250 *supra*), págs. 26 y 31.

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

5) La labor de los órganos internacionales encargados de la codificación y el desarrollo del derecho internacional puede ser un recurso útil en este sentido. Entre esos órganos colectivos cabe citar el Instituto de Derecho Internacional y la International Law Association, así como los órganos de expertos internacionales en esferas concretas. El valor de cada labor debe evaluarse detenidamente teniendo en cuenta el mandato y los conocimientos especializados del órgano en cuestión, el cuidado y la objetividad con que trabaja sobre una determinada cuestión, el apoyo que ha recibido esa labor dentro del órgano y la acogida que ha tenido entre los Estados.

Sexta parte
Objetor persistente

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

Conclusión 15
Objetor persistente

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

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

Comentario

1) Las normas de derecho internacional consuetudinario, “por naturaleza, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional y, por tanto, no pueden estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por cualquiera de ellos en beneficio propio”[351]. No obstante, cuando un Estado ha objetado de forma persistente a una norma *emergente* de derecho internacional consuetudinario, y mantiene su objeción después de que dicha norma haya cristalizado, esa norma no le es oponible. Esto se conoce a veces como la “norma” o “doctrina” del objetor persistente y a menudo se plantea en relación con la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario.

[351] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 254 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63. Así sucede con las normas de derecho internacional consuetudinario “general”, por oposición al derecho internacional consuetudinario “particular” (véase el proyecto de conclusión 16 *infra*).

2) El caso del objetor persistente debe distinguirse de la situación en que la objeción de un gran número de Estados a la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario impide por completo su conformación (al no existir una práctica general aceptada como derecho)[352] y su aplicación está sujeta a requisitos estrictos.

3) El Estado que haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario incipiente argumentando en su contra o adoptando una práctica alternativa podrá optar por una de las posturas siguientes, o por ambas: tratar de impedir que se cree esa norma o hacer lo posible para que, si se crea, no le sea oponible. Un ejemplo de ello sería la oposición de algunos Estados a la norma incipiente que permitía el establecimiento de un mar territorial de hasta 12 millas. Esos Estados tal vez quisieron consolidar un mar territorial de 3, 4 o 6 millas como norma general, pero en ningún caso estaban dispuestos a que se les impusiera un mar territorial mayor[353]. Si se determina que ha surgido una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad de establecer el derecho a beneficiarse de la condición de objetor persistente recae en el Estado objetor.

4) La norma del objetor persistente se hace valer y se reconoce con bastante frecuencia, tanto en la jurisprudencia internacional como en la nacional[354], así como en otros contextos[355]. Aunque existen opiniones divergentes, la norma del objetor persistente está

[352] Véase, por ejemplo, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), vol. 46 (1978), sentencia de 13 de diciembre de 1977, 2 BvM 1/76, núm. 32, págs. 342 a 404, en especial págs. 388 y 389, párr. 6 (“Esto no solo se refiere a las medidas que un Estado puede oponer con éxito desde el principio contra la aplicación de una norma general vigente de derecho internacional mediante una perseverante en defensa de su derechos (en el sentido de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías* (véase la nota 289 *supra*) pág. 131); por el contrario, actualmente no puede asumirse la existencia de una norma general de derecho internacional correspondiente”).

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

[354] Véase, por ejemplo, *Fisheries case* (nota 289 *supra*), pág. 131; *Michael Domingues c. los Estados Unidos*, caso núm. 12285 (2002), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 62/02, párrs. 48 y 49; *Sabeh El Leil v. France* [GC], demanda núm. 34869/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2011, párr. 54; informes del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R, adoptados el 21 de noviembre de 2006, pág. 388, nota 248; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, 965 F.2d 699; 1992 U.S. App., pág. 715, párr. 54.

[355] Véase, por ejemplo, la intervención de Turquía en 1982 en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, documento A/CONF.62/SR.189, pág. 76, párr. 150 (puede consultarse en http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html); Departamento de Defensa de los Estados Unidos, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington D.C., junio de 2015, págs. 29 a 34, secc. 1.8 (Derecho internacional consuetudinario), en especial pág. 30, párr. 1.8 (“En general, el derecho internacional consuetudinario es vinculante para todos los Estados, pero los Estados que hayan sido objetores persistentes a una norma de derecho internacional consuetudinario durante su desarrollo no estarán obligados por esa norma”) y pág. 34, párr. 1.8.4; *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (arbitraje con arreglo al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982), respuesta de la República de Mauricio, vol. 1 (18 de noviembre de 2013), pág. 124, párr. 5.11.

aceptada de manera general por los Estados y los autores, así como por los órganos científicos encargados del derecho internacional[356].

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

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

7) El párrafo 2 aclara los requisitos estrictos que deben cumplirse para que un Estado establezca y mantenga la condición de objetor persistente con respecto a una norma de derecho internacional consuetudinario. Además de formularla antes de que la práctica se convierta en una norma de derecho, la objeción debe expresarse claramente, lo que significa que la no aceptación de la norma incipiente o la voluntad de no quedar obligado por ella debe ser inequívoca[357]. No obstante, no se exige que la objeción revista una forma determinada. En particular, una objeción verbal clara, ya sea escrita u oral, por oposición a una acción física, bastaría para preservar la posición jurídica del Estado objetor.

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

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

10) La inclusión del proyecto de conclusión 15 en el presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*.

---

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

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

Séptima parte
Derecho internacional consuetudinario particular

La séptima parte consta de un único proyecto de conclusión que se ocupa del derecho internacional consuetudinario particular (en ocasiones denominado "costumbre regional" o "costumbre especial"). Mientras que las normas de derecho internacional consuetudinario general son vinculantes para todos los Estados, las normas de derecho internacional consuetudinario particular se aplican entre un número limitado de Estados. Aunque no son demasiado frecuentes, pueden desempeñar un papel importante en las relaciones interestatales, ya que permiten armonizar intereses y valores contrapuestos de algunos Estados únicamente[358].

Conclusión 16
Derecho internacional consuetudinario particular

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

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

Comentario

1) Es indiscutible que pueden existir normas de derecho internacional consuetudinario de carácter no general. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia así lo confirma al referirse, entre otras cosas, al derecho internacional consuetudinario "particular del sistema jurídico interamericano"[359] o "limitado en sus efectos al continente africano, como previamente había ocurrido con la América hispana"[360], "una costumbre local"[361] y al derecho internacional consuetudinario "de carácter regional"[362]. La identificación de esas normas se ha tratado, por ejemplo, en la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia c. Perú)*[363] y en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*[364]. La expresión "derecho internacional consuetudinario particular" hace referencia a esas normas por oposición a las normas de derecho internacional consuetudinario de aplicación general. Se prefiere a "costumbre particular" para destacar que el proyecto de conclusión se refiere a las normas de derecho, no a meras costumbres o usos; ciertamente, puede haber "costumbres locales" entre los Estados que no equivalgan a normas de derecho internacional[365].

2) El proyecto de conclusión 16 se ha ubicado al final del proyecto de conclusiones, ya que los proyectos de conclusión anteriores también se aplican en general a la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario particular, salvo que se disponga

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

[359] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 246 *supra*), pág. 105, párr. 199.

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

[361] *Rights of nationals of the United States of America in Morocco* (véase la nota 268 *supra*), pág 200; *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 258 *supra*), pág. 39.

[362] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 266 *supra*), pág. 233, párr. 34.

[363] *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 257 *supra*).

[364] *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 258 *supra*).

[365] Véase también el proyecto de conclusión 9, párr. 2, *supra*.

otra cosa en el presente proyecto de conclusión. En particular es de aplicación el enfoque basado en dos elementos, descritos en el presente comentario[366].

3) El párrafo 1, de carácter definitorio, explica que el derecho internacional consuetudinario particular solo se aplica entre un número limitado de Estados. Debe distinguirse del derecho internacional consuetudinario general, es decir, el derecho internacional consuetudinario que en principio se aplica a todos los Estados. Por consiguiente, una norma de derecho internacional consuetudinario particular no crea, en sí, obligaciones ni derechos para terceros Estados[367].

4) Las normas de derecho internacional consuetudinario particular pueden aplicarse entre diversos tipos de grupos de Estados. A menudo se hace referencia a las normas consuetudinarias de carácter regional, como las "propia[s] de los Estados de América Latina" (la institución del asilo diplomático es un ejemplo frecuente al respecto)[368]. El derecho internacional consuetudinario particular puede abarcar una zona geográfica más pequeña, como una subregión, o incluso aplicarse a tan solo dos Estados. Ese tipo de costumbre se abordó en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*, en la que la Corte Internacional de Justicia sostuvo que:

> "Es difícil comprender por qué el número de Estados entre los que puede establecerse una costumbre local basada en una práctica de larga data debe ser necesariamente mayor de dos. La Corte no ve razones por las que una práctica continuada y reiterada entre dos Estados, aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones, no deba constituir la base de derechos y obligaciones recíprocos entre ellos."[369]

El objeto de las causas en que se han examinado afirmaciones de ese derecho internacional consuetudinario particular era, por ejemplo, al derecho de acceso a enclaves en territorio extranjero[370]; la copropiedad (condominio) de aguas históricas de tres Estados ribereños[371]; el derecho a la pesca de subsistencia de nacionales que viven a orillas de un río que constituye la frontera entre dos Estados ribereños[372]; el derecho al tránsito interfronterizo/internacional exento de trámites de inmigración[373]; y la obligación de llegar

[366] La Corte Internacional de Justicia ha considerado que el artículo 38, párrafo 1 b) de su Estatuto se aplica al derecho internacional consuetudinario particular: véase *Colombian-Peruvian asylum case* (nota 257 *supra*), pág. 276.

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

[368] *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 257 *supra*), pág. 276.

[369] *Right of Passage over Indian Territory* (véase la nota 258 *supra*), pág. 39.

[370] *Ibid*., pág. 6.

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

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

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

a un acuerdo sobre la administración de la generación de energía en un río que constituye la frontera entre dos Estados[374].

5) Aunque en general existe cierta afinidad geográfica entre los Estados entre los que se aplica una norma de derecho internacional consuetudinario particular, esa circunstancia no siempre es necesaria. La expresión "ya sea regional, local o de otra índole" tiene por objeto reconocer que, aunque el derecho internacional consuetudinario particular suele ser regional, subregional o local, en principio no hay ninguna razón por la que una norma de derecho internacional consuetudinario particular no deba desarrollarse también entre Estados que estén unidos por una causa, un interés o una actividad comunes, distintos de su situación geográfica, o que constituyan una comunidad de interés, establecida mediante un tratado o de algún otro modo.

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

> "La parte que alega una costumbre de este tipo debe demostrar que la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para la otra parte. El Gobierno de Colombia debe probar que la norma invocada se corresponde con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso es la expresión de un derecho perteneciente al Estado que concede asilo y un deber del Estado territorial. Esto se desprende del artículo 38 del Estatuto de la Corte, que se refiere a la costumbre internacional 'como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho'."[375]

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

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

[375] *Colombian-Peruvian asylum case* (véase la nota 257 *supra*), págs. 276 y 277.

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

A. Introducción

64. En su 60º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Los tratados en el tiempo" y establecer un Grupo de Estudio al respecto en su 61er período de sesiones[376]. En el 61er período de sesiones (2009), la Comisión estableció el Grupo de Estudio sobre los Tratados en el Tiempo, presidido por el Sr. Georg Nolte. En ese período de sesiones, los debates celebrados en el Grupo de Estudio se centraron en la identificación de las cuestiones que iban a tratarse, los métodos de trabajo del Grupo de Estudio y el posible resultado de la labor de la Comisión sobre el tema[377].

65. Del 62º período de sesiones al 64º período de sesiones (2010 a 2012) se volvió a constituir el Grupo de Estudio bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte. El Grupo de Estudio examinó tres informes, que su Presidente expuso de manera informal, en los que se abordaban, respectivamente, la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales de jurisdicción especial[378], la jurisprudencia en el marco de regímenes especiales en relación con los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[379] y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales[380].

66. En el 64º período de sesiones (2012), la Comisión, tomando como base la recomendación del Grupo de Estudio[381], decidió: a) modificar, a partir del 65º período de sesiones (2013), la estructura de la labor sobre el tema, con arreglo a la sugerencia del Grupo de Estudio; y b) nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial para el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados"[382].

---

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

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

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

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

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

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

[382] *Ibid.*, párr. 227.

67. En el 65º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/660) y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes[383].

68. En el 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes[384].

69. En el 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/683) y aprobó provisionalmente un proyecto de conclusión y el comentario correspondiente[385].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

70. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/694), en el que se examinaba la relevancia jurídica, a efectos de la interpretación y como forma de práctica en el marco de un tratado, de los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados (cap. II) y de las decisiones de los tribunales nacionales (cap. III), y se proponían, respectivamente, los proyectos de conclusión 12 y 13 acerca de esas cuestiones. También se abordaba la estructura y el alcance de los proyectos de conclusión (cap. IV), se proponía incluir un nuevo proyecto de conclusión 1a y se sugería revisar el proyecto de conclusión 4, párrafo 3 (cap. V).

71. La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3303ª a 3307ª, celebradas del 24 al 31 de mayo de 2016. En su 3307ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2016, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1a y 12 propuestos por el Relator Especial.

72. En su 3313ª sesión, celebrada el 10 de junio de 2016, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó, en primera lectura, un conjunto de 13 proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (véase la sección C.1 *infra*). En sus sesiones 3335ª a 3337ª, 3340ª y 3341ª, celebradas los días 4, 5, 8 y 9 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (véase la sección C.2 *infra*).

73. En su 3341ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2016, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, remitir el proyecto de conclusiones (sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formularan

[383] *Ibid., sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 33 a 39. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 (Regla general y medios de interpretación de los tratados); 2 (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación); 3 (Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo); 4 (Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior); y 5 (Atribución de la práctica ulterior).

[384] *Ibid., sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 70 a 76. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 6 (Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior); 7 (Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación); 8 (Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación); 9 (Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado); y 10 (Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes).

[385] *Ibid., septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párrs. 123 a 129. La Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 11 (Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales).

comentarios y observaciones, con la petición de que presentaran sus comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de enero de 2018.

74. En su 3341ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2016, la Comisión expresó su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sr. Georg Nolte, por su excelente contribución, que había permitido a la Comisión llevar a buen término la primera lectura del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados por la Comisión

1. Texto de los proyectos de conclusión

75. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de conclusión aprobados por la Comisión en primera lectura.

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

Primera parte
Introducción

Conclusión 1 [1a][386]
Introducción

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

Segunda parte
Reglas básicas y definiciones

Conclusión 2 [1]
Regla general y medios de interpretación de los tratados

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

2. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

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

[386] Los números de los proyectos de conclusión aprobados anteriormente por la Comisión se indican entre corchetes.

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

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

Conclusión [3] 2
Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación

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

Conclusión 4
Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

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

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

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

Conclusión 5
Atribución de la práctica ulterior

1. La práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional.

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

Tercera parte
Aspectos generales

Conclusión 6
Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. La identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31, párrafo 3, requiere, en particular, la determinación de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición con respecto a la interpretación del tratado. Ese no suele ser el caso si las partes han

acordado simplemente no aplicar el tratado temporalmente o han acordado establecer un arreglo práctico *(modus vivendi)*.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3, pueden adoptar diversas formas.

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

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

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

2. La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 también puede contribuir a aclarar el sentido de un tratado.

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

Conclusión 8 [3]
Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo

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

Conclusión 9 [8]
Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

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

2. El peso de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga.

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

Conclusión 10 [9]
Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. Un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Aunque se tendrá en cuenta, dicho acuerdo no tiene que ser legalmente vinculante.

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

Cuarta parte
Aspectos específicos

Conclusión 11 [10]
Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

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

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

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

Conclusión 12 [11]
Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

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

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

3. La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31, párrafo 1, y 32.

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

Conclusión 13 [12]
Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de los tratados

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

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

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

4. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la contribución que el pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado pueda hacer de otro modo a la interpretación de un tratado.

2. Texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes

76. El texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en primera lectura figura a continuación. El texto contiene una versión consolidada de los comentarios aprobados hasta el momento por la Comisión, incluidas las modificaciones y adiciones hechas a los comentarios previamente aprobados y los comentarios aprobados en el 68º período de sesiones de la Comisión.

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

Primera parte
Introducción

Conclusión 1 [1a]
Introducción

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

Comentario

1) El presente proyecto de conclusiones tiene por objeto explicar el papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados. Se basa en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (en adelante,

"la Convención de Viena de 1969")[387]. El proyecto de conclusiones encuadra los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el marco de las normas de la Convención de Viena relativas a la interpretación identificando y dilucidando las autoridades y los ejemplos pertinentes y abordando determinadas cuestiones que pueden plantearse al aplicar esas normas[388].

2) El proyecto de conclusiones no tiene en cuenta todas las circunstancias imaginables en las que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden desempeñar un papel en la interpretación de los tratados. Por ejemplo, un aspecto que no se trata específicamente es la pertinencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales[389]. El proyecto de conclusiones tampoco aborda la interpretación de normas aprobadas por una organización internacional, la identificación del derecho internacional consuetudinario ni los principios generales del derecho. Esto se entiende sin perjuicio de otros medios de interpretación previstos en el artículo 31, como el párrafo 3 c), según el cual la interpretación de un tratado deberá tener en cuenta toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

3) El proyecto de conclusiones tiene por objeto facilitar la labor de quienes están llamados a interpretar los tratados. Además de a los tribunales y cortes internacionales, el proyecto de conclusiones ofrece orientación a los Estados, incluidos sus tribunales, y a las organizaciones internacionales, así como a actores no estatales y a todos los que estén llamados a interpretar los tratados.

Segunda parte
Reglas básicas y definiciones

Conclusión 2 [1]
Regla general y medios de interpretación de los tratados

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

2. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

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

---

[387] 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.

[388] Como siempre ocurre con los trabajos de la Comisión, el proyecto de conclusiones debe leerse conjuntamente con los comentarios.

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 [1] sitúa los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida como medio de interpretación de los tratados en el marco de las reglas relativas a la interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. El título "Regla general y medios de interpretación de los tratados" pone de relieve dos cuestiones. En primer lugar, que el artículo 31, tomado en su conjunto, es la "regla general" de interpretación de los tratados[390]. En segundo lugar, que los artículos 31 y 32 enumeran una serie de "medios de interpretación", que deberán (artículo 31) o podrán (artículo 32) tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados[391].

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

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

3) Aunque el artículo 31 establece la regla general y el artículo 32 se refiere a los medios de interpretación complementarios, ambas disposiciones[392] han de examinarse conjuntamente, ya que constituyen un marco integrado para la interpretación de los tratados. El artículo 32 distingue entre los medios de interpretación fundamentales previstos en el artículo 31[393], todos los cuales deberán tenerse en cuenta en el proceso de interpretación, y los "medios de interpretación complementarios", a los que se podrá acudir para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido del tratado o de sus términos o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

---

390 Título del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

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

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

393 *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 244 y 245, comentario al proyecto de artículo 28, párr. 19); Waldock, tercer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, págs. 56 y 57, párr. 21; M. K. Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", *Recueil des cours… 1976-III*, vol. 151, págs. 1 a 114, en especial pág. 78; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Manchester University Press, 1984), págs. 141 y 142; Villiger, "The 1969 Vienna Convention…" (véase la nota 391 *supra*), págs. 127 y 128.

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

4) La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 2 [1] confirma que las reglas que figuran en los artículos 31 y 32 reflejan el derecho internacional consuetudinario[394]. Los tribunales y cortes internacionales han reconocido el carácter consuetudinario de esas reglas. En particular, tal es el caso de la Corte Internacional de Justicia[395], el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)[396], los arbitrajes entre Estados[397], el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC)[398], el

[394] Y. le Bouthillier, "Commentary on article 32 of the Vienna Convention" en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Corten y P. Klein (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 841 a 865, en especial págs. 843 a 846, párrs. 4 a 8; P. Daillier, M. Forteau y A. Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Din), 8ª ed. (París, LGDJ, 2009), págs. 285 y 286; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 13 a 20; Villiger, "The 1969 Vienna Convention…" (véase la nota 391 *supra*), págs. 132 y 133.

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

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

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

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

Tribunal Europeo de Derechos Humanos[399], la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[400], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[401] y los tribunales establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)[402] en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados[403]. Por tanto, las reglas contenidas en los artículos 31 y 32 se aplican como derecho de los tratados a los Estados partes en la Convención de Viena de 1969 y los tratados que entran dentro del ámbito de la Convención, y como derecho internacional consuetudinario entre todos los Estados.

5) La Comisión examinó también la posibilidad de referirse al artículo 33 de la Convención de Viena de 1969 en el proyecto de conclusión 2 [1] y se planteó si esa disposición también reflejaba el derecho internacional consuetudinario. El artículo 33 puede ser pertinente para los proyectos de conclusión sobre el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados". Según lo dispuesto en el artículo 31, párrafo 3 a), un "acuerdo ulterior" podría, por ejemplo, formularse en dos o más idiomas y podrían plantearse cuestiones con respecto a la relación de cualquier acuerdo ulterior con las diferentes versiones lingüísticas del propio tratado. No obstante, la Comisión decidió no ocuparse de esas cuestiones.

6) La Comisión, en particular, consideró si las reglas establecidas en el artículo 33 reflejaban el derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros pensaban que todas las reglas contenidas en el artículo 33 reflejaban el derecho internacional consuetudinario, mientras que otros querían dejar abierta la posibilidad de que solo fuera así en el caso de algunas de las reglas que figuraban en esa disposición, pero no de todas ellas. La jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales aún no se ha ocupado plenamente de esa cuestión. La Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Apelación de la OMC han considerado que algunas partes del artículo 33 reflejan normas de derecho internacional consuetudinario. En la causa relativa a *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que el párrafo 4 del artículo 33 reflejaba el derecho internacional consuetudinario[404]. No está tan claro si, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte consideró que el párrafo 3 del artículo 33 reflejaba una norma consuetudinaria[405]. El Órgano de Apelación de la OMC ha sostenido que las disposiciones de los párrafos 3 y 4

[399] *Golder v. the United Kingdom*, demanda núm. 4451/70, 21 de febrero de 1975, Serie A, núm. 18, párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, demanda núm. 26629/95, 4 de abril de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III, párr. 58 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], demanda núm. 34503/97, 12 de noviembre de 2008, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008, párr. 65 (implícitamente, Convención de Viena de 1969, arts. 31 a 33).

[400] *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 2, párr. 19 (implícitamente, Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32); *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tabago* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 94, párr. 19 (Convención de Viena de 1969, art. 31, párr. 1).

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

[402] *National Grid plc c. República Argentina*, decisión sobre competencia (CNUDMI), 20 de junio de 2006, párr. 51 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32); *Canfor Corporation v. United States of America, and Tembec et al. v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, orden del Tribunal de Acumulación, 7 de septiembre de 2005, párr. 59 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32).

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

[404] *LaGrand* (véase la nota 395 *supra*), pág. 502, párr. 101.

[405] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág. 1062, párr. 25; puede que la Corte aplicara esta disposición únicamente porque las partes no se opusieron a ello.

reflejan el derecho consuetudinario[406]. En el caso *Young Loan Arbitration*, el Tribunal de Arbitraje determinó que el párrafo 1 "incorporaba" un "principio"[407]. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido un paso más allá y han afirmado que el artículo 33 en su conjunto refleja el derecho consuetudinario[408]. Por tanto, en la jurisprudencia existen indicios significativos de que el artículo 33, en su totalidad, realmente refleja el derecho internacional consuetudinario.

Párrafo 2 – el artículo 31, párrafo 1

7) En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 2 [1] se reproduce el texto del artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969, dada su importancia para el tema. El artículo 31, párrafo 1, es el punto de partida de cualquier proceso de interpretación de los tratados, de acuerdo con la regla general recogida en el artículo 31 en su conjunto. El propósito es contribuir a asegurar, en el presente proyecto de conclusiones, que en el proceso de interpretación haya un equilibrio entre la evaluación de los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, por una parte, y las consideraciones relativas a los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida, por otra. No obstante, el objetivo de reiterar el artículo 31, párrafo 1, en un párrafo aparte no es dar a entender que ese párrafo y los medios de interpretación mencionados en él son, en el fondo, más importantes en el contexto del propio artículo 31. Todos los medios de interpretación que figuran en el artículo 31 forman parte de una regla única integrada[409].

Párrafo 3 – el artículo 31, párrafo 3

8) En el párrafo 3 se reproduce el texto del artículo 31, párrafo 3 a) y b), de la Convención de Viena, a fin de situar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como aspectos principales del tema, en el marco jurídico general de la interpretación de los tratados. Por ello, el encabezamiento del artículo 31, párrafo 3, "[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta" se mantiene para hacer hincapié en que la evaluación

[406] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Estados Unidos – Madera blanda IV)*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, párr. 59 (Convención de Viena de 1969, art. 33, párr. 3); Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano* (upland) (*Estados Unidos – Algodón americano* (upland)), WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, párr. 424, donde el Órgano de Apelación aplica y menciona expresamente el art. 33, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969 sin dar a entender que tenga carácter consuetudinario; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párr. 271 (Convención de Viena de 1969, art. 33, párr. 4).

[407] *The Question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, 16 de mayo de 1980, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIX (núm. de venta: E/F.90.V.7), págs. 67 a 145, en especial pág. 67, párr. 17, o *International Law Reports*, vol. 59 (1980), pág. 494, párr. 17.

[408] *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, asunto núm. 17, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports…, 2011*; *Golder v. the United Kingdom*, demanda núm. 4451/70, 21 de febrero de 1975, Serie A, núm. 18, párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, demanda núm. 26629/95, 4 de abril de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III, párr. 59; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], demanda núm. 34503/97, 12 de noviembre de 2008, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008, párr. 65 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 a 33).

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

de los medios de interpretación mencionados en el párrafo 3 a) y b) del artículo 31 forma parte integrante de la regla general de interpretación enunciada en el artículo 31[410].

Párrafo 4 – otra práctica ulteriormente seguida en el sentido del artículo 32

9) En el párrafo 4 se aclara que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, que no cumpla todos los criterios del artículo 31, párrafo 3 b), queda, no obstante, incluida en el ámbito de aplicación del artículo 32. El artículo 32 contiene una lista no exhaustiva de medios de interpretación complementarios[411]. En el párrafo 4 se toma prestada la expresión "se podrá acudir" del artículo 32 para mantener la distinción entre el carácter obligatorio de tener en cuenta los medios de interpretación enunciados en el artículo 31 y el carácter discrecional del uso de los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32.

10) En particular, la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual no conste el acuerdo de todas las partes en el tratado, sino solo de una o varias partes, puede utilizarse como medio de interpretación complementario. Así lo afirmó la Comisión[412] y, desde entonces, así ha sido reconocido por los tribunales y cortes internacionales[413] y por los tratadistas[414] (véanse en más detalle los párrafos 23) a 37) del comentario del proyecto de conclusión 4).

---

[410] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241, párr. 8); y G. Nolte, "Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of *ad hoc* jurisdiction relating to subsequent agreements and subsequent practice: introductory report for the ILC Study Group on treaties over time", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), pág. 169, en especial pág. 177.

[411] Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 79.

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

[413] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág. 1096, párrs. 79 y 80; *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), demanda núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, párrs. 79 a 81; *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros* (véase la nota 400 *supra*), párr. 92; *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, medidas provisionales, providencia de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports…, 1999*, pág. 280, en especial párr. 50; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático (CE – Equipo informático)*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998, párr. 90; véase también Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) (Estados Unidos – EPO)*, WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, adoptado el 23 de julio de 2012, párr. 452.

[414] Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 52, "... la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d'interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir *une pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties*. [...] *Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne*" [sin cursiva en el original]; Sinclair, *The Vienna Convention…* (véase la nota 393 *supra*), pág. 138: "... paragraph 3(b) of [a]rticle 31 of the Convention [covers] ... only a specific form of subsequent practice – that is to say, *concordant subsequent practice common to all the parties. Subsequent practice which does not fall within this narrow definition may nonetheless constitute a supplementary means of interpretation with the meaning of [a]rticle 32 of the Convention*" [sin cursiva en el original]; S. Torres Bernárdez, "Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties" en *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, G. Hafner y otros (eds.) (La Haya, Kluwer Law International, 1998), pág. 721, en especial pág. 726; M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009), págs. 431 y 432.

11) No obstante, la Comisión no consideró que la práctica ulterior que no se seguía "en la aplicación del tratado" debiera figurar, en el presente proyecto de conclusiones, como un medio de interpretación complementario. Con todo, esa práctica puede constituir un medio de interpretación complementario pertinente en determinadas circunstancias[415]. Ahora bien, esa práctica va más allá de la cuestión que está examinando la Comisión en el marco del presente tema, excepto en la medida en que pueda contribuir a "evaluar" la práctica pertinente ulteriormente seguida en la aplicación de un tratado (véanse el proyecto de conclusión 5 y el comentario correspondiente). Por ello, en el párrafo 4 del proyecto de conclusión 2 [1] se requiere que cualquier práctica ulterior se haya seguido "en la aplicación del tratado", al igual que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 4, donde se define "otra 'práctica ulterior'".

Párrafo 5 – "una sola operación combinada"

12) La Comisión consideró importante terminar el proyecto de conclusión 2 [1] haciendo hincapié en el párrafo 5[416] en que, a pesar de la estructura del proyecto de conclusión 2 [1], que va de lo general a lo particular, el proceso de interpretación es "una sola operación combinada" que requiere que se preste "la debida atención" a los diversos medios de interpretación[417]. La expresión "una sola operación combinada" procede del comentario de la Comisión al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, de 1966[418]. En ese contexto, la Comisión también dijo que su intención era "subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad"[419].

13) El párrafo 5 del proyecto de conclusión 2 [1] señala también que en el proceso de interpretación, como "una sola operación combinada", se ha de prestar la debida atención a los diversos medios de interpretación a los que se hace referencia en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, la Comisión no consideró necesario incluir una referencia, a modo de ejemplo, a uno o varios medios de interpretación concretos en el texto del párrafo 5 del proyecto de conclusión 2 [1][420]. Así se evita que pueda malinterpretarse que alguno de los diferentes medios tiene prioridad sobre los demás, independientemente de la disposición del tratado o del caso de que se trate.

14) En el párrafo 5 se utiliza la expresión "medios de interpretación", que abarca no solo los "medios de interpretación complementarios" mencionados en el artículo 32, sino también los elementos que figuran en el artículo 31[421]. Aunque en su comentario acerca del

[415] L. Boisson de Chazournes, "Subsequent practice, practices, and 'family resemblance': towards embedding subsequent practice in its operative milieu", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), págs. 53 a 63, en especial págs. 59 a 62.

[416] A/CN.4/660, párr. 64; y Nolte, "Jurisprudence of the International Court of Justice…" (véase la nota 410 *supra*), págs. 171 y 177.

[417] Con respecto a la diferente función que pueden desempeñar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con otros medios de interpretación, véase A/CN.4/660, párrs. 42 a 57; y Nolte, "Jurisprudence of the International Court of Justice…" (véase la nota 410 *supra*), pág. 183.

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

[419] *Ibid*.

[420] Se trataba de una propuesta formulada por el Relator Especial en su primer informe, véase A/CN.4/660, párr. 28: "Proyecto de conclusión 1 (Regla general y medios de interpretación de los tratados) [...] La interpretación de un tratado en un caso concreto podrá hacer que se dé una preferencia distinta a los diversos medios de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, especialmente al texto del tratado o a su objeto y fin, dependiendo del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión". Véase también el análisis que figura en el primer informe (*ibid*., párrs. 8 a 27).

[421] Véase también, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párr. 1); y Villiger, "The 1969 Vienna Convention…" (véase la nota 391 *supra*), pág. 129; Daillier, Forteau y Pellet, *Droit international public* (véase la nota 394 *supra*), págs. 284 a 289.

proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados la Comisión a veces utilizó las expresiones "medios de interpretación" y "elementos de interpretación" indistintamente, a los efectos del presente tema la Comisión conservó la expresión "medios de interpretación" porque también describe la función de herramienta o instrumento que desempeñan en el proceso de interpretación[422]. El término "medio" no establece diferencias entre los diversos elementos que se mencionan en los artículos 31 y 32. Indica más bien que cada uno de esos medios tiene una función en el proceso de interpretación, que es una "sola" operación y al mismo tiempo una operación "combinada"[423]. Al igual que los tribunales y cortes suelen comenzar su razonamiento considerando los términos del tratado para luego analizar, en un proceso interactivo[424], esos términos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado[425], en cualquier caso de interpretación de los tratados ha de determinarse en primer lugar la pertinencia concreta de los diversos medios de interpretación antes de que puedan "mezcl[arse] en el crisol"[426] para lograr una interpretación correcta, otorgándoles el peso debido en relación con los demás.

15) Durante la interpretación de un tratado en casos concretos, la obligación de prestar "la debida atención a los diversos medios de interpretación" podrá dar lugar a que se haga diferente hincapié en los diversos medios de interpretación, según el tratado o las disposiciones del tratado en cuestión[427]. Esto no quiere decir que un tribunal o cualquier otro intérprete sea más o menos libre de elegir la manera de utilizar y aplicar los diversos medios de interpretación. Lo que guía la interpretación es la evaluación del intérprete, que consiste en determinar la pertinencia de esos medios en un caso concreto y su interacción con los demás medios de interpretación en ese caso, prestándoles la debida atención y de buena fe, como requiere la regla que se va a aplicar[428]. La evaluación debe incluir, si es

---

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

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

[424] *Ibid.*

[425] *Ibid.*, págs. 240 y 241, párr. 6). Véase también Yasseen, "L'interprétation des traités…" (nota 393 *supra*), pág. 58; Sinclair, *The Vienna Convention…* (nota 393 *supra*), pág. 130; J. Klabbers, "Treaties, object and purpose", *Max Planck Encyclopedia on Public International Law* (www.mpepil.com), párr. 7; Villiger, *Commentary…* (véase la nota 414 *supra*), pág. 427, párr. 11; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Competencia y Admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1988*, págs. 69 y ss., en especial pág. 89, párrs. 45 y 46; *Delimitation of the continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Norther Ireland and the French Republic*, decisión de 30 de junio de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII (núm. de venta: E/F.80.V.7), págs. 3 a 413, en especial págs. 32 a 35, párr. 39.

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

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

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

posible y factible, un examen de las evaluaciones y decisiones anteriores pertinentes en la misma esfera y quizá también en otras[429].

16) La Comisión debatió si sería apropiado hacer referencia, en el proyecto de conclusión 2 [1], a la "naturaleza" del tratado como un elemento que suele ser pertinente para determinar la conveniencia de dar más o menos peso a determinados medios de interpretación[430]. Algunos miembros consideraban que el objeto del tratado (por ejemplo, si las disposiciones se refieren a cuestiones puramente económicas o se ocupan más bien de los derechos humanos de la persona; y si las normas del tratado son más técnicas o están más orientadas a la promoción de los valores), así como su estructura y función básicas (por ejemplo, si las disposiciones tienen un carácter más recíproco o están más orientadas a proteger un bien común), pueden influir en la interpretación. Señalaron que la jurisprudencia de diferentes tribunales y cortes internacionales daba a entender que así era[431]. También se mencionó que el concepto de "naturaleza" de un tratado no era ajeno a la Convención de Viena de 1969 (véase, por ejemplo, el artículo 56, párrafo 1 a))[432] y que el concepto de "naturaleza" de un tratado y/o de las disposiciones del tratado se había incluido en otros trabajos de la Comisión, en particular en relación con el tema de los efectos de los conflictos armados en los tratados[433]. No obstante, en opinión de otros miembros, el proyecto de conclusión no debía hacer referencia a la "naturaleza" del tratado, a fin de preservar la unidad del proceso de interpretación y evitar toda clasificación de los tratados. También se señaló que la noción de "naturaleza del tratado" no estaba clara y sería difícil

[429] En el primer informe (A/CN.4/660), se hace referencia a la jurisprudencia de los diferentes tribunales y cortes internacionales como ejemplos de la manera en que la importancia que se otorga a un medio en el proceso de interpretación pone de manifiesto el grado en que determinados casos de acuerdos ulteriores y prácticas ulteriormente seguidas han contribuido, o no, a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

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

[431] Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC, por ejemplo, parecen hacer más hincapié en los términos del acuerdo abarcado por la OMC de que se trate (por ejemplo, Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves, Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS46/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000, párr. 45), mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacan el carácter de la Convención como tratado de derechos humanos (por ejemplo, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], demandas núms. 46827/99 y 46951/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-I, párr. 111; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 16, párr. 58); véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10 y Add.1), págs. 302 y 303; y Nolte, "Jurisprudence under special regimes…" (véase la nota 398 *supra*), págs. 210 y ss., en especial págs. 216, 244 a 246, 249 a 262 y 270 a 275.

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

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

distinguirla del objeto y fin del tratado[434]. Finalmente, la Comisión decidió dejar abierta la cuestión y no hacer referencia a la naturaleza del tratado en el proyecto de conclusión 2 [1] por el momento.

Conclusión 3 [2]
Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación

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

Comentario

1) Al calificar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), de la Convención de Viena de 1969 como "medios auténticos de interpretación", la Comisión indica la razón por la cual esos medios son importantes para la interpretación de los tratados[435]. La Comisión sigue, pues, su comentario de 1966 acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que describía los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior contenidos en el artículo 31, párrafo 3 a) y b), como "medios auténticos de interpretación" y señalaba:

> "Es evidente la importancia que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado tiene como elemento de interpretación, ya que constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado."[436]

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

> "... el criterio de la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados se basa en que debe presumirse que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes [...], haciendo del sentido corriente de los términos, del contexto del tratado, de sus objetivos y fines y de las normas generales de derecho internacional, junto con las interpretaciones auténticas de las propias partes, los criterios primordiales para interpretar un tratado."[437]

---

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

[435] Véase R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. 1 (Harlow, Longman, 1992), pág. 1268, párr. 630; G. Fitzmaurice, "The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and certain other treaty points", *British Yearbook of International Law 1957*, vol. 33, págs. 203 a 293, en especial págs. 223 a 225; Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles – Segunda reclamación (Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación))*, WT/DS353/R, adoptado el 23 de marzo de 2012, párr. 7953.

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

[437] *Anuario..., 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 199, párr. 15); véase también *ibid*., pág. 198, párr. 13: "El párrafo 3 especifica como *otros* elementos auténticos de interpretación los siguientes:

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

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

4) No obstante, el carácter de "medios auténticos de interpretación" de los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), no implica que esos medios tengan necesariamente efectos concluyentes o jurídicamente vinculantes. De acuerdo con el encabezamiento del artículo 31, párrafo 3, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, después de todo, solo "habrá[n] de tenerse en cuenta" en la interpretación del tratado, que consiste en una "sola operación combinada" en la que no existe una jerarquía entre los medios de interpretación enumerados en el artículo 31[438]. Por esta razón, y contrariamente a la opinión de algunos autores[439], los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado no son necesariamente concluyentes ni jurídicamente vinculantes[440]. Así pues, cuando la Comisión señaló que un "acuerdo ulterior" constituía "una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado"[441], no fue tan lejos como para afirmar que esa interpretación fuera necesariamente concluyente en el sentido de prevalecer sobre los demás medios de interpretación.

---

a) los acuerdos entre las partes relativos a la interpretación del tratado; y b) toda práctica posterior en la aplicación del tratado que denote claramente el acuerdo de todas las partes respecto de su interpretación" [sin cursiva en el original]; en cambio, Waldock explicaba en su tercer informe que los trabajos preparatorios no son, como tales, medios auténticos de interpretación. Véase *ibid*., documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, págs. 56 y 57, párr. 21).

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

[439] M. E. Villiger, "The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The 'crucible' intended by the International Law Commission", en *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizaro (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 105 a 122, en especial pág. 111; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 34; O. Dörr, "Article 31, general rule of interpretation", en *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.) (Berlín, Springer, 2012), págs. 521 a 570, en especial págs. 553 y 554, párrs. 72 a 75; K. Skubiszewski, "Remarks on the interpretation of the United Nations Charter", en *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler*, R. Bernhardt y otros (eds.) (Berlín, Springer, 1983), págs. 891 a 902, en especial pág. 898.

[440] H. Fox, "Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili Sedudu Island Case*", en *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, M. Fitzmaurice, O. Elias y P. Merkouris (eds.) (Leiden, Martinus Nijhoff, 2010), págs. 59 a 74, en especial págs. 61 y 62; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (Bruselas, Bruylant, 2013), págs. 313 a 315; M. Benatar, "From probative value to authentic interpretation: the legal effect of interpretative declarations", *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), págs. 170 a 195, en especial págs. 194 y 195; con reservas: J. M. Sorel y B. Eveno, "1969 Vienna Convention, Article 31: General rule of interpretation", en Corten y Klein, *The Vienna Conventions…* (véase la nota 394 *supra*), págs. 804 a 837, en especial pág. 825, párrs. 42 y 43; véase también G. Nolte, "Subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), págs. 307 a 385, en especial pág. 375, párr. 16.4.3.

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

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

> "La práctica ulterior, cuando es uniforme y la siguen todas las partes, puede llegar a ser un elemento decisivo para determinar el sentido que deba atribuirse al tratado, *al menos* cuando indica que las partes consideran que están obligadas por la interpretación. En estos casos, la práctica ulterior como elemento de la interpretación del tratado y como elemento de la formación de un acuerdo tácito se superponen y el sentido que se deriva de esa práctica se convierte en una interpretación auténtica establecida por acuerdo."[442] [sin cursiva en el original]

Si bien la opinión inicial de Waldock de que la práctica ulterior (simplemente) acordada "puede llegar a ser un elemento decisivo para determinar el sentido" al final no se adoptó en la Convención de Viena de 1969, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado han de ser concluyentes con respecto a dicha interpretación cuando "las partes consideran que están obligadas por la interpretación". No obstante, siempre puede suceder que las disposiciones del derecho interno prohíban que el Gobierno de un Estado llegue a un acuerdo vinculante en esos casos sin que se cumplan ciertos requisitos —en su mayoría procedimentales— con arreglo a su constitución[443].

6) La posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo interpretativo ulterior de carácter vinculante es particularmente clara en los casos en que el propio tratado así lo prevé. El artículo 1131, párrafo 2, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo, dispone que "[l]a interpretación que formule la Comisión [intergubernamental] sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección"[444]. La existencia de dicho procedimiento especial o de un acuerdo sobre la interpretación autorizada de un tratado que las partes consideren vinculante puede excluir, o no, el recurso adicional a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), de la Convención de Viena de 1969[445].

---

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

[443] Veáse por ejemplo, Alemania, Tribunal Fiscal Federal, BFHE, vol. 181, págs. 158 y ss., en especial pág. 161; e *ibid.*, vol. 219, págs. 518 y ss., en especial págs. 527 y 528.

[444] Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (1992) (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1993).

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

7) La Comisión ha seguido utilizando el término "medios auténticos de interpretación" para describir el carácter no necesariamente concluyente, pero más o menos fehaciente, de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 a) y b). La Comisión no ha empleado los términos "interpretación auténtica" o "interpretación fehaciente" en el proyecto de conclusión 3 [2] porque esos conceptos se entienden a menudo en el sentido de un acuerdo necesariamente concluyente o vinculante entre las partes acerca de la interpretación de un tratado[446].

8) Los tribunales y cortes nacionales han reconocido a veces de manera explícita que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), son medios de interpretación "auténticos"[447]. No obstante, no siempre ha habido uniformidad en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas que esta determinación conlleva. Mientras que algunos tribunales y cortes han entendido que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en el tratado pueden tener ciertos efectos vinculantes[448], otros han subrayado con acierto que el artículo 31, párrafo 3, solamente afirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior "habrá[n] de tenerse en cuenta"[449].

9) La expresión "medios auténticos de interpretación" comprende un elemento fáctico y otro jurídico. El elemento fáctico se indica mediante la expresión "prueba objetiva", mientras que el elemento jurídico figura en el concepto de "acuerdo de las partes". Así pues, la Comisión calificó un "acuerdo ulterior" como "una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado"[450] y posteriormente declaró que la práctica ulterior "análogamente [...] constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado"[451]. Dado el carácter de los tratados como encarnación de la voluntad común de las partes, la "prueba objetiva" del "acuerdo de las partes" tiene una autoridad considerable como medio de interpretación[452].

10) La distinción entre cualquier "acuerdo ulterior" (artículo 31, párrafo 3 a)) y una "práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes" (artículo 31,

---

[446] Véase, por ejemplo, *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del TLCAN, laudo final sobre la jurisdicción y el fondo, 3 de agosto de 2005, parte II, cap. H, párr. 23 (con referencia a Jennings y Watts, véase la nota 435 *supra*), pág. 1268, párr. 630; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 34; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Dordrecht, Springer, 2007), pág. 153; Skubiszewski, "Remarks on the interpretation of the United Nations Charter" (véase la nota 439 *supra*), pág. 898; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties* (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973), pág. 43; véase también Nolte, "Jurisprudence under special regimes…" (véase la nota 398 *supra*), págs. 210 y ss., en especial pág. 240, párr. 4.5.

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

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

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

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

[451] *Ibid*., párr. 15).

[452] Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 34, 414 y 415; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 446 *supra*), págs. 152 y 153.

párrafo 3 b)) no denota una diferencia con respecto a su carácter auténtico[453]. La Comisión considera más bien que un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones" tiene *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, mientras que una "práctica ulterior" solo tiene ese efecto si pone de manifiesto "el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto"[454]. Así pues, la diferencia entre un "acuerdo ulterior entre las partes" y una "práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes" reside en la forma de constatar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado, consistiendo la diferencia en la mayor facilidad para constatar la existencia de un acuerdo[455].

11) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación de los tratados no se deben confundir con la interpretación de los tratados por los tribunales y cortes internacionales o los órganos de expertos creados en virtud de tratados en casos específicos. Los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 a) y b), son medios "auténticos" de interpretación porque son expresiones del sentido atribuido al tratado por los propios Estados partes. La autoridad de los tribunales y cortes internacionales y de los órganos de expertos creados en virtud de tratados procede más bien de otras fuentes, la mayoría de las veces del tratado que se debe interpretar. No obstante, las resoluciones y demás pronunciamientos de los tribunales y cortes internacionales y de los órganos de expertos creados en virtud de tratados pueden ser indirectamente pertinentes para la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación si reflejan tales acuerdos ulteriores y práctica ulterior de las propias partes, se refieren a ellos o los inspiran[456].

12) Los proyectos de conclusión 2 [1] y 4 distinguen entre la "práctica ulterior" por la que consta el acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena de 1969, por un lado, y otra práctica ulterior (en un sentido amplio) de una o varias partes en el tratado, pero no todas ellas, que pueda ser pertinente como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32[457]. Esa "otra" práctica interpretativa ulterior por la cual no conste el acuerdo de todas las partes no puede constituir una interpretación "auténtica" de un tratado por todas sus partes y por tanto no tendrá el mismo peso a los efectos de la interpretación[458].

13) La última parte del proyecto de conclusión 3 [2] deja claro que la utilización de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación debe tener lugar en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

Conclusión 4
Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por "acuerdo ulterior" como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), se entiende un acuerdo sobre la interpretación del

[453] A/CN.4/660, párr. 69.
[454] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15); véase también W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Berlín, Springer, 1983), pág. 294.
[455] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág. 1087, párr. 63; véase también, *infra*, el proyecto de conclusión 4 y el comentario correspondiente.
[456] Veáse *infra* proyecto de conclusión 12 [11] y Nolte, "Subsequent agreements and subsequent practice of States…" (nota 440 *supra*), págs. 307 y ss., en especial págs. 381 y ss., párr. 17.3.1.
[457] Véanse *infra*, en particular, los párrafos 23) a 37) del comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 3.
[458] Véase *infra* también el párr. 35) del comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 3.

tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado.

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

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

Comentario

Aspectos generales

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

2) En los tres casos, el término "ulterior" se refiere a actos que tienen lugar "después de la celebración del tratado"[459]. Ese momento a menudo es anterior al momento en que el tratado entra en vigor (artículo 24). Varias disposiciones de la Convención de Viena de 1969 (por ejemplo, el artículo 18) muestran que un tratado puede haberse "celebrado" antes de su entrada en vigor efectiva[460]. A los efectos del presente tema, se entiende por "celebración" cuando el texto del tratado ha quedado establecido como definitivo. Es después de la celebración de un tratado, y no justamente después de su entrada en vigor, cuando los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden tener lugar. Realmente es difícil determinar la razón de que un acuerdo o una práctica que tengan lugar entre el momento en que el texto de un tratado ha quedado establecido como definitivo y la entrada en vigor de ese tratado no deba ser pertinente a efectos de la interpretación[461].

3) El artículo 31, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969 dispone que el "contexto" del tratado comprende ciertos "acuerdos" e "instrumentos"[462] que han sido concertados o formulados "con motivo de la celebración del tratado". La expresión "con motivo de la celebración del tratado" debe entenderse que abarca los acuerdos e instrumentos que se conciertan o formulan en estrecha relación temporal y contextual con la

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

[460] Véase J. L. Brierly, segundo informe sobre el derecho de los tratados, *Yearbook..., 1951*, vol. II, documento A/CN.4/43, págs. 70 y ss.; y G. G. Fitzmaurice, primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario..., 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 111; véase también S. Rosenne, "Treaties, conclusion and entry into force" en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, R. Bernhardt (ed.) (Ámsterdam, North Holland, 2000), pág. 465 ("en rigor, es la negociación la que se celebra mediante un tratado"); Villiger, *Commentary…* (véase la nota 414 *supra*), págs. 78 a 80, párrs. 9 a 14.

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

[462] Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 242 y 243, párr. 13); el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha fallado que ese término puede incluir las declaraciones unilaterales si la otra parte no hace objeciones a ellas, véase Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE, vol. 40, págs. 141 y ss., en especial pág. 176. Véase, en general, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 392 *supra*), págs. 240 a 242.

celebración del tratado[463]. Si se conciertan o formulan después de ese período, esos "acuerdos" e "instrumentos" convenidos constituyen "acuerdos ulteriores" o práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3[464].

Párrafo 1 – definición de "acuerdo ulterior" según el artículo 31, párrafo 3 a)

4) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 4 enuncia la definición de "acuerdo ulterior" según el artículo 31, párrafo 3 a).

5) El artículo 31, párrafo 3 a), emplea el término "acuerdo ulterior" y no "tratado ulterior". No obstante, un "acuerdo ulterior" no es necesariamente menos formal que un "tratado". Aunque un tratado en el sentido de la Convención de Viena de 1969 ha de celebrarse por escrito (artículo 2, párrafo 1 a)), el derecho internacional consuetudinario sobre los tratados no conoce tal requisito[465]. El término "acuerdo" en la Convención de Viena de 1969[466] y en el derecho consuetudinario no implica un grado de formalidad determinado. El artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, que enuncia la norma general según la cual "[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes", ha sido explicado por la Comisión diciendo que "[e]l acuerdo por el que se enmiende un tratado puede adoptar cualquier forma que las partes en el tratado original decidan"[467]. De igual modo, la Convención de Viena no prevé ningún requisito formal particular para los acuerdos y la práctica en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b)[468].

6) Aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo es un tratado. De hecho, todo "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), solo "habrá de tenerse en cuenta" en la interpretación de un tratado. Así pues, no es necesariamente vinculante. La cuestión de en qué circunstancias un acuerdo ulterior entre las partes es vinculante y en qué circunstancias es simplemente un medio de interpretación entre varios otros se aborda en el proyecto de conclusión 10 [9].

---

[463] Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 38; Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law* (véase la nota 435 *supra*), pág. 1274, párr. 632 ("…pero, por otro lado, el hecho de que haya transcurrido un período demasiado largo entre el tratado y el otro acuerdo podría impedir que se considere que este ha sido concertado con motivo de la 'celebración' del tratado").

[464] Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 14); véase asimismo Villiger, *Commentary…* (nota 414 *supra*), pág. 431, párrs. 20 y 21; véase también K. J. Heller, "The uncertain legal status of the aggression understandings", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), págs. 229 a 248, en especial pág. 237.

[465] Villiger, *Commentary…* (véase la nota 414 *supra*), pág. 80, párr. 15; P. Gautier, "Commentary on article 2 of the Vienna Convention", en Corten y Klein, *The Vienna Conventions…* (véase la nota 394 *supra*), vol. II, págs. 38 a 40, párrs. 14 a 18; J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (La Haya, Kluwer Law International, 1996), págs. 49 y 50; véase también A. Aust, "The theory and practice of informal international instruments", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, núm. 4 (1986), págs. 787 a 812, en especial págs. 794 y ss.

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

[467] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 255; véase también Villiger, *Commentary…* (nota 414 *supra*), pág. 513, párr. 7; P. Sands, "Commentary on article 39 of the Vienna Convention", en Corten y Klein, *The Vienna Conventions…* (véase la nota 394 *supra*), págs. 971 y 972, párrs. 31 a 34.

[468] El proyecto de artículo 27, párrafo 3 b), que se convirtió después en el artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, incluía en su versión inglesa el término *"understanding"*, que se sustituyó por *"agreement"* en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Esas enmiendas "se ref[erían] únicamente a su redacción", véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 (A/CONF.39/11, núm. de venta: S.68.V.7), pág. 186; Fox, "Article 31 (3) (a) and (b)…" (véase la nota 440 *supra*), pág. 63.

7) La Convención de Viena de 1969 distingue entre un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), y "toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b). Esta distinción no es siempre clara y la jurisprudencia de los tribunales y cortes y otros órganos jurisdiccionales internacionales muestra cierta renuencia a afirmarla. En la causa relativa a la *Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia c. el Chad)*, la Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión "actitudes ulteriores" para calificar a lo que posteriormente denominó "acuerdos ulteriores", y "actitudes" unilaterales ulteriores[469]. En la causa relativa a la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, la Corte Internacional de Justicia dejó abierta la cuestión de si la utilización de un mapa concreto podía constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior[470]. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC no siempre han distinguido tampoco entre un acuerdo ulterior y una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b)[471].

8) No obstante, el Tribunal del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) abordó de manera clara esa distinción en el asunto *CCFT c. los Estados Unidos*[472]. En esa ocasión, los Estados Unidos de América adujeron que varias medidas unilaterales adoptadas por cada una de las tres partes en el TLCAN podían constituir, si eran consideradas conjuntamente, un acuerdo ulterior[473]. En una primera etapa, el Panel no consideró que hubiera pruebas suficientes para determinar la existencia de un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a)[474]. Sin embargo, en una segunda etapa, el Tribunal concluyó que los mismos elementos de prueba constituían una práctica ulterior pertinente por la que constaba el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

> "La cuestión que sigue planteándose es la siguiente: ¿existe una 'práctica ulteriormente seguida' por la cual conste el acuerdo de las partes en el TLCAN

---

469 Véase *Territorial Dispute* (nota 395 *supra*), págs. 6 y ss., en especial págs. 34 y ss., párrs. 66 y ss.

470 *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 395 *supra*), pág. 656, párr. 61; en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte habla de "posiciones ulteriores" para constatar que "los términos expresos del propio tratado eran, por consiguiente, reconocidos en la práctica como negociables por las partes", *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 77, párr. 138; véase también *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, fallo (competencia y admisibilidad), *I.C.J. Reports 1995*, págs. 6 y ss., en especial pág. 16, párr. 28 ("comportamiento ulterior").

471 Véase "Directrices para la Consignación en Listas" en Informe del Grupo Especial de la OMC *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS204/R, adoptado el 1 de junio de 2004, e Informe del Grupo de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R y Corr.1, adoptado el 20 de abril de 2005; para poder acogerse a un "entendimiento" de 1981, véase Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/R, adoptado el 20 de marzo de 2000; "Código SMC" de la Ronda de Tokio en el Informe del Grupo Especial de la OMC, *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, y una "exención" en Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Banano III* (véase la nota 445 *supra*).

472 *C.C.F.T. v. United States*, Arbitraje de la CNUDMI en el marco del TLCAN, cap. XI, laudo sobre jurisdicción, 28 de enero de 2008; véase también *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina*, decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, 3 de octubre de 2001, caso CIADI núm. ARB/97/3, *ICSID Reports 2004*, vol. 6 (2004), págs. 168 y ss., en especial pág. 174, párr. 12; P. Merkouris y M. Fitzmaurice, "Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement" en Fitzmaurice, Elias y Merkouris, *Treaty Interpretation…* (véase la nota 440*supra*), págs. 217 a 233.

473 *C.C.F.T. v. United States* (véase la nota 472 *supra*), párrs. 174 a 177.

474 *Ibid.*, párrs. 184 a 187.

> sobre esta cuestión en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b)? El Tribunal considera que existe. Aunque para el Tribunal no existen pruebas suficientes en el expediente para demostrar un 'acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones', las pruebas disponibles citadas por el demandado nos demuestran que, no obstante, existe una 'práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado'..."[475]

9) Este razonamiento da a entender que una distinción entre un "acuerdo ulterior" y una "práctica ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3, radica en las diferentes formas que adopta la expresión "auténtica" de la voluntad de las partes. De hecho, al distinguir entre "todo acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), y "toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena de 1969, la Comisión no tenía la intención de señalar una diferencia entre sus posibles efectos jurídicos[476]. La diferencia entre los dos conceptos estriba más bien en el hecho de que un "acuerdo ulterior entre las partes" produce *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, en tanto que una "práctica ulterior" únicamente produce ese efecto si sus diferentes elementos, tomados en conjunto, ponen de manifiesto "el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos"[477].

10) Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, se diferencian en razón de que pueda identificarse como tal un acuerdo de las partes, en un acto común, o de que sea necesario identificar la existencia de un acuerdo por medio de actos individuales que al combinarse demuestran una posición común. Por consiguiente, hay que "llegar" a un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), y ello presupone un acto común único de las partes por el cual estas manifiestan su acuerdo común acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones.

11) Por otra parte, la "práctica ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), abarca todas las (otras) formas pertinentes de comportamiento ulterior de las partes en un tratado que contribuyen a la identificación de un acuerdo, o *"understanding"*[478], de las partes acerca de la interpretación del tratado. Es posible, no obstante, que "práctica" y "acuerdo" coincidan en determinados casos y no puedan distinguirse. Esto explica por qué la expresión "práctica ulterior" se utilice a veces en un sentido más general que abarca los dos medios de interpretación a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 a) y b)[479].

12) Un grupo de acuerdos ulteriores distintos, cada uno de ellos entre un número reducido de partes, pero por los cuales, considerados conjuntamente, conste un acuerdo entre todas las partes en un tratado acerca de la interpretación de este, no es normalmente "un" acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a). La expresión "acuerdo

---

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

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

[477] *Ibid.*; véase también Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (nota 454 *supra*), pág. 294.

[478] El término *"understanding"* fue utilizado por la Comisión en la versión inglesa del correspondiente proyecto de artículo 27, párr. 3 b), sobre el derecho de los tratados (véase la nota 468 *supra*).

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

ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), debería circunscribirse, en aras de la claridad, a un solo acuerdo entre todas las partes. Los diferentes acuerdos posteriores entre un número limitado de partes por los cuales, considerados conjuntamente, conste un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado constituyen práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b). Esos diferentes acuerdos entre un número reducido de partes por los cuales, aun considerados conjuntamente, no conste el acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación del tratado pueden tener un valor interpretativo como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 (véase *infra*, en los párrafos 23) y 24)). Así pues, el empleo de la expresión "acuerdo ulterior" se limita a los acuerdos entre todas las partes en un tratado que se manifiestan en un solo acuerdo, o en un acto común, cualquiera que sea su forma, que refleje el acuerdo entre todas las partes[480].

13) Un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), ha de ser un acuerdo "acerca de" la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones. Por tanto, las partes deben tener el propósito, posiblemente entre otros objetivos, de aclarar el sentido de un tratado o la forma en que ha de aplicarse[481].

14) Si un acuerdo es un acuerdo "acerca de" la interpretación de un tratado o la aplicación de sus disposiciones a veces puede determinarse mediante alguna referencia que relacione el "acuerdo ulterior" con el tratado a que se refiere. Esa referencia también puede incluirse en un tratado posterior. En la causa relativa a *Jan Mayen* entre Dinamarca y Noruega, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia parece haber aceptado que un "tratado ulterior" entre las partes "en la misma esfera" podría utilizarse a los efectos de la interpretación del tratado anterior. No obstante, en esa causa, la Corte rechazó recurrir al tratado ulterior con ese fin porque no se "refería" en modo alguno al tratado anterior[482]. En la causa *Controversia relativa a derechos de navegación y derechos conexos* entre Costa Rica y Nicaragua, el Magistrado *ad hoc* Guillaume se refirió a la práctica del turismo en el Río San Juan de conformidad con un memorando de entendimiento entre los dos Estados[483]. Ahora bien, no estaba claro si las partes tuvieron la intención de que ese memorando en particular sirviera de interpretación del tratado de fronteras examinado.

15) Un ejemplo de un enfoque más bien estricto es la decisión del Tribunal Superior de Apelación de Hong Kong (China) cuando tuvo que interpretar la Declaración Conjunta Sino-Británica en el asunto *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration*[484], en el que una de las partes sostenía que el Grupo Conjunto de Enlace Sino-Británico, integrado por representantes de China y del Reino Unido de conformidad con el artículo 5 de la Declaración Conjunta, había llegado a un acuerdo acerca de la interpretación de la Declaración Conjunta. Como prueba, la parte hizo referencia a un folleto en el que se afirmaba que se había elaborado "tomando como base la normativa y las prácticas en materia de inmigración existentes y el planteamiento común de los representantes británicos y chinos del [Grupo Conjunto de Enlace]". No obstante, el Tribunal no consideró que el

[480] Véase Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012, párr. 371. Un acto común puede consistir en un intercambio de cartas…

[481] *Ibid.*, párrs. 366 a 378, en especial párr. 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 446 *supra*), págs. 164 y ss.

[482] *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 51, párr. 28.

[483] *Dispute Regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 *supra*), declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y ss., en especial págs. 298 y 299, párr. 16.

[484] Véase *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration* (nota 449 *supra*).

propósito del folleto fuera "interpretar o aplicar" la Declaración Conjunta en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a)[485].

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

16) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 no tiene por objeto proporcionar una definición general de cualquier forma de práctica ulterior que pueda ser pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. El párrafo 2 concierne únicamente a la práctica ulteriormente seguida como medio auténtico de interpretación por el cual consta el acuerdo de todas las partes en el tratado, como se enuncia en el artículo 31, párrafo 3 b). Esa práctica ulterior (en sentido estricto) se distingue de otra "práctica ulterior" (en sentido amplio) de una o varias partes por la cual no consta el acuerdo de las partes pero que, no obstante, puede ser pertinente como medio de interpretación complementario con arreglo al artículo 32 de la Convención de Viena de 1969[486].

17) La práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), puede consistir en cualquier "comportamiento". El término "comportamiento" se utiliza en el sentido del artículo 2 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[487]. Puede comprender, pues, no solo los actos, sino también las omisiones, incluido el silencio pertinente, que contribuyen a establecer el acuerdo[488]. La cuestión de las circunstancias en que las omisiones, o el silencio, pueden contribuir a un acuerdo entre todas las partes en cuanto a la interpretación del tratado se aborda en el proyecto de conclusión 10 [9], párrafo 2.

18) La práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), ha de ser un comportamiento observado "en la aplicación del tratado". Ello comprende no solo los actos oficiales a nivel internacional o interno que sirven para aplicar el tratado, incluido el respeto o la garantía del cumplimiento de las obligaciones del tratado, sino también, entre otras cosas, las declaraciones oficiales sobre su interpretación, como las declaraciones formuladas en una conferencia diplomática, las declaraciones hechas en el transcurso de una controversia legal o las sentencias de los tribunales y cortes nacionales; las comunicaciones oficiales a que dé lugar el tratado; o bien la promulgación de disposiciones legislativas internas o la celebración de acuerdos internacionales a los efectos de aplicar un tratado incluso antes de que tenga lugar un acto concreto de aplicación a nivel interno o internacional.

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

> "Finalmente, a la luz del hecho de que ambas Partes se han referido a su legislación nacional sobre transporte terrestre, el Panel considera conveniente referirse al artículo 27 de la Convención de Viena, que establece que 'una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'. Esta disposición instruye al Panel para no examinar

[485] *Ibid.*, párrs. 152 y 153.

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

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

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

> las leyes nacionales, sino la legislación internacional aplicable. Por tanto, no deben utilizarse en la interpretación del TLCAN la legislación de los Estados Unidos ni la legislación de México. Si se hiciera, se aplicaría un marco legal inadecuado."[489]

Aunque el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 es ciertamente válido e importante, de esa norma no se infiere que la legislación nacional no pueda tenerse en cuenta como un elemento de la práctica ulteriormente seguida por un Estado en la aplicación del tratado. Hay una diferencia entre invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado y remitirse al derecho interno a los efectos de la interpretación de una disposición de derecho convencional. Así lo han reconocido los órganos jurisdiccionales internacionales, en particular el Órgano de Apelación de la OMC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que distinguen frecuentemente entre las disposiciones legislativas nacionales (y otras medidas de aplicación adoptadas en el ámbito interno) que vulneran las obligaciones dimanantes de un tratado y las disposiciones legislativas y otras medidas adoptadas en el ámbito nacional que pueden servir para interpretar el tratado[490]. Conviene señalar, no obstante, que hay un elemento de buena fe implícito en "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado". Una mala aplicación manifiesta del tratado, a diferencia de una aplicación de buena fe (aunque sea errónea), no es, por tanto, una "aplicación del tratado" en el sentido de los artículos 31 y 32.

20) El requisito de que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), haya de ser "acerca de la interpretación del tratado" tiene el mismo sentido que el requisito análogo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) (véanse los párrafos 13) y 14) *supra*). A menudo puede ser difícil distinguir entre la práctica ulterior que específica e intencionadamente se refiere a un tratado, es decir, que es una práctica "acerca de la interpretación del tratado", y otra práctica "en la aplicación del tratado". Ahora bien, esa distinción es importante porque solo el comportamiento observado por las partes "acerca de la interpretación del tratado" puede contribuir a una interpretación auténtica, mientras que ese requisito no existe para otra práctica ulterior en virtud del artículo 32.

21) La cuestión de las circunstancias en que "consta" realmente un "acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" se aborda en el proyecto de conclusión 10 [9].

22) El artículo 31, párrafo 3 b), no requiere explícitamente que la práctica deba ser un comportamiento de las propias partes en el tratado. No obstante, son las partes mismas, actuando por medio de sus órganos[491], o en virtud de un comportamiento que sea atribuible

---

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

[490] Por ejemplo, Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio de 2000, párr. 6.55; Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/R, adoptado el 19 de febrero de 2009, párr. 7173; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011, párrs. 335 y 336; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Tratado bilateral de inversiones Estados Unidos-Argentina), decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, caso CIADI núm. ARB/01/8, *ICSID Reports 2003*, vol. 7, pág. 492, párr. 47; *V v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24888/94, 16 de diciembre de 1999, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1999-IX, párr. 73; *Kart v. Turkey* [GC], demanda núm. 8917/05, 3 de diciembre de 2009, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2009-VI, párr. 54; *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, demanda núm. 16130/90, 30 de junio de 1993, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 264, párr. 35.

[491] Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (véase la nota 454 *supra*), págs. 115 y ss.

a ellos, quienes llevan a cabo la práctica en la aplicación del tratado por la que puede constar su acuerdo. La cuestión de si otros actores pueden generar una práctica ulterior pertinente se examina en el proyecto de conclusión 5[492].

Párrafo 3 – "otra" práctica ulterior

23) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 versa sobre "otra" práctica ulterior, es decir, una práctica distinta de la mencionada en el artículo 31, párrafo 3 b). Este párrafo se refiere a la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32", como dice el párrafo 4 del proyecto de conclusión 2 [1]. Esta forma de práctica ulterior, que no requiere el acuerdo de todas las partes, se mencionó originariamente en el comentario de la Comisión de la manera siguiente:

> "Pero, en general, la práctica seguida por una sola parte o por algunas partes en el tratado como elemento de interpretación es cosa muy distinta de la práctica concorde seguida por todas las partes y que expresa su común acuerdo en cuanto al sentido del tratado. Esta práctica es prueba del acuerdo de las partes sobre la interpretación del tratado y es análoga a un acuerdo sobre interpretación. Por esta razón, la Comisión opinó que la práctica posterior, que establece el acuerdo común de todas las partes respecto de la interpretación del tratado, debe figurar en el párrafo 3 [del proyecto de disposición que se convirtió en el artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969] como auténtico medio de interpretación, lo mismo que los acuerdos sobre interpretación. En cambio, la práctica de cada Estado en la aplicación de un tratado puede tenerse en cuenta únicamente como 'otro' de los medios de interpretación mencionados en el artículo 70."[493]

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

25) Esta "otra" práctica ulterior, desde la aprobación de la Convención de Viena de 1969, ha sido reconocida y aplicada por los tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales como un medio de interpretación (véanse los párrafos 26) a 34) *infra*). Hay que señalar, no obstante, que el Órgano de Apelación de la OMC, en *Japón – Impuesto sobre las bebidas alcohólicas II*[494], ha formulado una definición de práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado que parece dar a entender que solo la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado, y no cualquier otra forma de práctica ulteriormente seguida por una o varias partes:

> "[…] la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie 'concordante, común y coherente' de actos o declaraciones que bastan para

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

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

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

> determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación."[495]

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales y cortes internacionales, y en última instancia incluso la del propio Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (véanse los párrafos 33) y 34) *infra*), demuestra que la práctica ulterior que reúne todas las condiciones del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena de 1969 no es la única forma de práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación de un tratado que puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado.

26) En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia estimó que el informe técnico de un experto que había sido encargado por una de las partes y que "había conservado siempre un carácter interno"[496], aunque no representaba una práctica ulterior por la que constaba el acuerdo de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), podía "no obstante respaldar las conclusiones" a que había llegado la Corte por otros medios de interpretación[497].

27) Los tribunales del CIADI también han recurrido a la práctica ulteriormente seguida por los Estados como medio de interpretación en sentido amplio[498]. Por ejemplo, al abordar la cuestión de si los accionistas minoritarios pueden adquirir derechos sobre la base de tratados de protección de las inversiones y están legitimados para intervenir en el procedimiento del CIADI, el Tribunal que conoció del asunto *CMS Gas c. República Argentina* estimó que:

> "La práctica de los Estados también apoya el significado de este cambiante escenario. [...] Participaciones minoritarias y no controladoras han sido incluidas por consiguiente en la protección acordada o han sido autorizadas a reclamar en su propio derecho. La práctica contemporánea de los acuerdos a suma alzada [...], entre otros ejemplos, demuestra una flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales."[499]

28) En el asunto *Loizidou c. Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que su interpretación resultaba "confirmada por la práctica ulterior de las partes contratantes"[500], esto es, por "la prueba de una práctica que denota un acuerdo prácticamente universal entre las partes contratantes en el sentido de que los artículos 25 y 46 [...] del Convenio no permiten restricciones territoriales o sustantivas"[501]. Más a menudo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha basado en la práctica, no necesariamente uniforme, ulteriormente seguida por los Estados al remitirse a la legislación nacional y a la práctica administrativa interna como medios de interpretación. En el asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que "[e]n cuanto a la práctica de los Estados europeos, cabe observar que, en la gran mayoría de ellos, ha sido reconocido

---

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

[496] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág. 1078, párr. 55.

[497] *Ibid.*, pág. 1096, párr. 80.

[498] O. K. Fauchald, "The legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2 (2008), págs. 301 y ss., en especial pág. 345.

[499] *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Tratado bilateral de inversiones Estados Unidos-Argentina), decisión sobre excepciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, caso núm. ARB/01/8 del CIADI, *ICSID Reports 2003*, vol. 7, pág. 492, párr. 47.

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

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

el derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva con las autoridades"[502] y que "[l]as excepciones existentes pueden justificarse únicamente por circunstancias particulares"[503].

29) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha tenido en cuenta la práctica ulteriormente seguida por las partes, tampoco ha limitado su uso a los casos en que por la práctica constaba el acuerdo de las partes. Así, en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tabago*, la Corte Interamericana sostuvo que la imposición obligatoria de la pena de muerte por cada forma de comportamiento con resultado de muerte de otra persona era incompatible con el artículo 4, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (imposición de la pena de muerte solo por los delitos más graves). En apoyo de esta interpretación, la Corte sostuvo que era "útil proporcionar algunos ejemplos de este respecto, tomados de la legislación de países americanos en los que se conserva la pena de muerte"[504].

30) El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está abierto a los argumentos basados en la práctica ulterior en un sentido amplio cuando se trata de examinar la justificación de injerencias en los derechos establecidos en el Pacto[505]. Al interpretar los términos bastante generales del artículo 19, párrafo 3, del Pacto (restricciones lícitas a la libertad de expresión), el Comité observó que "se aplican restricciones análogas en muchos países"[506] y concluyó que el objetivo perseguido por la ley impugnada no excedía, como tal, de los objetivos legítimos del artículo 19, párrafo 3, del Pacto[507].

31) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar se ha referido en algunas ocasiones a la práctica ulteriormente seguida por las partes sin verificar si por esa práctica constaba realmente el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. En el asunto del buque *SAIGA (núm. 2)*[508], por ejemplo, el Tribunal examinó la práctica de los Estados en relación con el uso de la fuerza para detener un buque con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[509]. Tomando como base la "práctica normalmente seguida para detener un buque", el Tribunal no especificó la práctica respectiva de los Estados, sino que dio por sentado que existían ciertas normas generales[510].

---

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

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

[504] *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros* (véase la nota 400 *supra*), voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 12.

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

[506] *Ibid.*, párr. 8.3.

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

[508] *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports…, 1999*, págs. 10 y ss., en especial págs. 61 y 62, párrs. 155 y 156.

[509] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3, art. 293.

[510] *M/V "SAIGA" (No. 2)* (véase la nota 508 *supra*), párrs. 155 y 156; véase también *"Tomimaru" (Japan v. Russian Federation)* causa núm. 15, pronta liberación, sentencia, *ITLOS Reports…, 2007*, pág. 74, párr. 72; *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, medidas provisionales, providencia de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports…, 1999*, pág. 280, en especial párrs. 45 y 50.

32) En la sentencia dictada en la causa *Jelisić*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló, remitiéndose a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[511], que:

> "... la Sala de Primera Instancia [...] interpreta los términos de la Convención de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. [...] La Sala de Primera Instancia ha tenido en cuenta también la práctica ulterior basada en la Convención. Se ha atribuido especial importancia a las sentencias dictadas por el Tribunal para Rwanda [...] También se han tenido en cuenta la práctica de los Estados, particularmente por medio de sus órganos jurisdiccionales internos y la labor en esa esfera realizada por los órganos internacionales."[512]

33) Los órganos de solución de diferencias de la OMC también han distinguido a veces entre la "práctica ulterior" que se ajusta a las condiciones del artículo 31, párrafo 3 b), y otras formas de práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, que esos órganos también reconocen como pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*[513] (no se interpuso apelación), el Grupo Especial tuvo que determinar si se aplicaba la "doctrina de las pequeñas excepciones" relativa a los pagos por concepto de regalías[514]. El Grupo Especial consideró que había pruebas en apoyo de la existencia de tal doctrina en la legislación nacional de varios Estados miembros y señaló:

> "... recordamos que en el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena se prescribe que, juntamente con el texto habrán de tenerse en cuenta para los efectos de interpretación: a) todo acuerdo ulterior, b) toda práctica ulterior, o c) toda norma pertinente internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Observamos que las partes y los terceros han señalado a nuestra atención varios ejemplos, tomados de diversos países, sobre limitaciones que figuran en las leyes nacionales y están basadas en la doctrina de las pequeñas excepciones. A nuestro juicio, la práctica estatal reflejada en las leyes nacionales del derecho de autor de los Miembros de la Unión de Berna antes y después de 1948, 1967 y 1971, así como de los miembros de la OMC antes y después de la fecha en que entró en vigor para ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, confirman nuestra conclusión sobre la doctrina de las pequeñas excepciones."[515]

Además, el Grupo Especial agregó en una nota de pie de página la advertencia siguiente:

> "Al enunciar estos ejemplos de práctica estatal no queremos expresar una opinión sobre si los ejemplos constituyen una 'práctica ulteriormente seguida' en el sentido del apartado b) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena."[516]

---

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

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

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

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

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

[516] *Ibid.*, nota 69.

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

> "Una interpretación adecuada también habría incluido el examen de la existencia y pertinencia de la práctica posterior. Observamos que los Estados Unidos se refirieron, ante el Grupo Especial, a las decisiones adoptadas en abril de 1997 por el Comité del Sistema Armonizado de la OMA sobre la clasificación de determinado equipo para redes locales como máquinas automáticas para tratamiento de información. Singapur, que era un tercero en las actuaciones del Grupo Especial, también se refirió a esas decisiones [...]. Sin embargo, consideramos que las decisiones de la OMA pueden ser pertinentes al interpretar las concesiones arancelarias consignadas en la Lista LXXX."[517]

Así, si se examina más detenidamente, los órganos de solución de diferencias de la OMC reconocen también la distinción entre "práctica ulteriormente seguida" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), y un concepto más amplio de práctica ulterior que no presupone un acuerdo entre todas las partes en el tratado[518].

35) Ahora bien, al acudir a la práctica anteriormente seguida por una o varias partes en un tratado, pero no todas, como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32, hay que tener siempre presente el hecho de que "la opinión de un solo Estado no es fuente de derecho internacional"[519]. En cualquier caso, la distinción entre la práctica ulteriormente seguida en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), como medio auténtico de interpretación, y otra práctica ulterior (en sentido amplio) en el sentido del artículo 32 implica que se atribuya un mayor valor interpretativo a la primera. Los tribunales nacionales a veces no han distinguido claramente entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, y otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32[520].

36) La distinción entre la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), y la práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también contribuye a dar una respuesta a la

---

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

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

[519] *Sempra Energy International c. la República Argentina*, laudo, 28 de septiembre de 2007, caso CIADI núm. ARB/02/16, párr. 385; véase asimismo *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L. P. c. la República Argentina*, laudo, 22 de mayo de 2007, caso CIADI núm. ARB/01/3, párr. 337; Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, WT/DS353/R, adoptado el 23 de marzo de 2012, nota 2420, párr. 7953.

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

cuestión de si la práctica ulterior exige una acción repetida con alguna frecuencia[521] o si puede ser suficiente la aplicación de un tratado una sola vez[522]. En el marco de la OMC, el Órgano de Apelación ha estimado lo siguiente:

> "Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulteriormente seguida, sino que se requiere una serie de actos por los que se establezca el acuerdo de las partes."[523]

No obstante, si el concepto de práctica ulterior como medio de interpretación de los tratados se distingue de un posible acuerdo entre las partes, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de "práctica ulterior" en sentido amplio (a tenor del artículo 32)[524].

37) Así pues, la "práctica ulterior" en sentido amplio (a tenor del artículo 32) abarca toda aplicación del tratado por una o varias partes. Puede adoptar diversas formas[525]. Ese "comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado", puede consistir, en particular, en una aplicación directa del tratado en cuestión, un comportamiento que es atribuible a un Estado parte como aplicación del tratado o una declaración o un pronunciamiento judicial sobre la interpretación o aplicación del tratado. Tal comportamiento puede comprender declaraciones oficiales sobre el sentido del tratado, protestas por su no ejecución o una aceptación tácita de declaraciones o actos de otras partes[526].

Conclusión 5
Atribución de la práctica ulterior

1. La práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional.

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 5 aborda la cuestión de los posibles autores de la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. La expresión "en el sentido de los artículos 31 y 32" deja claro que este proyecto de conclusión se aplica a la práctica ulterior no solo como medio auténtico de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), sino también como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32. El párrafo 1 del proyecto de conclusión 5 define afirmativamente los comportamientos en la aplicación del tratado que pueden constituir la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32, mientras que el párrafo 2 enuncia negativamente los comportamientos que no la constituyen pero que pueden, no obstante, ser pertinentes al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

---

[521] Villiger, *Commentary…* (véase la nota 414 *supra*), pág. 431, párr. 22.
[522] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 446 *supra*), pág. 166.
[523] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. E, pág. 16.
[524] Kolb, *Interprétation et création du droit international* (Bruselas, Bruylant, 2006), págs. 506 y 507.
[525] Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3ª ed. (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2013), pág. 239.
[526] Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (véase la nota 454 *supra*), págs. 114 y ss.

Párrafo 1 – comportamiento que constituye práctica ulterior

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5, la expresión "cualquier comportamiento [...] que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional" se inspira en el artículo 2 a) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[527]. Así, la expresión "cualquier comportamiento" abarca tanto acciones como omisiones y no se limita al comportamiento de los órganos estatales, sino que comprende también los comportamientos atribuibles de otra manera, en virtud del derecho internacional, a una parte en un tratado. No obstante, la referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no llega hasta exigir que el comportamiento en cuestión sea "internacionalmente ilícito" (véase el párrafo 8) *infra*).

3) La Corte Internacional de Justicia ha señalado un ejemplo de comportamiento pertinente que no resulta directamente del comportamiento de las partes, pero constituye no obstante un ejemplo de práctica estatal, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*. En esta causa, la Corte consideró que el uso habitual de una isla en la frontera entre Namibia (antigua África Sudoccidental) y Botswana (antigua Bechuanalandia) por los miembros de una tribu local, los masubia, podía considerarse una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, si:

> "... estaba vinculado a la creencia por parte de las autoridades de Caprivi de que la frontera fijada por el Tratado de 1890 seguía el canal meridional del Chobe; y, en segundo lugar, si las autoridades de Bechuanalandia eran plenamente conscientes de ello y lo aceptaban como confirmación del límite fronterizo establecido en el Tratado."[528]

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

5) La Comisión debatió acerca de si el proyecto de conclusión 5 debía abordar específicamente la cuestión de las condiciones en que el comportamiento de los órganos estatales de rango inferior sería una práctica ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. A este respecto, varios miembros de la Comisión se refirieron a la dificultad de establecer una distinción entre órganos estatales de rango inferior y de rango superior, en especial teniendo en cuenta las diferencias significativas en la organización interna del Gobierno de los Estados. También se señaló que el criterio pertinente no era tanto la posición del órgano en la jerarquía del Estado como su función real en la interpretación y aplicación de un tratado concreto. Dada la complejidad y diversidad de los supuestos posibles, la Comisión llegó a la conclusión de que esta cuestión no debía abordarse en el texto mismo del proyecto de conclusión 5, sino en el comentario.

6) La práctica ulterior de los Estados en la aplicación de un tratado puede indudablemente ser obra de los altos representantes del Estado mencionados en el artículo 7

[527] Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios, *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 38, párr. 4) del comentario; la cuestión de la atribución a una organización internacional de un comportamiento ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados se aborda en el proyecto de conclusión 12 [11] *infra*.

[528] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág. 1094, párr. 74.

de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, como la mayoría de los tratados generalmente no son aplicados por esos altos representantes, los tribunales y cortes internacionales han reconocido que el comportamiento de los funcionarios del Estado de rango inferior también puede, en determinadas circunstancias, constituir una práctica ulterior pertinente en la aplicación de un tratado. Así, en la causa relativa a *Los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que el artículo 95 del Acta General de la Conferencia de Algeciras (1906)[529] tenía que interpretarse de manera flexible, habida cuenta de que la práctica de las autoridades aduaneras locales no era siempre coherente[530]. La jurisprudencia de los tribunales arbitrales confirma que la práctica ulterior pertinente puede emanar de los funcionarios de rango inferior. En la decisión sobre el caso de la *Deuda externa alemana*, el Tribunal de Arbitraje consideró una carta del Banco de Inglaterra dirigida a la Administración de la Deuda Federal Alemana como práctica ulterior pertinente[531]. Además, en el caso *Régimen fiscal de las pensiones pagadas a los funcionarios jubilados de la UNESCO que residen en Francia*, el Tribunal de Arbitraje aceptó, en principio, la práctica de la administración tributaria francesa de no gravar las pensiones de los trabajadores jubilados de la UNESCO como práctica ulterior pertinente. No obstante, el Tribunal de Arbitraje consideró decisiva finalmente la posición oficial contraria expresada por una autoridad superior, a saber, el Gobierno francés[532].

7) Así pues, parece que la práctica de los funcionarios de rango inferior y locales puede constituir práctica ulterior "en la aplicación de un tratado" si esa práctica es suficientemente inequívoca y si cabe prever que el Gobierno está al corriente de ella y no la ha contradicho en un plazo razonable[533].

8) La Comisión no consideró necesario limitar el alcance del comportamiento pertinente añadiendo las palabras "a los efectos de interpretación de los tratados"[534]. El Relator Especial había propuesto que se hiciera con el fin de excluir del alcance de la expresión "práctica ulterior" el comportamiento que puede ser atribuible a un Estado pero que no tiene por objeto expresar la posición pertinente de un Estado acerca de la interpretación de un tratado[535]. No obstante, la Comisión consideró que el requisito de que cualquier comportamiento pertinente ha de ser "en la aplicación de un tratado" limita suficientemente el alcance del comportamiento que pueda ser pertinente. Como el concepto de "aplicación del tratado" requiere que el comportamiento sea de buena fe, una mala aplicación manifiesta de un tratado queda fuera de ese ámbito[536].

---

529 34 Stat. 2905 (1902-1907).

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

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

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

533 Véase Chanaki, *L'adaptation des traités…* (nota 440 *supra*), págs. 323 a 328; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 392 *supra*), págs. 269 y 270; M. Kamto, "La volonté de l'État en droit international", *Recueil des cours…, 2004*, vol. 310, págs. 9 a 428, en especial págs. 142 a 144; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), págs. 555 y 556, párr. 78.

534 Véase A/CN.4/660, párr. 144 (proyecto de conclusión 4, párr. 1).

535 *Ibid.*, pág. 52, párr. 120.

536 Véase el párr. 19) del comentario del proyecto de conclusión 4 *supra*.

Párrafo 2 – comportamiento que no constituye práctica ulterior

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

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

> "Según un principio reconocido de la interpretación de los tratados, hay que tener en cuenta, junto con el contexto, toda práctica ulterior en la aplicación de un tratado internacional. No obstante, esa práctica ha de ser una práctica de las partes en el tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
>
> Si bien uno de los participantes en las negociaciones destinadas a llegar a un acuerdo, a saber, el Banco Markazi, es una entidad del Irán y, por ello, su práctica puede atribuirse al Irán por ser una de las partes en las declaraciones de Argel, los otros participantes en las negociaciones sobre el acuerdo y en los acuerdos reales, a saber, los bancos de los Estados Unidos, no son entidades del Gobierno de los Estados Unidos y su práctica no puede ser atribuida a los Estados Unidos en su calidad de otra parte en las declaraciones de Argel."[537]

11) La primera oración del segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 pretende reflejar esa regla general. En ella se hace hincapié en la función primordial de los Estados partes en un tratado, que son los dueños del tratado y, en última instancia, los responsables de su aplicación. Ello no excluye que el comportamiento de actores no estatales también pueda constituir una forma de aplicación del tratado si puede ser atribuido a un Estado parte[538].

---

[537] Véase Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *United States of America and others v. Islamic Republic of Iran and others*, laudo núm. 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), págs. 57 y ss., en especial pág. 71; análogamente, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo cautelar núm. ITL 83-B1-FT (reconvención), *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, *ibid*., vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial págs. 124 y 125, párrs. 127 y 128; véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo cautelar núm. ITL 37-111-FT, *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, *ibid*., vol. 5 (1984), pág. 338, voto particular disconforme del Presidente Lagergren, págs. 348 y ss., en especial pág. 353: "…la disposición de la Convención de Viena sobre los acuerdos ulteriores se refiere a los acuerdos entre los Estados partes en un tratado, y un acuerdo de conciliación entre dos partes sometidas a un proceso de arbitraje difícilmente puede considerarse equivalente a un acuerdo entre dos Estados partes en un tratado, aunque la República Islámica del Irán fuera una de las partes en el proceso de arbitraje". Para consultar las Declaraciones de Argel (Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria and Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran), véase *International Legal Materials*, vol. 20, núm. 1 (1981), págs. 224 y 230 (respectivamente), en especial págs. 232 y 233.

[538] Véase, por ejemplo, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (nota 537 *supra*), voto particular disconforme del Magistrado Parviz Ansari, págs. 97 y ss., en especial pág. 99.

12) El "otro comportamiento", en el sentido del párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, puede ser el de diferentes actores. En particular, ese comportamiento puede consistir en una práctica de las partes que no sea "en la aplicación del tratado", o bien en declaraciones de un Estado que no sea parte en el tratado acerca de su interpretación[539], en el pronunciamiento de un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado o de un órgano de arreglo de controversias en relación con la interpretación del tratado en cuestión[540], en actos de órganos técnicos encargados por una conferencia de Estados partes de prestar asesoramiento sobre la aplicación de las disposiciones de un tratado o en diversas formas de comportamiento o declaraciones de actores no estatales.

13) La expresión "al evaluar la práctica ulterior" que figura en la segunda oración del párrafo 2 debe entenderse en un sentido amplio que abarque tanto la determinación de la existencia de una práctica ulterior como la determinación de su relevancia jurídica. Las declaraciones o el comportamiento de otros actores, como las organizaciones internacionales o los actores no estatales, pueden reflejar, o iniciar, una práctica ulterior pertinente de las partes en un tratado[541]. No obstante, ese reflejo o inicio de una práctica ulterior de las partes por el comportamiento de otros actores no debe asimilarse a la práctica de las propias partes en el tratado, incluida la que les puede ser atribuida. Las actividades de actores que no son Estados partes, de por sí, solo pueden contribuir a evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

14) Las decisiones, resoluciones y otra práctica de las organizaciones internacionales pueden ser pertinentes, por su propia naturaleza, para la interpretación de los tratados. Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 2 j) de la Convención de Viena de 1986, que menciona la "práctica establecida" de la organización como una forma de las "reglas de la organización"[542]. El proyecto de conclusión 5 solo se refiere a la cuestión de si la práctica de las organizaciones internacionales puede ser indicativa de una práctica pertinente de los Estados partes en un tratado.

15) Los informes de las organizaciones internacionales de carácter universal, que se preparan con arreglo al mandato de informar acerca de la práctica de los Estados en un ámbito determinado, pueden gozar de considerable autoridad en la evaluación de dicha práctica. Por ejemplo, el *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, "el Manual del ACNUR"), es una obra importante que refleja la práctica de los Estados y, por tanto, proporciona orientaciones al

---

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

540 Véase, por ejemplo, Asociación de Derecho Internacional, Comité de Derecho y Práctica Internacionales sobre Derechos Humanos, "Final report on the impact of the findings of United Nations Human Rights treaty bodies", *Report of the Seventy-first Conference*, Berlín, 16 a 21 de agosto de 2004 (Londres, 2004), pág. 621, párrs. 21 y ss.

541 Véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), en especial, pág. 270.

542 Ese aspecto de la práctica ulterior en relación con un tratado se abordará en una fase posterior de los trabajos sobre el presente tema.

respecto[543]. Lo mismo cabe decir de la denominada Matriz del Comité 1540, que es una compilación sistemática del Comité del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, establecido en virtud de la resolución 1540 (2004) de 24 de abril de 2004, de las medidas de aplicación adoptadas por los Estados Miembros[544]. En la medida en que la Matriz se refiere a la aplicación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, de 1972[545], y de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, de 1993[546], constituye una prueba de la práctica ulterior de los Estados partes en esos tratados y una evaluación de esa práctica[547].

16) Otros actores no estatales también pueden desempeñar una función importante en la evaluación de la práctica ulterior de las partes en la aplicación de un tratado. Un ejemplo pertinente es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)[548]. Además de cumplir el mandato general que le ha sido conferido por los Convenios de Ginebra relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales y los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja[549], el CICR proporciona ocasionalmente orientaciones interpretativas sobre los Convenios de Ginebra de 1949[550] y

---

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

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

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

[546] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1974, núm. 33757, pág. 45.

[547] Véase, en términos generales, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 392 *supra*), pág. 270.

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

[549] *Ibid*., párr. 25.

[550] Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31 ("Convenio de Ginebra I"); Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 971, pág. 85 ("Convenio de Ginebra II"); Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 972, pág. 135 ("Convenio de Ginebra III"); y Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 973, pág. 287 ("Convenio de Ginebra IV").

los Protocolos adicionales[551] en razón de un mandato dimanante de los Estatutos del Movimiento[552]. El artículo 5, párrafo 2 g), de los Estatutos dispone:

> "De conformidad con sus [e]statutos, el cometido del Comité Internacional es, en particular: [...] g) trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo;"

En el marco de ese mandato, el CICR, por ejemplo, publicó en 2009 una *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*[553]. La Guía es el resultado de "una ronda de expertos" que se basa en el análisis de la práctica convencional y consuetudinaria de los Estados y "[expresa] la posición institucional del CICR en cuanto a la forma en que se debe interpretar el [derecho internacional humanitario] vigente"[554]. No obstante, en este contexto es importante señalar que los Estados han reafirmado su función primordial en el desarrollo del derecho internacional humanitario. La Resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2011) recuerda "los importantes cometidos" del CICR, al tiempo que "pon[e] énfasis en el cometido principal de los Estados en el desarrollo del derecho internacional humanitario"[555].

17) Otro ejemplo de comportamiento de actores no estatales que puede ser pertinente para evaluar la práctica ulterior de los Estados partes es *The Monitor*, una iniciativa conjunta de la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas Terrestres y la Coalición contra las Municiones en Racimo. *The Monitor* actúa como un mecanismo de vigilancia *de facto*[556] de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, de 1997 (la Convención de Ottawa)[557] y la Convención sobre Municiones en Racimo, de 2008 (Convención de Dublín)[558]. *The Monitor* recoge las declaraciones y prácticas pertinentes de los Estados partes y los signatarios, y señala, entre otras cosas, los problemas interpretativos relacionados con la Convención de Dublín[559].

18) Los ejemplos del CICR y *The Monitor* ponen de manifiesto que los actores no estatales pueden proporcionar valiosos elementos de prueba de la práctica ulterior de las partes, contribuir a la evaluación de esos elementos de prueba e incluso solicitar la aparición de esa práctica. No obstante, los actores no estatales también pueden perseguir sus propios objetivos, que pueden ser diferentes de los que persiguen los Estados partes. Por tanto, sus evaluaciones deben ser examinadas de manera crítica.

19) La Comisión también consideró si el texto del proyecto de conclusión 5 debía mencionar la "práctica social" como ejemplo de "otro comportamiento [...] [que] puede ser

---

[551] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), de 1977, *ibid.*, núm. 17513, pág. 609.

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

[553] Ginebra, 2009, pág. 10. Puede consultarse en www.icrc.org.

[554] *Ibid*., pág. 9.

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

[556] Véase www.the-monitor.org.

[557] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.

[558] *Ibid*., vol. 2688, núm. 47713, pág. 39.

[559] Véase, por ejemplo, *Cluster Munitions Monitor 2011*, págs. 24 a 31.

pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado"[560]. Teniendo en cuenta las preocupaciones expresadas por varios miembros sobre el significado y la pertinencia de esa noción, la Comisión consideró preferible abordar la cuestión de la posible pertinencia de la "práctica social" en el comentario.

20) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en algunas ocasiones que el "aumento de la aceptación social"[561] y "los cambios sociales importantes"[562] son pertinentes a los efectos de la interpretación de los tratados. No obstante, la invocación de los "cambios sociales" o la "aceptación social" por el Tribunal sigue estando vinculada, en última instancia, a la práctica de los Estados[563]. En particular, así ocurre en asuntos importantes como *Dudgeon c. el Reino Unido*[564] y *Christine Goodwin c. el Reino Unido*[565]. En *Dudgeon c. el Reino Unido*, el Tribunal entendió que había "una mayor tolerancia de la conducta homosexual" señalando que "en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar este tipo de prácticas homosexuales en sí como una cuestión a la que deban aplicarse las sanciones del derecho penal" y que, por tanto, no podía "pasar por alto los cambios notables que se habían producido a este respecto en el derecho interno de los Estados miembros"[566]. Asimismo, el Tribunal señaló que "en la propia Irlanda del Norte, en los últimos años las autoridades se habían abstenido de hacer cumplir la ley"[567]. En el asunto *Christine Goodwin c. el Reino Unido*, el Tribunal concedió importancia a la existencia de "pruebas claras e indiscutibles de una tendencia internacional continuada en favor no solo de una mayor aceptación social de los transexuales sino también del reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de los transexuales operados"[568].

21) Así pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos verifica si los avances sociales se reflejan efectivamente en la práctica de los Estados. Así sucedió, por ejemplo, en asuntos relativos a la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio[569] y en asuntos relacionados con el presunto derecho de ciertos romaníes ("gitanos") a disponer de un lugar

[560] Véase A/CN.4/660, párrs. 129 y ss.

[561] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 28957/95, 11 de julio de 2002, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-VI, párr. 85.

[562] *Ibid*., párr. 100.

[563] Véase también *I. v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25680/94, 11 de julio de 2002, párr. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom*, demanda núm. 13378/05, 12 de diciembre de 2006, párr. 57; *Shackell v. the United Kingdom* (decisión), demanda núm. 45851/99, 27 de abril de 2000, párr. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, demanda núm. 30141/04, 24 de junio de 2010, párr. 58.

[564] *Dudgeon v. the United Kingdom*, demanda núm. 7525/76, 22 de octubre de 1981, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 45, en particular párr. 60.

[565] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 28957/95, 11 de julio de 2002, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-VI, en particular párr. 85.

[566] Véase *Dudgeon v. the United Kingdom*, demanda núm. 7525/76, 22 de octubre de 1981, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 45, párr. 60.

[567] *Ibid*.

[568] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 28957/95, 11 de julio de 2002, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-VI, párr. 85; véase también, *ibid*., párr. 90.

[569] *Mazurek v. France*, demanda núm. 34406/97, 1 de febrero de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-II, párr. 52; véase también *Marckx v. Belgium*, demanda núm. 6833/74, 13 de junio de 1979, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 31, párr. 41; *Inze v. Austria*, demanda núm. 8695/79, 28 de octubre de 1987, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 126, párr. 44; *Brauer v. Germany*, demanda núm. 3545/04, 28 de mayo de 2009, párr. 40.

de residencia temporal asignado por los municipios para poder mantener su modo de vida itinerante[570].

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

Tercera parte
Aspectos generales

Conclusión 6
Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

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

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3, pueden adoptar diversas formas.

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

Comentario

1) El propósito del proyecto de conclusión 6 es indicar que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, deben ser identificados.

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

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

3) Los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), deben ser "acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones", y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), ha de ser "en la aplicación del tratado" y por la cual conste un acuerdo "acerca de la interpretación"[571]. La relación entre los términos "interpretación" y "aplicación" en el artículo 31, párrafo 3, no es meridianamente clara. La "interpretación" es el proceso mediante el que se aclara el sentido de un tratado, incluidas una o más de sus disposiciones. La "aplicación" abarca un comportamiento mediante el que

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

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

se ejercen los derechos o se cumplen las obligaciones que prevé un tratado, plenamente o en parte. La "interpretación" se refiere a un proceso mental, mientras que la "aplicación" se centra en el comportamiento en sí (acciones y omisiones). A este respecto, los dos conceptos son distinguibles y pueden servir propósitos diferentes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 (véanse los párrafos 4) a 6) *infra*), pero también están estrechamente relacionados y se complementan entre sí.

4) Si bien puede haber aspectos de la "interpretación" que no estén relacionados con la "aplicación" de un tratado[572], la aplicación de un tratado conlleva, de manera casi inevitable, algún elemento de interpretación, aun en los casos en que la norma en cuestión esté aparentemente clara[573]. Así pues, un acuerdo o un comportamiento "acerca de la interpretación" del tratado y un acuerdo o un comportamiento "en la aplicación" del tratado llevan implícito, ambos, que las partes asumen, o se les atribuye, una posición acerca de la interpretación del tratado[574]. Mientras que en el caso de un "acuerdo ulterior [...] acerca de [...] la aplicación de sus disposiciones" en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) (primera alternativa), la posición acerca de la interpretación de un tratado es asumida de manera específica e intencionada por las partes, esto puede ser menos claro de identificar en el caso de los "acuerdos ulteriores acerca de la aplicación del tratado", en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) (segunda alternativa)[575]. Asumir una posición respecto de la interpretación "en la aplicación" también está implícito en actos simples de aplicación del tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), es decir, en "toda medida adoptada sobre la base del tratado interpretado"[576]. La palabra "o" en el artículo 31, párrafo 3 a), no describe pues una relación mutuamente excluyente entre "interpretación" y "aplicación".

5) La importancia de una "aplicación" de un tratado, a los efectos de su interpretación, no se limita, no obstante, a la identificación de la posición que el Estado parte en cuestión asuma con ella respecto de su interpretación. De hecho, la forma en que un tratado se aplica no solo contribuye a determinar el sentido del tratado, sino también a identificar hasta qué

---

572 Según G. Haraszti, "la interpretación supone la elucidación de un texto en cuanto a su sentido y su objetivo, mientras que la aplicación supone la especificación de las consecuencias que conlleva para las partes contratantes" (véase Haraszti, *Some Fundamental Problems…* (nota 446 *supra*), pág. 18); si bien reconoce que "una norma jurídica sea cual sea la forma en que se manifieste no puede aplicarse a menos que se haya elucidado su contenido" (*ibid*., pág. 15).

573 Harvard Draft Convention on the Law of Treaties, *American Journal of International Law Supp.*, vol. 29, 1935, págs. 653 y ss., en especial págs. 938 y 939. Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon Press, 1961), pág. 372; Sinclair, *The Vienna Convention…* (véase la nota 393 *supra*), pág. 116; Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 423; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*); págs. 28 a 30 y 238; Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 47; U. Linderfalk, "Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation", *Netherlands International Law Review*, vol. 54, núm. 1 (2007), págs. 141 a 144 y 147; G. Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), pág. 44; Villiger, "The rules on interpretation…" (véase la nota 439 *supra*), pág. 111.

574 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 266; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 446 *supra*), pág. 162; Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (véase la nota 454 *supra*), págs. 114 y 118; Dörr, "Article 31..." (véase la nota 439 *supra*), pág. 556, párrs. 80 y 82.

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

576 Véase Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 446 *supra*), págs. 164, 165 y 167; véanse también los proyectos de conclusión 2 [1], párr. 4, y 4, párr. 3.

punto la interpretación que los Estados partes han asumido está "asentada" y, por tanto, más o menos firmemente establecida.

6) Debe señalarse que una "aplicación" de un tratado no necesariamente refleja la posición de un Estado parte de que dicha aplicación es la única legalmente posible con arreglo al tratado y a las circunstancias[577]. Además, el concepto de "aplicación" no excluye ciertos comportamientos de actores no estatales que el tratado reconozca como formas de su aplicación atribuibles a las partes en él[578], y por tanto puede constituir una práctica por la que conste el acuerdo de las partes. Por último, el significado legal de un comportamiento particular en la aplicación de un tratado no está necesariamente limitado a su posible contribución a la interpretación en el sentido del artículo 31, sino que puede contribuir también a satisfacer la carga de la prueba[579] o a cumplir las condiciones de otras normas[580].

7) Un comportamiento ulterior que no esté motivado por una obligación convencional no es "en la aplicación del tratado" o "acerca de" su interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En la causa relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, por ejemplo, algunos magistrados dudaron de si el hecho de que los Estados Miembros de las Naciones Unidas siguieran pagando sus contribuciones significaba una aceptación de una práctica determinada de la Organización[581]. El Magistrado Fitzmaurice hizo una advertencia bien conocida en este contexto, con arreglo a la cual el "argumento extraído de la práctica, si se lleva demasiado lejos, puede constituir el planteamiento de la cuestión"[582]. Según el Magistrado Fitzmaurice, "difícilmente podría inferirse del mero hecho de que los Estados Miembros paguen que estos admitan necesariamente en todos los supuestos una obligación jurídica positiva de hacerlo"[583].

8) Del mismo modo, en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia entendió que un esfuerzo por las partes en el Acuerdo de 1987 (sobre el sometimiento de una controversia a la competencia de la Corte) para celebrar un acuerdo especial adicional (que habría especificado el objeto de la controversia) no significaba que las partes considerasen que la celebración de dicho acuerdo adicional fuera un requisito para determinar la competencia de la Corte[584].

---

[577] Véase el proyecto de conclusión 7, párr. 1.

[578] Véase Boisson de Chazournes, "Subsequent practice, practices…" (nota 415 *supra*), págs. 53 y ss., en especial págs. 54, 56, 59 y 60.

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

[580] En la causa *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), la Corte Internacional de Justicia analizó la práctica ulterior no solo en el contexto de la interpretación del tratado sino también en el de la prescripción adquisitiva (véanse pág. 1092, párr. 71, pág. 1096, párr. 79, y pág. 1105, párr. 97).

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

[582] *Ibid.*, pág. 201.

[583] *Ibid.*

[584] *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Competencia y Admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 6 y ss., en especial pág. 16, párr. 28.

9) Otro ejemplo de una práctica voluntaria que no tiene por objeto ser "en la aplicación de" un tratado o "acerca de la interpretación" de un tratado se refiere a la "protección complementaria" en el contexto del derecho de los refugiados. A las personas a las que se deniega el estatuto de refugiado con arreglo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a menudo se les concede, no obstante, "protección complementaria", que es equivalente a la que se prevé en la Convención. Sin embargo, los Estados que conceden protección complementaria no consideran que estén actuando "en la aplicación de" la Convención o "acerca de su interpretación"[585].

10) A veces es difícil distinguir acuerdos ulteriores o una práctica ulterior pertinente acerca de la interpretación o en la aplicación de un tratado, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), de otros comportamientos o desarrollos en el contexto más amplio del tratado, incluidos "desarrollos contemporáneos" en el ámbito que es objeto del tratado. No obstante, esta distinción es importante ya que únicamente un comportamiento acerca de la interpretación de las partes da lugar a su autoridad específica en el proceso de interpretación. La regla general parecería ser que, cuanto más específicamente se relacione un acuerdo o una práctica con un tratado, mayor peso interpretativo puede adquirir en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b)[586].

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

12) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ofrece una serie de ejemplos. Por una parte, la Corte no consideró que un "comunicado ministerial conjunto" de dos Estados "formara parte de la base convencional del derecho de libre navegación", ya que "es probable que las modalidades de cooperación que en él se establecen sean revisadas a fin de satisfacer a las partes"[587]. No obstante, la Corte también sostuvo que la falta de ciertas afirmaciones acerca de la interpretación de un tratado, o la ausencia de ciertas formas de su aplicación, constituían una práctica que indicaba la posición jurídica de las partes según la cual las armas nucleares no estaban prohibidas en varios tratados sobre armas tóxicas[588]. En cualquier caso, la importancia exacta de una expresión colectiva de opiniones de las partes solo puede determinarse mediante un examen detenido de si dicha expresión es "acerca de la interpretación" del tratado y hasta qué punto lo es. Así pues, la Corte entendió, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, que las

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

[586] Sobre el "peso" de un acuerdo o una práctica como medio de interpretación, véase el proyecto de conclusión 9 [8], párrs. 1 a 3 *infra*; como ejemplo de la necesidad y de la dificultad ocasional de distinguir un comportamiento específico de las partes acerca de la interpretación de un tratado de un desarrollo más general, véase *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial págs. 41 a 58, párrs. 103 a 151.

[587] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 *supra*), pág. 234, párr. 40; véase también *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág. 1091, párr. 68, en donde la Corte afirmó de manera implícita que una de las partes no consideraba que ciertas formas de cooperación práctica fueran legalmente pertinentes a los efectos de la cuestión de fronteras que se planteaba y, por tanto, no convenía con una posición contraria de la otra parte.

[588] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párrs. 55 y 56; véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, objeción preliminar, fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 262 a 264.

"resoluciones y directrices pertinentes [de la Comisión Internacional sobre la Caza de las Ballenas] que habían sido aprobadas por consenso exigían que los Estados partes tuvieran en cuenta si los objetivos de la investigación podían lograrse de manera práctica y científica utilizando métodos de investigación no letales, pero no establecían el requisito de que se utilizasen métodos letales únicamente cuando no existieran otros métodos disponibles"[589].

13) Cuando el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se enfrentó a la cuestión de si la Declaración sobre resolución de reclamaciones obligaba a los Estados Unidos a devolver bienes militares al Irán, el Tribunal concluyó, refiriéndose a la práctica ulterior de las partes, que este tratado contenía una obligación implícita de indemnización en caso de no devolución[590]:

> "66. ... Aunque el párrafo 9 de la Declaración general no afirma de manera expresa obligación alguna de indemnizar al Irán en el supuesto de que no se devuelvan determinados artículos en razón de disposiciones de la legislación de los Estados Unidos aplicable con anterioridad al 14 de noviembre de 1979, el Tribunal entiende que dicha obligación está implícita en ese párrafo.
>
> [...]
>
> 68. Además, el Tribunal observa que la interpretación recogida en el párrafo 66 *supra* es acorde con la práctica ulterior de las partes en la aplicación de los Acuerdos de Argel y, en particular, con el comportamiento de los Estados Unidos. Dicha práctica, de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 b) de la Convención de Viena, también ha de tenerse en cuenta en la interpretación de un tratado. En su comunicación de 26 de marzo de 1981, en la que informan al Irán de que no se aprobaría la exportación de artículos de defensa, los Estados Unidos manifestaron de manera expresa que el Irán sería reembolsado por el coste del equipo en la medida de lo posible."

Esta posición fue criticada por el Juez Holtzmann en su voto particular:

> "El comportamiento ulterior de un Estado parte constituye una base adecuada para interpretar un tratado únicamente si resulta que el comportamiento estuvo motivado por el tratado. En el presente caso no hay evidencia, ni siquiera un argumento, de que la disposición de los Estados Unidos a pagar al Irán por los bienes fuera en respuesta a una obligación percibida que imponía el párrafo 9. Dicho comportamiento sería igualmente acorde con el reconocimiento de una obligación contractual de realizar el pago. En ausencia de cualquier indicio de que el comportamiento estuviese motivado por el tratado, es incorrecto utilizar ese comportamiento para interpretar el tratado."[591]

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

14) El hecho de que los Estados partes asuman una posición acerca de la interpretación de un tratado puede también deducirse a veces del carácter del tratado o de una disposición específica[592]. Mientras que la práctica ulterior en la aplicación de un tratado a menudo consiste en un comportamiento de diferentes órganos del Estado (ejecutivos, legislativos,

---

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

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

591 Voto particular del Juez Holtzmann, concurrente en parte, disidente en parte, *ibid*., pág. 304.

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

judiciales o de otra índole) en la aplicación consciente de un tratado a diferentes niveles (nacional e internacional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, no aborda en general de manera explícita la cuestión de si una práctica concreta se llevó a cabo "acerca de la interpretación" del Convenio[593]. Así pues, a la hora de describir la situación jurídica nacional en los Estados miembros, en raras ocasiones pregunta el Tribunal si una situación jurídica particular es el resultado de un proceso legislativo durante el cual se debatieron los posibles requisitos del Convenio. Más bien, el Tribunal presume que los Estados miembros, a la hora de legislar o adoptar alguna otra disposición de manera particular, son conscientes de sus obligaciones con arreglo al Convenio, y que actúan de una manera que refleja la forma en que entienden sus obligaciones[594]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha utilizado en ocasiones la práctica legislativa como medio de interpretación[595]. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado incluso en ocasiones que la "falta de posicionamiento alguno" de las partes acerca de una determinada interpretación del Convenio puede indicar que asumen una posición acerca de la interpretación del tratado[596].

15) El artículo 118 del Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra[597] estipula que "[l]os prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas". Los Estados partes no declararon de manera intencionada que fuera relevante la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado a fin de evitar que los Estados alegaran de manera abusiva la voluntad de los prisioneros de guerra con objeto de demorar la repatriación[598]. No obstante, el CICR ha insistido siempre, como condición de su participación, en que se respete la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado[599]. Este enfoque, en la medida en que ha sido reflejado en la práctica de los Estados partes, no significa necesariamente, no obstante, que el artículo 118 deba interpretarse como una exigencia de que la repatriación de un prisionero de guerra no debe hacerse contra su voluntad. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario señala de manera precisa en su comentario sobre la norma 128 A:

---

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

[594] Véase la nota 593 *supra*; véanse también *Marckx v. Belgium*, demanda núm. 6833/74, 13 de junio de 1979, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 31, párr. 41; *Jorgic v. Germany*, demanda núm. 74613/01, 12 de julio de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007-III, párr. 69; *Mazurek v. France*, demanda núm. 34406/97, 1 de febrero de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-II, párr. 52.

[595] Véase, por ejemplo, *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tabago* (nota 400 *supra*), párr. 12.

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

[597] Véase la nota 550 *supra*.

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

[599] Así, con su participación, el CICR trata de conciliar los intereses de una rápida repatriación y el respeto de la voluntad de los prisioneros de guerra (véase, Krähenmann, "Protection of prisoners in armed conflict" (nota 598 *supra*), págs. 409 y 410).

> "Según el IV Convenio de Ginebra, no puede trasladarse a ninguna persona protegida a un país 'donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas' [artículo 45, párrafo 4, del IV Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra]. Aunque el III Convenio de Ginebra no contiene una cláusula similar, la práctica desde 1949 ha evolucionado de modo que en toda repatriación en la que el CICR ha tenido un papel de intermediario neutral, las partes en conflicto, ya sea internacional o no internacional, han aceptado las condiciones del CICR para su participación, incluido el hecho de que el CICR ha de poder verificar antes de la repatriación (o puesta en libertad en un conflicto armado no internacional), mediante una entrevista privada con el interesado, si este desea ser repatriado (o liberado)."[600]

16) Esta formulación sugiere que la práctica estatal de respetar la voluntad del prisionero de guerra se limita a los casos en los que interviene el CICR y en los que la organización ha formulado dicha condición. Los Estados han extraído diferentes conclusiones de esta práctica[601]. En el Manual del Reino Unido de 2004 se dispone que:

> "Una cuestión más controvertida es si los prisioneros de guerra han de ser repatriados incluso contra su voluntad. La práctica reciente de los Estados indica que no deben serlo. La política del Reino Unido es que los prisioneros de guerra no deben ser repatriados contra su voluntad."[602]

17) Esta particular combinación de los verbos "han de" y "deben" indica que el Reino Unido, al igual que otros Estados, no considera que la práctica ulterior demuestra una interpretación del tratado según la cual la voluntad declarada del prisionero de guerra tiene que ser respetada siempre[603].

18) Los ejemplos anteriores extraídos de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados fundamentan la necesidad de identificar e interpretar cuidadosamente los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en particular para plantear si las partes, mediante un acuerdo o una práctica, asumen una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si están motivadas por otras consideraciones[604].

---

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

601 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, *Volume 2: Practice* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855, y actualización en versión electrónica para Australia, Israel, los Países Bajos y España, que puede consultarse en la dirección www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_section d.

602 Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), págs. 205 y 206, párr. 8170 [se omiten las notas].

603 El Manual de los Estados Unidos de América menciona únicamente la voluntad de los prisioneros de guerra que están enfermos o heridos, véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, *Volume 2*: *Practice* (nota 601 *supra*), págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855; no obstante, la práctica de los Estados Unidos de América después de la Segunda Guerra Mundial fue que el CICR estableciera la voluntad del prisionero y actuar en consecuencia (United States of America, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress* (United States Government Printing Office, 1992), págs. 707 y 708, que puede consultarse en www.globalsecurity.org/military/library/report/1992/cpgw.pdf).

604 A/CN.4/671, párrs. 11 a 18. Véase también L. Crema "Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), págs. 25 y 26.

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

19) La segunda oración del párrafo 1 es meramente ilustrativa. Hace referencia a dos tipos de casos que es preciso distinguir de la práctica acerca de la interpretación de un tratado.

20) Una práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede también poner de manifiesto un acuerdo de no aplicar un tratado temporalmente[605] o un acuerdo sobre un arreglo práctico *(modus vivendi)*[606]. El ejemplo que figura a continuación es ilustrativo.

21) El artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1864 para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña dispone que "[s]e adoptará una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, las ambulancias y evacuaciones […] La bandera […] llevar[á] cruz roja en fondo blanco"[607]. Durante la guerra ruso-turca que tuvo lugar entre 1877 y 1878, el Imperio Otomano declaró que en el futuro utilizaría la media luna roja sobre fondo blanco para marcar sus propias ambulancias, si bien respetando el signo de la cruz roja que protegía a las ambulancias enemigas y manifestó que el signo distintivo del Convenio "había impedido hasta la fecha que Turquía ejerciera los derechos que la asistían en virtud del Convenio porque constituía una ofensa para los soldados musulmanes"[608]. Esta declaración dio lugar a una correspondencia entre el Imperio Otomano, Suiza (en calidad de depositaria) y las demás partes que resultó en la aceptación de la media luna roja únicamente durante el tiempo que se prolongara el conflicto"[609]. En las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y durante la Conferencia de 1906 de examen del Convenio de Ginebra de 1864, el Imperio Otomano, Persia y Siam pidieron, sin lograrlo, que se incluyeran la media luna roja, el león y el sol rojos, y la llama roja en el Convenio[610]. No obstante, el Imperio Otomano y Persia al menos lograron que se aceptaran las "reservas" que formularon a dicho efecto en 1906[611]. Esta aceptación de las reservas del Imperio Otomano y de Persia en 1906 no significó, no obstante, que las partes hubieran aceptado que el Convenio de Ginebra de 1864 había sido interpretado de un modo particular antes de 1906 por una práctica ulterior no objetada. La práctica del Imperio

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

[606] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 *supra*), págs. 234 y 235, párr. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 395 *supra*), págs. 14 y ss., en especial págs. 65 y 66, párrs. 138 a 140; J. Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), pág. 32; para otro ejemplo, véase A/CN.4/671, párr. 72; y J. R. Crook, "Contemporary practice of the United States", *American Journal of International Law*, vol. 105 (2011), págs. 775 y ss., en especial págs. 809 a 812.

[607] Véase CICR, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 14ª ed. (Ginebra, 2011), pág. 22.

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

[609] *Ibid*., núm. 31 (julio de 1877), pág. 89, citado en Bugnion, *The Emblem of the Red Cross…* (véase la nota 608 *supra*), pág. 18.

[610] Bugnion, *The Emblem of the Red Cross…* (véase la nota 608 *supra*), págs. 19 a 31.

[611] A las que se unió Egipto tras su adhesión en 1923, véase Bugnion, *The Emblem of the Red Cross…* (véase la nota 608 *supra*), págs. 23 a 26; hasta que se revisaron los Convenios de Ginebra en 1929, Turquía, Persia y Egipto no afirmaron que el uso de otros emblemas se había convertido en un hecho consumado y que esos emblemas habían sido utilizados en la práctica sin que se planteara objeción alguna, cuando la media luna roja y el león y sol rojos fueron reconocidos finalmente como signos distintivos en el artículo 19, párrafo 2, del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, de 1929 (Sociedad de Naciones, *Treaty Series*, vol. 118, núm. 2733, pág. 303).

Otomano y de Persia se vio más bien, al menos hasta 1906, como una práctica no recogida por el Convenio de Ginebra de 1864, si bien fue aceptada como medida temporal y excepcional que dejaba inalterada la obligación convencional general.

Párrafo 2 – variedad de formas

22) El propósito del párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 es reconocer la variedad de formas que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden adoptar con arreglo al artículo 31, párrafo 3 a) y b). La Comisión ha reconocido que la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b) consiste en cualquier "comportamiento" en la aplicación de un tratado, incluida en ciertas circunstancias la inacción, que pueda contribuir a establecer un acuerdo acerca de la interpretación del tratado[612]. Dependiendo del tratado de que se trate, esto no incluye únicamente comportamientos orientados al exterior, como actos oficiales, declaraciones y votaciones de ámbito internacional, sino también actos legislativos, ejecutivos y judiciales de ámbito nacional, y puede abarcar incluso comportamientos de actores no estatales que sean atribuibles a uno o a más Estados partes y entren dentro del ámbito de aplicación de lo que el tratado conciba como formas de su aplicación[613]. Así pues, el comportamiento individual que puede contribuir a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), no tiene que cumplir ningún criterio formal específico[614].

23) La práctica ulterior en el ámbito internacional no tiene que ser necesariamente un comportamiento conjunto[615]. Puede bastar un comportamiento paralelo de las partes. Una cuestión aparte es si la actividad paralela desarrolla realmente un entendimiento común suficiente (acuerdo) acerca de la interpretación de un tratado en un caso particular (véase el proyecto de conclusión 10 [9], párrafo 1, *infra*)[616]. Pueden encontrarse acuerdos ulteriores en tratados jurídicamente vinculantes y en instrumentos no vinculantes como memorandos de entendimiento[617]. También pueden encontrarse acuerdos ulteriores en algunas decisiones de una conferencia de Estados partes (véase el proyecto de conclusión 11 [10], párrafos 1, 2 y 3, *infra*).

Párrafo 3 – identificación de la práctica ulterior prevista en el artículo 32

24) El párrafo 3 de este proyecto de conclusión establece que, al identificar la práctica ulterior prevista en el artículo 32, el intérprete tiene que determinar si, en particular, el comportamiento seguido por una o más partes es en la aplicación del tratado[618]. La Comisión decidió tratar esa "otra práctica ulterior" (véase el proyecto de conclusión 4,

---

612 Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párrs. 17) a 20).

613 Véase, por ejemplo, el comentario del proyecto de conclusión 5 *supra*; Boisson de Chazournes, "Subsequent practice…" (nota 415 *supra*), págs. 54, 56, 59 y 60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 392 *supra*), págs. 257 a 259; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial págs. 42 a 45, párrs. 103 a 111, págs. 48 y 49, párrs. 119 a 122, y pág. 50, párr. 126; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), págs. 555 y 556, párr. 78.

614 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 254 y 255.

615 *Temple of Preah Vihear* (véase la nota 488 *supra*), pág. 33; *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág. 1213, párr. 17 (opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren).

616 *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 737, párr. 258; no obstante, véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial págs. 83 y 84, párr. 117, en donde la Corte reconoció las concesiones de las partes en la controversia como prueba de su acuerdo tácito; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (nota 613 *supra*).

617 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 244 y 250.

618 Véanse, *supra*, párrs. 1) a 4) del presente comentario, y A/CN.4/671, párrs. 3 a 5.

párrafo 3)[619] en el sentido del artículo 32 en un párrafo aparte en aras de la claridad analítica (véanse el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, y el proyecto de conclusión 9 [8], párrafo 3, *infra*), pero no quiere con ello cuestionar la unidad del proceso de interpretación. Las consideraciones que son pertinentes para la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), también son aplicables, *mutatis mutandis*, a la identificación de "otra práctica ulterior" en el sentido del artículo 32. Así pues, los acuerdos en que no estén todas las partes en un tratado acerca de la interpretación del tratado o de su aplicación son una forma de práctica ulterior en el sentido del artículo 32.

25) Ejemplo de un arreglo práctico es el memorando de entendimiento entre el Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de los Estados Unidos Mexicanos sobre el servicio de Autotransporte Transfronterizo de Carga Internacional, de 6 de julio de 2011[620]. El memorando de entendimiento no se refiere al Canadá, la tercera parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y en él se especifica que el memorando "es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados Unidos y México con arreglo al TLCAN". Estas circunstancias sugieren que el memorando de entendimiento no pretende constituir un acuerdo acerca de la interpretación del TLCAN en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) o b), sino que más bien se limita a ser un arreglo práctico entre un número limitado de partes que puede ser impugnado por otras partes o por una institución judicial o cuasijudicial.

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

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

2. La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 también puede contribuir a aclarar el sentido de un tratado.

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

[619] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párr. 10).

[620] Crook, "Contemporary practice of the United States" (véase la nota 606 *supra*), págs. 809 a 812; véase también: México, *Diario Oficial de la Federación* (7 de julio de 2011), Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América (www.dof.gob.mx).

Comentario

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

1) El proyecto de conclusión 7 versa sobre los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de un tratado. Su propósito es indicar cómo los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a la aclaración del sentido de un tratado. El párrafo 1 subraya que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior han de considerarse en su interacción con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 2 [1], párrafo 5)[621]. Por consiguiente, no son necesariamente concluyentes de por sí.

2) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como todos los medios de interpretación, pueden tener distintos efectos en el proceso interactivo de interpretación de un tratado, que consiste en prestar la debida atención en un caso concreto a los diversos medios de interpretación en "una sola operación combinada"[622]. La toma en consideración de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido de los artículos 31, párrafo 3, y 32 puede así contribuir a aclarar el sentido de un tratado[623] al reducir (precisar) los posibles significados de un término o una disposición en particular o del alcance del tratado en su conjunto (véanse los párrafos 4), 6), 7), 10) y 11) *infra*). Si no, dicha toma en consideración puede contribuir a una aclaración al confirmar una interpretación más amplia. Por último, puede contribuir a entender las diversas interpretaciones posibles de que disponen las partes, incluido el margen de discrecionalidad que el tratado les conceda (véanse los párrafos 12) a 15) *infra*).

3) Los tribunales y cortes internacionales suelen comenzar su razonamiento en una causa concreta determinando el "sentido corriente" de los términos del tratado[624]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se suelen tener en cuenta en una fase posterior del razonamiento, cuando los tribunales se preguntan si ese comportamiento confirma o modifica el resultado alcanzado mediante la interpretación inicial del sentido corriente (o mediante otros medios de interpretación)[625]. Si las partes no desean transmitir el sentido corriente de un término, sino un sentido especial conforme a lo previsto en el artículo 31, párrafo 4, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden servir para aclarar ese sentido especial. Los ejemplos que figuran a continuación[626] ilustran el modo en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, pueden contribuir, en su interacción con otros medios en el proceso de interpretación, a aclarar el sentido de un tratado.

---

621 Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párr. 5, párrs. 12) a 15).

622 *Ibid*.

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

624 Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párr. 5, párr. 14); *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 8.

625 Véase, por ejemplo, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (nota 395 *supra*), pág. 656, párrs. 59 a 61, y pág. 665, párr. 80; *Territorial Dispute* (nota 395 *supra*), pág. 34, párrs. 66 a 71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 395 *supra*), pág. 290 (declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume).

626 Para más ejemplos, véase Nolte, "Jurisprudence under special regimes" (nota 398 *supra*), págs. 210 a 306.

4) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a determinar el "sentido corriente" de un término concreto confirmando una interpretación restringida de los distintos matices posibles de significado del término. Así ocurrió, por ejemplo[627], en la opinión consultiva relativa a las *Armas Nucleares*, en la que la Corte Internacional de Justicia señaló que, en la práctica de los Estados, los términos "material tóxico o armas tóxicas":

> "... se han interpretado en su sentido corriente, es decir, como términos que se refieren a las armas cuyo efecto principal, o incluso exclusivo, es intoxicar o asfixiar. Esa práctica está clara y las partes en esos instrumentos no han considerado que estos se refirieran a las armas nucleares."[628]

5) Por otra parte, la práctica ulterior puede impedir que se especifique el sentido de un término general, limitándolo a solo uno de sus distintos significados posibles[629]. Por ejemplo, en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte declaró lo siguiente:

> "La impresión general que se desprende del examen de los documentos pertinentes es que los responsables de la administración de aduanas [...] usaron todos los elementos de valoración de que disponían, aunque quizá no siempre de manera coherente.
>
> En estas circunstancias, la Corte considera que el artículo 95 no establece ninguna regla estricta sobre la cuestión objeto de controversia. Requiere una interpretación más flexible que las respectivas interpretaciones que invocan las partes en la causa."[630]

6) Distintos tipos de práctica pueden contribuir tanto a una interpretación restringida como a una interpretación amplia de distintos términos del mismo tratado[631].

7) Un tratado deberá interpretarse conforme al sentido corriente de sus términos "en el contexto de estos" (artículo 31, párrafo 1). Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en interacción con este medio de interpretación concreto, también pueden contribuir a establecer una interpretación más restringida o más amplia de un término de un tratado[632]. En la opinión consultiva relativa a la *Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar el sentido de la expresión "ocho [...] países que posean las flotas mercantes más importantes"

---

627 Véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 306, párr. 67; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 9.

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

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

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

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

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

del artículo 28 a) de la Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental[633], dado que este concepto de "países que posean las flotas mercantes más importantes" permitía distintas interpretaciones (según el "tonelaje registrado" o según la "titularidad de nacionales") y dado que no había práctica pertinente de la organización ni de sus miembros con arreglo al propio artículo 28 a) la Corte se basó en la práctica seguida en relación con otras disposiciones de la Convención y sostuvo lo siguiente:

> "Ese empleo del criterio del tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención [...] convenc[e] a la Corte de que cuando [el artículo 28 a)] se redactó e incluyó en la Convención era poco probable que se hubiese pensado en cualquier otro criterio que no fuese el del tonelaje registrado para determinar qué países poseían las flotas mercantes más importantes."[634]

8) Junto con el texto y el contexto, el artículo 31, párrafo 1, atribuye importancia al "objeto y fin" de un tratado para su interpretación[635]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior también pueden contribuir a aclarar el objeto y fin de un tratado[636], o conciliar la invocación del "objeto y fin" de un tratado con otros medios de interpretación.

9) En las causas relativas a la *Delimitación Marítima en la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen*[637] y las *Plataformas petrolíferas*[638], por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y el fin de tratados bilaterales remitiéndose a la práctica ulterior de las partes. Y en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte sostuvo lo siguiente:

> "De los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, sin embargo, no tiene como objetivo solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, así pues, no queda abarcada en el Capítulo VIII de la Carta."[639]

---

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

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

635 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 211 y 219.

636 *Ibid*., págs. 212 a 215; véase asimismo *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 31, párr. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109; R. Higgins "Some observations on the inter-temporal rule in international law", en *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, J. Makarczyk (ed.) (La Haya, Kluwer Law International, 1996), págs. 173 a 181, en especial pág. 180; Distefano, "La pratique subséquente…" (véase la nota 573 *supra*), págs. 52 a 54; Crema, "Subsequent agreements and subsequent practice…" (nota 604 *supra*), pág. 21.

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

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

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

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

10) La práctica estatal que queda fuera de los contextos judicial y cuasijudicial confirma que los acuerdos y la práctica ulteriores solo contribuyen a especificar el sentido de un término en el sentido de restringir los posibles significados de los derechos y obligaciones enunciados en un tratado; no obstante los acuerdos y la práctica ulteriores también pueden indicar una variedad más amplia de interpretaciones aceptables o un cierto margen de discrecionalidad que un tratado concede a los Estados[640].

11) Por ejemplo, si bien el sentido corriente de los términos del artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944[641] no parece requerir que un vuelo fletado obtenga permiso para aterrizar mientras esté en ruta, la práctica de larga data de los Estados de exigir ese permiso ha llevado a que se acepte con carácter general que esa disposición debe interpretarse en el sentido de que sí se requiere el permiso[642]. Otro caso es el del artículo 22, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961[643], que dispone que los medios de transporte utilizados por una misión no podrán ser objeto de registro, requisa, embargo, o medida de ejecución. Aunque las medidas policiales de carácter coercitivo contra bienes diplomáticos suelen suscitar protestas de los Estados[644], el remolque de vehículos diplomáticos que hayan infringido las normas locales de circulación y estacionamiento se ha considerado generalmente permisible en la práctica[645]. Esa práctica sugiere que, aun cuando las medidas punitivas contra vehículos diplomáticos están prohibidas, estos pueden ser inmovilizados o retirados si se demuestra

---

640 Con esto no se sugiere que puedan existir distintas interpretaciones posibles de un tratado, sino más bien que el tratado puede reconocer a las partes la posibilidad de elegir entre diversos actos permitidos, véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 392 *supra*), págs. 32 y 33 y pág. 268, donde se cita a la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477: "Es necesario determinar el significado autónomo de las disposiciones pertinentes del tratado [...] De ello se desprende que, al igual que ocurre con otros tratados multilaterales, se debe dar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados un significado independiente que pueda extraerse de las fuentes mencionadas en los artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena de 1969] y sin tener en cuenta las características distintivas del ordenamiento jurídico de un Estado contratante en particular. Por consiguiente, en principio solo puede haber una interpretación verdadera de un tratado [...] En la práctica, corresponde al tribunal nacional que conoce del caso concreto resolver los desacuerdos sustanciales que puedan plantearse sobre una cuestión de interpretación. Pero, al hacerlo, debe dilucidar, sin verse condicionado por los conceptos de su cultura jurídica nacional, el verdadero sentido autónomo e internacional del tratado. Y solo puede haber un verdadero sentido" (The Law Reports, *Appeal Cases 2001*, vol. 2, págs. 515 a 517 (Lord Steyn)).

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

642 S. D. Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), pág. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 525 *supra*), pág. 215.

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

644 E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 160 y 161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruselas, Bruylant, 1994), pág. 208, párr. 315.

645 Véase, por ejemplo, Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf); Islandia, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diplomatic Handbook* (Reykjavik, 2009), pág. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF); Reino Unido, véase la declaración del Subsecretario Parlamentario de Estado del Interior (Lord Elton) en la Cámara de los Lores, HL Deb, 12 de diciembre de 1983, vol. 446 cc 3 y 4; Estados Unidos, véase M. Nash (Leich), "Contemporary practice of the United States relating to international law", *American Journal of International Law*, vol. 88, núm. 2 (abril de 1994), págs. 312 y 313.

que constituyen un obstáculo o peligro inmediato para el tráfico o la seguridad pública[646]. De ese modo, el sentido de la expresión "medida de ejecución" —y, por tanto, el alcance de la protección concedida a los medios de transporte— ha quedado precisado por la práctica ulterior de las partes.

12) Otro posible ejemplo concierne al artículo 12 del Protocolo II[647] a los Convenios de Ginebra de 1949, que dispone:

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

Aunque el uso del futuro con carácter imperativo *("shall")* da a entender que los Estados están obligados a utilizar el signo distintivo para identificar al personal y los medios de transporte sanitarios en todas las circunstancias, la práctica ulterior deja entrever que los Estados pueden tener cierto margen de discrecionalidad con respecto a su aplicación[648]. Dado que en los últimos años grupos armados han atacado específicamente convoyes sanitarios fácilmente reconocibles por ostentar el emblema protector, los Estados se han abstenido en ciertas situaciones de identificar a esos convoyes con un signo distintivo. En respuesta a una interpelación parlamentaria sobre su práctica en el Afganistán, el Gobierno de Alemania señaló lo siguiente:

> "Al igual que otros países que han aportado contingentes a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), las Fuerzas Armadas Federales han podido comprobar que vehículos sanitarios con el correspondiente distintivo han sido objeto de ataques. En ocasiones, esos vehículos y unidades sanitarios, claramente identificados como tales por su emblema protector, fueron incluso objeto prioritario de ataques. Por ello, las Fuerzas Armadas Federales, junto con las de Bélgica, Francia, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos, han decidido cubrir el emblema protector de los vehículos sanitarios en el contexto de la ISAF."[649]

13) Esta práctica de los Estados puede confirmar una interpretación del artículo 12 según la cual la obligación de utilizar el emblema protector[650] en circunstancias excepcionales permite que las partes tengan un margen de discrecionalidad.

14) Una disposición de un tratado que conceda a los Estados un derecho aparentemente incondicional puede suscitar la cuestión de si ese margen de discrecionalidad está limitado por el propósito de la norma. Por ejemplo, según el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el Estado receptor puede comunicar al Estado acreditante, sin tener que exponer los motivos de su decisión, que un miembro de la misión es *persona*

---

[646] Denza, *Diplomatic Law…* (véase la nota 644 *supra*), pág. 160; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2ª ed. (Baden-Baden (Alemania), Nomos, 2010), pág. 70.

[647] Véase la nota 551 *supra*.

[648] Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, CICR y Martinus Nijhoff, 1987), pág. 1440, párrs. 4742 a 4744; H. Spieker, "Medical transportation", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párrs. 7 a 12; véase también el tiempo futuro menos estricto empleado en la versión francesa: *"sera arboré"*.

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

[650] Spieker, "Medical transportation" (véase la nota 648 *supra*), párr. 12.

non grata. Los Estados emiten esas notificaciones principalmente en los casos en que se ha determinado, o se sospecha, que miembros de la misión han participado en actividades de espionaje o cometido otras infracciones graves del derecho del Estado receptor, o que han causado considerable irritación política[651]. No obstante, los Estados también han formulado esas declaraciones en otras circunstancias, por ejemplo cuando miembros de la misión han causado un perjuicio grave a un tercero[652] o han cometido repetidas infracciones de la ley[653], o incluso para aplicar su normativa sobre la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas[654]. Es incluso posible que las declaraciones se formulen sin razones claras o por motivos puramente políticos. Los otros Estados no parecen haber afirmado que esa práctica constituya un abuso de la facultad de declarar *persona non grata* a los miembros de una misión. Así pues, dicha práctica confirma que el artículo 9 prevé un derecho incondicional[655].

Párrafo 2 – otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32

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

[651] Véase Denza, *Diplomatic Law…* (nota 644 *supra*), págs. 77 a 88, con más referencias a declaraciones formuladas en relación con el espionaje; véase también Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (nota 644 *supra*), pág. 484, párr. 630; y Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische…* (nota 646 *supra*), pág. 30.

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

[653] Francia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo, *Guía para los diplomáticos extranjeros que trabajan en Francia: De las inmunidades – Respetar las normativas locales* (http://www.diplomatie.gouv.fr/es/servicios-y-formularios-en-linea/guia-para-los-diplomaticos/de-las-inmunidades/article/respetar-las-normativas-locales); Turquía, Ministerio de Relaciones Exteriores, Reglamento de Tráfico para Misiones Extranjeras en Turquía, Principal Circular Note, 63552, Trafic Regulations 2005/PDGY/63552 (6 de abril de 2005) www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); Reino Unido, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, Circular dated 19 april 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London, reproducida en G. Marston, "United Kingdom materials on international law 1985", *British Yearbook of International Law*, vol. 56, núm. 1 (1985), pág. 437.

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

[655] Véase G. Hafner, "Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), págs. 105 y ss., en especial pág. 112, para un caso de mayor alcance incluso en relación con el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

sentido del tratado en ciertas circunstancias, sino también —y siempre— para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31[656].

16) La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 puede contribuir, por ejemplo, a reducir los posibles conflictos cuando el "objeto y fin" del tratado parezca estar en contradicción con los fines específicos de algunas de sus normas[657]. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en que "las partes intentaron asegurarse la libertad de navegación en el río y delimitar de la manera más precisa posible sus respectivas zonas de influencia"[658]. Las partes resolvieron de ese modo una posible contradicción teniendo en cuenta cierta práctica ulterior de solo una de las partes como medio de interpretación complementario (en el sentido del artículo 32)[659].

17) Otro ejemplo de "otra práctica ulterior" en el sentido del artículo 32 se refiere a la expresión "precauciones factibles" del artículo 57, párrafo 2 ii), del Protocolo I[660] a los Convenios de Ginebra de 1949. Esa expresión ha sido utilizada, de hecho, por el artículo 3, párrafo 4, del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), de 10 de octubre de 1980[661], que dispone que "[s]e entiende por 'precauciones viables' aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares". Este enunciado se ha terminado aceptando en muchos manuales militares, por medio de la práctica ulterior, como definición general de "precauciones factibles" a los efectos del artículo 57, párrafo 2) ii), del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949[662].

---

656 Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China – Publicaciones y productos audiovisuales)*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010, párr. 403: "Aunque la aplicación por el Grupo Especial del artículo 31 de la Convención de Viena a los 'Servicios de distribución de grabaciones de sonidos' le hizo llegar a una 'conclusión preliminar' sobre el sentido de esa anotación, el Grupo Especial decidió recurrir a medios de interpretación complementarios para *confirmar* ese sentido. Observamos a ese respecto que el argumento de China en apelación parece dar por sentado que el análisis realizado por el Grupo Especial conforme al artículo 32 de la Convención de Viena habría sido necesariamente distinto si el Grupo Especial hubiera constatado que la aplicación del artículo 31 dejaba ambiguo u oscuro el sentido de 'Servicios de distribución de grabaciones de sonidos', y si el Grupo Especial hubiera, por lo tanto, recurrido al artículo 32 para *determinar*, y no para *confirmar*, el sentido de esa expresión. No compartimos esa opinión. Los elementos que se han de examinar conforme al artículo 32 son distintos de los que se han de analizar conforme al artículo 31, pero los elementos que se examinan conforme al artículo 32 son los mismos con independencia del resultado del análisis conforme al artículo 31. Lo que puede ser distinto, en función de los resultados de la aplicación del artículo 31, es el peso que se atribuirá a los elementos analizados conforme al artículo 32". Véase también Villiger, *Commentary...* (nota 414 *supra*), pág. 447, párr. 11.

657 Véase Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos – AB-1998-4*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párr. 17 ("la mayoría de los tratados no tienen un objeto y un fin único y específico sino más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios"); Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 216.

658 *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág 1074, párr. 45.

659 *Ibid*., pág. 1078, párr. 55 y pág. 1096, párr. 80.

660 *Ibid*., pág. 1077, párr. 55 y pág. 1096, párr. 80.

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

662 Para los manuales militares de la Argentina (1989), el Canadá (2001) y el Reino Unido (2004), véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, *Volume 2*… (nota 601 *supra*), págs. 359 y 360, párrs. 160 a 164, y la actualización en línea para el manual militar de Australia (2006) (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); véase también Sandoz, Swinarski y Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols...* (nota 648 *supra*), pág. 683, párr. 2202.

18) La identificación de la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31, párrafo 3 b), y 32 ha hecho que los tribunales internos a veces lleguen a una interpretación amplia y en ocasiones a una interpretación restrictiva. Por un lado, por ejemplo, la Cámara de los Lores del Reino Unido ha interpretado que el término "avería" del artículo 26, párrafo 2, del Convenio de Varsovia incluye también la "pérdida", invocando el comportamiento ulterior de las partes[663]. Por otro, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, teniendo en cuenta la práctica ulterior de las partes, decidió que el término "accidente" del artículo 17 del Convenio de Varsovia de 1929 debía interpretarse de manera restrictiva en el sentido de que excluía hechos que no hubieran sido causados por un acontecimiento inesperado o inusual[664]. Otro ejemplo de interpretación restrictiva es una decisión en la que el Tribunal Federal de Australia interpretó la expresión "atentado contra la dignidad" del artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en el sentido de que solo exigía que el Estado receptor ofreciera protección frente a quebrantamientos de la paz o la perturbación de las funciones esenciales de las embajadas, y no contra cualquier forma de molestia o insulto[665].

19) Los tribunales y cortes nacionales, en particular, se remiten a veces a decisiones de otras jurisdicciones nacionales y, de esa forma, entablan un "diálogo judicial" incluso aunque las partes no hayan dejado constancia de que exista un acuerdo al respecto[666]. Además de aplicar con ello el artículo 32, esa remisión puede contribuir al desarrollo de una práctica ulterior junto con otros tribunales y cortes nacionales[667]. No obstante, la línea divisoria entre una utilización apropiada y una invocación selectiva de decisiones de otros tribunales y cortes nacionales puede ser fina[668]. Lord Hope de la Cámara de los Lores, citando las reglas de interpretación de la Convención de Viena, proporcionó una orientación general razonable al decir:

> "En un mundo ideal, todas las partes en la Convención deberían interpretarla del mismo modo. Así pues, la jurisprudencia constituye una posible fuente adicional de prueba. Han de tenerse cuidadosamente en cuenta los razonamientos de tribunales y cortes de otras jurisdicciones que han tenido que ocuparse de la cuestión de que se trate, en particular los de alto prestigio. Se debe dar un peso considerable a las

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

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

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

[666] Véanse, por ejemplo, Estados Unidos, Tribunal Supremo, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, págs. 397 a 407; Estados Unidos, Tribunal Supremo, *Abbott v. Abbott* 560 U.S. (2010), opinión del Tribunal (emitida por el Magistrado Kennedy), opinión separada (www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf) (consultado el 9 de junio de 2016), págs. 12 a 16; Alemania, Tribunal Administrativo Federal, BVerwGE, vol. 139, págs. 272 y ss., en especial págs. 288 y 289; Tribunal Superior de Australia, *Andrew John Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44, págs. 75 a 82.

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

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

> interpretaciones que gozan de aceptación general en otras jurisdicciones. Por otra parte, es preciso obrar con discernimiento si las decisiones entran en conflicto o si no hay coincidencias claras entre ellas."[669]

20) El modo en que se aplique este enfoque general es fundamental. Por ejemplo, debe evitarse invocar selectivamente las decisiones de una determinada jurisdicción nacional o la práctica de un grupo de Estados específico[670]. Por otra parte, puede ser adecuado, cuando la práctica varíe en diferentes jurisdicciones nacionales, hacer hincapié en la práctica de un grupo de jurisdicciones representativo[671] y dar más peso a las decisiones de los tribunales superiores[672].

Párrafo 3 – interpretación frente a modificación o enmienda

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

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

> "... el término 'aplicación' que figura en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena atañe a los casos en que en un acuerdo se especifica la manera en que las normas u obligaciones en vigor tienen que 'aplicarse'; el término

669 Reino Unido, Cámara de los Lores, *King v. Bristow Helicopters Ltd (Scotland)* [2002] UKHL 7, párr. 81.

670 *Ibid*., párr. 7 (Lord Mackay): "Al considerar importante que el Convenio de Varsovia reciba una interpretación común en todas las jurisdicciones que lo han adoptado, atribuyo una importancia fundamental a las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los asuntos *Eastern Airlines Inc v. Floyd* (1991) 499 US 530 y *El Al Israel Airlines v. Tseng*, sobre todo teniendo en cuenta la envergadura de la participación de los Estados Unidos en el transporte aéreo"; o Magistrado Einfeld, en nombre del Tribunal Federal de Australia, en el asunto *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Geraldo Magno and Ines Almeida* [1992] FCA 566, en relación con la interpretación del concepto de "atentado contra la dignidad" de una representación diplomática previsto en el artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, quien, recordando el artículo 31, párrafo 3 b), afirmó que "la aplicación internacional de la Convención por países democráticos indica que otra consideración importante es la libertad de expresión en el país receptor. Este factor es especialmente importante cuando se trata de manifestaciones políticas en el exterior de las embajadas. Es útil tener en cuenta la práctica de países con considerable experiencia en este tipo de situaciones, como los Estados Unidos y el Reino Unido", párr. 30.

671 Canadá, Tribunal Supremo, *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.* [2010] 1 SCR 649, párr. 21 (Magistrado Rothstein).

672 Reino Unido, Cámara de los Lores: *Sidhu v. British Airways* [1997] AC 430, pág. 453 (Lord Hope); *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, págs. 275 y 276 (Lord Wilberforce).

no connota la creación de nuevas obligaciones o la prórroga de obligaciones existentes que están sujetas a un límite temporal y que tienen que expirar...”[673]

23) Los artículos 31, párrafo 3 a), y 39, si se leen conjuntamente, evidencian que los acuerdos a que llegan las partes después de la celebración de un tratado pueden interpretar y enmendar o modificar el tratado[674]. Un acuerdo alcanzado conforme al artículo 39 no tiene que revestir necesariamente la misma forma que el tratado que enmienda[675]. Como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*:

> “Cualesquiera fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la [Comisión Administradora del Río Uruguay]), este ‘entendimiento’ era vinculante para las Partes, en la medida en que le habían dado su consentimiento, y las Partes debían ajustarse a él de buena fe. Estaban habilitadas para apartarse de los procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado.”[676]

24) A menudo es difícil trazar una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores conforme al artículo 31, párrafo 3 a), que no son necesariamente vinculantes como tales, y, finalmente, acuerdos sobre la enmienda o modificación de un tratado en virtud de los artículos 39 a 41[677]. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados parecen indicar[678] que los acuerdos informales que pretenden dejar sin efecto obligaciones convencionales deben interpretarse de manera estricta. Salvo los enunciados en el artículo 39, parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que puedan estipularse en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre esas diferentes formas de acuerdos ulteriores. Está claro, no obstante, que los Estados y los tribunales y cortes internacionales generalmente se inclinan a reconocer a los Estados partes mucha libertad en la interpretación de un tratado mediante

---

673 Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Banano III* (véase la nota 445 *supra*), párrs. 391 a 393.

674 Murphy, “The relevance of subsequent agreement…” (véase la nota 642 *supra*), pág. 88.

675 Sinclair, *The Vienna Convention…* (véase la nota 393 *supra*), pág. 107, que alude a Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados...* (A/CONF.39/11) (véase la nota 575 *supra*), 37ª sesión, 24 de abril de 1968, pág. 207, párrs. 49 a 52; Villiger, *Commentary…* (véase la nota 414 *supra*), pág. 513, párrs. 7, 9 y 11; K. Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, en Dörr y Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties...* (véase la nota 439 *supra*), pág. 706, párr. 16.

676 *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 395 *supra*), págs. 62 y 63, párrs. 128 y 131; la Corte concluyó seguidamente, en la causa que estaba examinando, que esas condiciones no se habían cumplido, págs. 62 a 66, párrs. 128 a 142.

677 En la práctica judicial, a veces no es necesario determinar si un acuerdo tiene por efecto interpretar o modificar un tratado, véase *Territorial Dispute* (nota 395 *supra*), pág. 29, párr. 60 (“a juicio de la Corte, a los efectos del presente fallo, no hay razón para considerarla como una confirmación o como una modificación de la Declaración”); a veces se considera que un acuerdo concertado en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), también puede tener como efecto la modificación de un tratado (véase Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 525 *supra*), págs. 212 a 214, que cita algunos ejemplos).

678 *Pulp Millls on the River Uruguay* (véase la nota 395 *supra*), pág. 63, párrs. 131 y 140; Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3)…” (véase la nota 606 *supra*), pág. 32; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional) (véase la nota 537 *supra*), págs. 77 y ss., en especial págs. 125 y 126, párr. 132, *ADF Group Inc. v. United States of America*, caso núm. ARB(AF)/00/1, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del TLCAN, 9 de enero de 2003, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 84 y 85, párr. 177 (www.state.gov/documents/organization/16586.pdf); *ibid*., parte IV, cap. C, párrs. 20 y 21; A/CN.4/671, párrs. 146 a 165.

un acuerdo ulterior. Ese margen de libertad permite incluso ir más allá del sentido corriente de los términos del tratado. El reconocimiento de este margen para la interpretación de un tratado va en paralelo a la renuencia de los Estados y los tribunales y cortes a admitir que un acuerdo realmente produzca el efecto de enmendar o modificar un tratado[679]. Así pues, un acuerdo para modificar un tratado no está excluido, pero tampoco ha de presumirse[680].

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

> "Artículo 38. Modificación de los tratados por la práctica ulterior
>
> Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado."[681]

26) Este proyecto de artículo dio pie a un intenso debate en la Conferencia de Viena[682]. Las enmiendas tendentes a suprimir el proyecto de artículo 38 fueron sometidas a votación y aprobadas por 53 votos contra 15 y 26 abstenciones. Después de la Conferencia de Viena se discutió si el hecho de que se rechazara el proyecto de artículo 38 significaba que había quedado excluida la posibilidad de modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes. Muchos autores llegaron a la conclusión de que los Estados negociadores simplemente no habían deseado tratar esta cuestión en la Convención de Viena de 1969 y que los tratados, como norma general de derecho consuetudinario en materia de tratados, de hecho pueden ser modificados por la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de las partes a tal efecto[683]. Los tribunales y cortes internacionales, en cambio, se

---

679 Cabe que los Estados, en contextos diplomáticos fuera de los procedimientos judiciales, tiendan a reconocer más abiertamente que un determinado acuerdo o una práctica común exponen la modificación de un tratado, véase Murphy, "The relevance of subsequent agreement…" (nota 642 *supra*), pág. 83.

680 *Ibid*., pág. 66, párr. 140; Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3)…" (véase la nota 606 *supra*), pág. 32.

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

682 Véanse *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*... (A/CONF.39/11) (nota 575 *supra*), 37ª sesión, 24 de abril de 1968, págs. 207 a 215; A/CN.4/671, párrs. 119 a 121; Distefano, "La pratique subséquente…" (nota 573 *supra*), págs. 56 a 61.

683 Sinclair, *The Vienna Convention…* (véase la nota 393 *supra*), pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 275 a 280; Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), págs. 51 y 52; Kamto, "La volonté de l'État...", (véase la nota 533 *supra*), págs. 134 a 141, en especial pág. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 525 *supra*), pág. 213; Villiger, *Commentary…* (véase la nota 414 *supra*), pág. 432, párr. 23; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), pág. 555, párr. 76 (está de acuerdo Odendahl, "Article 39…" (véase la nota 675 *supra*), pág. 702, párrs. 10 y 11); Distefano, "La pratique subséquente…" (véase la nota 573 *supra*), págs. 62 a 67; H. Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three", *British Yearbook of International Law 2006*, vol. 77, págs. 1 a 82, en especial pág. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6ª ed. (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2008), pág. 934; I. Buga, "Subsequent practice and treaty modification", en *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M. J. Bowman y D. Kritsiotis (eds.) (de próxima aparición), en especial nota 452 con otras referencias; en desacuerdo con esta opinión, en particular, y subrayando la solemnidad de la celebración de un tratado a diferencia de la informalidad de la práctica, Murphy, "The relevance of subsequent agreement…" (véase la nota 642 *supra*), págs. 89 y 90; véase también Hafner, "Subsequent agreements and practice…" (véase la nota 655 *supra*), págs. 115 a 117 (que distingue entre las perspectivas de los tribunales y los Estados, y subraya la importancia de las disposiciones de enmienda a este respecto).

han abstenido en su mayoría desde la adopción de la Convención de Viena de 1969 de reconocer esta posibilidad.

27) En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que "la práctica ulterior de las partes, en el marco del significado del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, puede dar lugar a un alejamiento de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito"[684]. No está totalmente claro si con eso la Corte quería reconocer que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede tener también por efecto la enmienda o modificación de un tratado, o si se limitaba a hacer una observación sobre la interpretación de los tratados, dado que la intención "original" de las partes no es necesariamente concluyente para la interpretación de un tratado. En realidad, la Comisión reconoce en el proyecto de conclusión 8 [3] que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, al igual que otros medios de interpretación, "pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo"[685]. Por consiguiente, el alcance de la "interpretación" no viene dado necesariamente por una "intención original" fija, sino que más bien debe determinarse teniendo en cuenta varias consideraciones más amplias, incluidos ciertos acontecimientos posteriores. Este pronunciamiento un tanto ambiguo de la Corte plantea la cuestión de hasta qué punto la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede contribuir a la "interpretación" y si la práctica ulterior puede tener como efecto la enmienda o modificación de un tratado. En realidad, la línea divisoria entre la interpretación y la enmienda o modificación de un tratado en la práctica es a menudo "difícil, si no imposible, de determinar"[686].

28) Aparte del pronunciamiento en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*[687], la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido explícitamente que una práctica ulterior concreta haya tenido como efecto modificar un tratado. En particular, es lo que sucedió en las opiniones consultivas relativas a *Namibia* y al *Muro* en las que la Corte reconoció que la práctica ulterior tuvo un efecto importante en la determinación del sentido del tratado, pero no llegó a reconocer expresamente que esa práctica hubiera llevado a una enmienda o modificación de este[688]. Como esas opiniones se refieren a tratados por los que se crea una organización internacional, parece difícil derivar de ellas una norma general de derecho de los tratados. Las cuestiones de los acuerdos

[684] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 *supra*), pág. 242, párr. 64; véase asimismo *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (nota 532 *supra*); Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 51; Kamto, "La volonté de l'État…" (véase la nota 533 *supra*), págs. 134 a 141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Cologne, Berlín, Heymanns, 1963), pág. 132.

[685] Véase, *supra*, el proyecto de conclusión 8 [3] y el comentario correspondiente, párrs. 1) a 18).

[686] Sinclair, *The Vienna Convention…* (véase la nota 393 *supra*), pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 275; Murphy, "The relevance of subsequent agreement…" (véase la nota 642 *supra*), pág. 90; B. Simma, "Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), pág. 46; Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (véase la nota 454 *supra*), págs. 42 y 43; Sorel y Boré Eveno, "1969 Vienna Convention, Article 31…" (véase la nota 440 *supra*), pág. 825, párr. 42; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), pág. 555, párr. 76; esto es así aun cuando los dos procesos teóricamente puedan considerarse "bastante diferentes jurídicamente", véase la opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren en *Kasikili/Sedudu Island* (nota 395 *supra*), págs. 1212 y 1213, párr. 16; análogamente Hafner, "Subsequent agreements and practice…" (véase la nota 655 *supra*), pág. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 446 *supra*), pág. 168.

[687] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 *supra*), pág. 242, párr. 64.

[688] Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989..." (véase la nota 683 *supra*), pág. 64.

ulteriores y la práctica ulterior en relación con los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales se abordan en el proyecto de conclusión 12 [11][689].

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

> "A partir de entonces la conducta del Camerún en estos territorios tiene pertinencia únicamente respecto de la cuestión de si admitió el establecimiento de un cambio de un título basado en un tratado, lo que no puede descartarse totalmente como posibilidad en derecho..."[690]

30) La Corte consideró que se había dado esa aquiescencia en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, en la que puso decisivamente el acento en el hecho de que se habían producido claras manifestaciones de soberanía por una parte (Francia) que, según la Corte, requerían una reacción de la otra parte (Tailandia)[691]. Ahora bien, este fallo se dictó antes de que se aprobara la Convención de Viena y, por consiguiente, fue tomado en cuenta, al menos implícitamente, por los Estados en el debate celebrado en la Conferencia de Viena[692]. Este fallo tampoco llega a reconocer expresamente la modificación de un tratado por medio de la práctica ulterior, ya que la Corte dejó abierta la cuestión de si la línea trazada en el mapa francés era compatible con la línea divisoria de las aguas que había sido acordada en el tratado de límites original entre los dos Estados, aunque a menudo se da por sentado que no lo era[693].

31) Por consiguiente, la Corte Internacional de Justicia, si bien deja abierta la posibilidad de que un tratado pueda ser modificado por la práctica ulterior de las partes, no ha reconocido expresamente hasta el momento que tal efecto se haya producido realmente en un caso concreto. En lugar de eso, la Corte ha llegado a interpretaciones que son difíciles de conciliar con el sentido corriente del texto del tratado, pero coinciden con la práctica reconocida de las partes[694]. Las opiniones en contra de tribunales arbitrales han sido

---

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

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

691 *Temple of Preah Vihear* (véase la nota 488 *supra*): "no cabe duda de que, por su conducta, hubo un reconocimiento muy definido [...] es evidente que las circunstancias eran tales que reclamaban alguna reacción" (pág. 23); "difícilmente se puede imaginar una afirmación más clara del título por parte de la Indochina francesa y, por tanto, 'exigía una reacción'" (pág. 30).

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

693 *Temple of Preah Vihear* (véase la nota 488*supra*), pág. 26: "un hecho que, de ser exacto, debía ser igualmente evidente en 1908". El Magistrado Parra-Aranguren opinó que la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* demuestra "que el efecto de la práctica ulterior en esa ocasión fue enmendar el tratado" (véase *Kasikili/Sedudu Island* (nota 395 *supra*), opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren, págs. 1212 y 1213, párr. 16); Buga, "Subsequent practice and treaty modification" (véase la nota 683 *supra*), en especial la nota 500.

694 En particular, la opinión consultiva sobre Namibia (véase la nota 636 *supra*) ha sido interpretada en el sentido de que implica que la práctica ulterior ha modificado el Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas, véase Alain Pellet, "Article 38", en *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 2ª ed., A. Zimmermann y otros (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 844, párr. 279, nota 809; véase A/CN.4/671, párrs. 124 a 126.

calificadas de "excepción aislada"[695] o dictadas antes de la Conferencia de Viena y citadas críticamente en esta[696].

32) El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado bien sentado que no aceptaría ninguna interpretación que supusiera la modificación de las obligaciones dimanantes de un tratado, puesto que dejaría de ser la "aplicación" de una disposición convencional existente[697]. La posición del Órgano de Apelación puede estar influida por el artículo 3, párrafo 2, del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, según el cual "[l]as recomendaciones y resoluciones del [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados"[698].

33) En algunas ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la práctica ulterior de las partes puede ser una fuente de modificación del Convenio. En un pronunciamiento dictado en el asunto *Soering c. el Reino Unido*, de 1989, el Tribunal dijo:

> "... que una práctica establecida en el seno de los Estados miembros podía dar lugar a una modificación del Convenio. En ese asunto, el Tribunal aceptó que una práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena de muerte, podría entenderse como establecimiento del acuerdo de los Estados contratantes en derogar la excepción prevista en el artículo 2, párrafo 1, y, de ese modo, eliminar un límite textual al margen de interpretación evolutiva del artículo 3 (*ibid*., págs. 40 y 41, párr. 103)."[699]

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

---

[695] M. Kohen, "Keeping subsequent agreements and practice in their right limits", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), págs. 34 y ss., en especial pág. 43, con respecto a *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 de abril de 2002, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXV (núm. de venta: E/F.05.V.5), págs. 83 a 195, en especial págs. 110 y 111, párrs. 3.6 a 3.10; véase también *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 de septiembre de 1988, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX (núm. de venta: E/F.93.V.3), págs. 1 a 118, en especial págs. 56 y 57, párrs. 209 y 210, en el que el Tribunal de Arbitraje sostuvo, en un *obiter dictum*, "que el límite fronterizo demarcado prevalecería sobre el Acuerdo si pudiera detectarse una contradicción" (*ibid*., pág. 57); pero véase R. Kolb, "La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14 (2004), págs. 9 a 32, en especial pág. 20.

[696] *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 de diciembre de 1963, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVI (núm. de venta: E/F.69.V.1), págs. 5 a 74, en especial págs. 62 y 63; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*... (A/CONF.39/11) (véase la nota 575 *supra*), 37ª sesión, 24 de abril de 1968, pág. 228, párr. 58 (Japón); Murphy, "The relevance of subsequent agreement…" (nota 642 *supra*), pág. 89.

[697] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Banano III* (véase la nota 445 *supra*), segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21, WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1, adoptado el 11 de diciembre de 2008, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008, párrs. 391 a 393.

[698] Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (véase la nota 445 *supra*), Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, anexo 2, pág. 401.

[699] Véase *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, demanda núm. 61498/08, 4 de octubre de 2010, párr. 119, donde se menciona *Öcalan v. Turkey* [GC], demanda núm. 46221/99, 12 de mayo de 2005, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-IV, y se cita *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 161.

> "Todos los Estados miembros salvo dos han firmado ya el Protocolo núm. 13 y, entre los signatarios, todos salvo tres lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica constante de los Estados en el respeto de la moratoria sobre la pena de muerte, son claramente indicativas de que el artículo 2 ha sido modificado de manera que ahora prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia. En este contexto, el Tribunal no considera que el enunciado de la segunda frase del artículo 2, párrafo 1, siga siendo un obstáculo a la hora de interpretar las palabras 'pena o trato inhumano o degradante' del artículo 3 en el sentido de que incluyen la pena de muerte (compárese con *Soering*, citado más arriba, párrs. 102 a 104)."[700]

35) La jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales permite llegar a las conclusiones siguientes: la situación de la OMC indica que un tratado puede excluir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Así pues, el propio tratado regula la cuestión en primer lugar. A la inversa, los asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dan a entender que un tratado puede permitir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Así pues, en última instancia, la cuestión depende del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión[701].

36) La situación es más complicada en el caso de los tratados respecto de los cuales no existan tales indicaciones. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no se puede inferir ninguna norma supletoria clara para tales casos. No obstante, es posible extraer la conclusión de que la Corte, si bien concluyó que la posibilidad de una modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes "no puede excluirse totalmente desde el punto de vista jurídico"[702], consideró que se debía evitar que se produjera dicha modificación siempre que fuera posible. En lugar de ello, la Corte prefiere aceptar interpretaciones amplias que pueden extender el sentido corriente de los términos del tratado.

37) Esta conclusión, extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, sigue la línea de determinadas consideraciones que se articularon durante los debates entre los Estados sobre el proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena de 1969[703]. En la actualidad, parece que ha ganado más peso la consideración de que no se deben soslayar los procedimientos previstos en los tratados para realizar enmiendas recurriendo a medios informales frente a la observación general, igualmente cierta, de que el derecho internacional a menudo no es tan formalista como el derecho interno de los Estados[704]. La preocupación manifestada por varios Estados en la Conferencia de Viena de que la posibilidad de la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior pudiese crear dificultades en relación con el derecho constitucional nacional también ha adquirido desde

---

[700] *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, demanda núm. 61498/08, 4 de octubre de 2010, párr. 120; B. Malkani, "The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, núm. 3 (2013), págs. 523 a 556.

[701] Véase Buga, "Subsequent practice and treaty modification" (nota 683 *supra*), notas 126 a 132.

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

[703] A/CN.4/671, párrs. 119 a 121.

[704] Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…" (nota 642 *supra*), pág. 89; Simma, "Miscellaneous thoughts on subsequent agreements…" (nota 686 *supra*), pág. 47; Hafner, "Subsequent agreements and practice…" (véase la nota 655 *supra*), págs. 115 a 117; J. E. Álvarez, "Limits of change by way of subsequent agreements and practice", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), pág. 130.

entonces mayor relevancia[705]. Y, si bien la enmienda o modificación de un tratado por la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de todas las partes no pone formalmente en tela de juicio el principio *pacta sunt servanda*, no es menos cierto que la estabilidad de las relaciones convencionales puede quedar en entredicho si un medio informal para identificar un acuerdo como práctica ulterior pudiera modificar fácilmente un tratado[706].

38) En conclusión, aunque en la jurisprudencia internacional existe cierto apoyo a que, en caso de que el tratado no contenga indicaciones en contra, la práctica ulterior acordada entre las partes teóricamente puede llevar a modificaciones del tratado, no se debe presumir que en realidad se produzca tal efecto. Por el contrario, los Estados y los tribunales prefieren tratar de considerar, por todos los medios, una práctica ulterior acordada entre las partes como un esfuerzo por interpretar el tratado de una manera determinada. Estos esfuerzos por interpretar un tratado de manera amplia son posibles porque el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 no concede prioridad a ningún medio de interpretación en particular, sino que requiere más bien que el intérprete tenga en cuenta todos los medios de interpretación pertinentes[707]. En este contexto, una consideración importante es hasta qué punto es posible una interpretación evolutiva de la disposición convencional en cuestión[708].

Conclusión 8 [3]
Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo

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

[705] Véase *NATO Strategic Concept Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 19 de junio de 2001, demanda 2 BvE 6/99 (puede consultarse una traducción inglesa en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), párrs. 19 a 21; Tribunal Fiscal Federal de Alemania, BFHE, vol. 157, págs. 39 y ss., en especial págs. 43 y 44; *ibid*., vol. 227, págs. 419 y ss., en especial pág. 426; *ibid*., vol. 181, págs. 158 y ss., en especial pág. 161; S. Kadelbach, "Domestic constitucional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*), págs. 145 a 148; Álvarez, "Limits of change…" (véase la nota 704 *supra*), pág. 130; I. Wuerth, "Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*) págs. 154 a 159; y H. Ruiz Fabri, "Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy", en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (véase la nota 398 *supra*) págs. 165 y 166.

[706] Véase, por ejemplo, Kohen, "*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente…" (nota 692 *supra*), pág. 274 (en particular con respecto a los tratados de límites).

[707] Véase, *supra*, el proyecto de conclusión 2 [1], párr. 5, y el comentario correspondiente; Hafner, "Subsequent agreements and practice…" (véase la nota 655 *supra*), pág. 117; algunos autores opinan que la gama de posibilidades en materia de "interpretación" es más amplia en el caso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3, que en el caso de interpretaciones por otros medios de interpretación, incluida la gama de interpretaciones evolutivas por las cortes o tribunales, por ejemplo, Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 275; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76.

[708] Véase el proyecto de conclusión 8 [3]; en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia pudo dejar abierta la cuestión de si el término "comercio" había sido modificado por la práctica ulterior de las partes puesto que decidió que era posible dar a ese término una interpretación evolutiva. *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 *supra*), págs. 242 y 243, párrs. 64 a 66.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 8 [3] aborda el papel que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden desempeñar en el contexto de la cuestión más general de si el sentido de un término de un tratado es susceptible de evolucionar con el tiempo.

2) En el caso de los tratados, la cuestión del denominado derecho intertemporal[709] se ha planteado tradicionalmente en términos de si un tratado debe interpretarse a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su celebración (interpretación "contemporánea" o "estática") o a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su aplicación (interpretación "evolutiva" o "dinámica")[710]. La observación incidental del árbitro Max Huber en el caso *Isla de Palmas*, según la cual "un acto jurídico debe apreciarse a la luz del derecho de la época"[711], llevó a muchos tribunales y cortes internacionales, así como a muchos tratadistas, a favorecer de manera general la interpretación contemporánea[712]. Al mismo tiempo, el Tribunal de Arbitraje en el caso *Rin de Hierro* afirmó que había "apoyo general entre los principales tratadistas a una interpretación evolutiva de los tratados"[713].

3) La Comisión, en su comentario acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, consideró en 1966 que "sería difícil formular una norma que abarcase totalmente el elemento temporal" y, por ello, "decidió omitir el elemento temporal"[714]. Del mismo modo, los debates en el seno del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación llevaron a la conclusión, en 2006, de que era difícil formular y convenir una norma general que diera preferencia a un "principio de interpretación contemporánea" o a un principio que reconociera de forma general la necesidad de tener en cuenta el "significado evolutivo" de los tratados[715].

4) No se debe entender que el proyecto de conclusión 8 [3] toma partido con respecto a la idoneidad de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los

---

[709] T. O. Elias, "The doctrine of intertemporal law", *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), págs. 285 y ss.; D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2001); M. Fitzmaurice, "Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I", *The Hague Yearbook of International Law*, vol. 21 (2008), págs. 101 a 153; M. Kotzur, "Intertemporal law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com); U. Linderfalk, "Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties", *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 2 (2008), págs. 109 y ss.; A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed. (Berlín, Duncker & Humblot, 1984), págs. 496 y ss., párrs. 782 y ss.

[710] M. Fitzmaurice, "Dynamic (evolutive) interpretation…" (véase la nota 709 *supra*).

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

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

[713] *Award in Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway* (véase la nota 397 *supra*), pág. 35, en especial párr. 81; véase, por ejemplo, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 525 *supra*), págs. 215 y 216; M. Fitzmaurice, "Dynamic (evolutive) interpretation…" (véase la nota 709 *supra*), págs. 29 a 31; G. Distefano, "L'interprétation évolutive de la norme internationale", *Revue générale de droit international public*, vol. 115, núm. 2 (2011), págs. 373 a 396, en especial págs. 384 y 389 y ss.; Higgins, "Some observations on the inter-temporal rule..." (véase la nota 636 *supra*), págs. 174 y ss.; Sorel y Boré Eveno, "1969 Vienna Convention, Article 31…" (véase la nota 440 *supra*), pág. 807, párr. 8; P.-M. Dupuy, "Evolutionary interpretation of treaties", en Cannizzaro, *The Law of Treaties…* (véase la nota 439 *supra*), págs. 125 y ss.; M. Kotzur, "Intertemporal Law" (véase la nota 709 *supra*), párr. 14.

[714] *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 222, párr. 16); Higgins, "Some observations on the inter-temporal rule…" (véase la nota 636 *supra*), pág. 178.

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

tratados en general. El proyecto de conclusión 8 [3] subraya más bien que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como cualquier otro medio de interpretación de los tratados, pueden apoyar una interpretación tanto contemporánea como evolutiva, según proceda. La Comisión, por tanto, llegó a la conclusión de que esos medios de interpretación de los tratados "pueden contribuir a determinar si" una interpretación evolutiva es o no adecuada en relación con un término concreto de un tratado.

5) La jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales confirma este planteamiento. Los diversos tribunales y cortes internacionales que han recurrido a la interpretación evolutiva, aunque en distinto grado, parecen haber seguido un enfoque específico para cada caso a la hora de determinar, mediante el recurso a los diversos medios de interpretación de los tratados a los que se hace referencia en los artículos 31 y 32, si conviene o no atribuir a un término de un tratado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

6) Se considera que la Corte Internacional de Justicia, en particular, ha seguido dos tendencias en su jurisprudencia, una a favor de una interpretación más "contemporánea" y la otra a favor de una interpretación más "evolutiva", como señaló el Magistrado *ad hoc* Guillaume en su declaración en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*[716]. Las resoluciones que favorecen un enfoque más contemporáneo se refieren principalmente a términos específicos de los tratados ("repartición de las aguas"[717]; "canal principal o Thalweg"[718]; nombres de lugares[719]; y "desembocadura" de un río[720]). Por otra parte, las causas en las que se apoya una interpretación evolutiva parecen estar relacionadas con términos más generales. Así ocurre, en particular, con los términos que son, por definición, evolutivos, como las expresiones "las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno" o "el bienestar y desarrollo de esos pueblos" que figuraban en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre *Namibia*, dio a esos términos un sentido evolutivo haciendo referencia a la evolución del derecho de los pueblos a la libre determinación después de la Segunda Guerra Mundial[721]. El carácter "genérico" de un

[716] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 *supra*), declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y ss., en especial págs. 294 y ss., párrs. 9 y ss.; véase también *Anuario..., 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 479; Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 478; resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre "Le problème intertemporel en droit international public", *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (Wiesbaden session, 1975), págs. 536 y ss. (www.idi-iil.org).

[717] *Case concerning a boundary dispute between Argentina and Chile concerning the delimitation of the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, decisión de 21 de octubre de 1994, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXII (núm. de venta: E/F.00.V.7), págs. 3 a 149, en especial pág. 43, párr. 130; véase también, con respecto a la expresión "línea divisoria de las aguas", *Temple of Preah Vihear* (nota 488 *supra*), págs. 16 a 22.

[718] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), págs. 1060 a 1062, párrs. 21 y 25.

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

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

[721] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 432 *supra*), pág. 31, párr. 53.

término concreto en un tratado[722] y el hecho de que el tratado esté concebido para que tenga "una duración continuada"[723] también pueden dar lugar a un sentido evolutivo.

7) Otros órganos judiciales internacionales también utilizan en ocasiones un enfoque evolutivo respecto de la interpretación, aunque muestran diferentes grados de apertura a esa interpretación. El Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido solo ocasionalmente a la interpretación evolutiva. Sin embargo, en un asunto bien conocido sostuvo que "el término genérico 'recursos naturales' del párrafo g) del artículo XX no es 'estático' en su contenido o en sus referencias sino, más bien, 'por definición, evolutivo'"[724]. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha sostenido que el sentido atribuido a ciertas obligaciones de velar[725] "puede cambiar con el tiempo"[726] y ha hecho hincapié en que las normas relativas a la responsabilidad de los Estados de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pueden seguir la evolución del derecho y "no se consideran estáticas"[727]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido de forma más general que "el Convenio es un instrumento vivo que se debe interpretar [...] a la luz de las condiciones de vida actuales"[728]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también de forma más general, sigue un enfoque evolutivo en materia de interpretación, en particular en el marco de su aplicación del principio denominado *pro homine*[729]. En el caso *Rin de Hierro*, el Tribunal de Arbitraje estimó que la viabilidad y la efectividad continuadas de un acuerdo ferroviario transfronterizo multidimensional era una razón importante para aceptar que incluso normas bastante técnicas fueran objeto de una interpretación evolutiva[730].

---

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

[723] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 supra), pág. 243, párr. 66.

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

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

[726] *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area* (véase la nota 396 *supra*), párr. 117.

[727] *Ibid*., párr. 211.

[728] *Tyrer v. the United Kingdom*, demanda núm. 5856/72, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 26, párr. 31.

[729] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (véase la nota 431 *supra*), párr. 114 ("Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer v. United Kingdom* (1978), *Marckx v. Belgium* (1979), *Loizidou v. Turkey* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales") [se omiten las notas].

[730] Véanse *Arbitration regarding the Iron Rhine* (véase la nota 397 *supra*), párr. 80: "En este caso, no se trata de un término conceptual o genérico, sino de avances técnicos en relación con el funcionamiento y la capacidad del ferrocarril"; y *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 722 *supra*), pág. 32, párr. 77; *Delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)*, laudo, 31 de julio de 1989, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX (núm. de venta: E/F.93.V.3), págs. 119 a 213, en especial págs. 151 y 152, párr. 85.

8) En definitiva, la mayoría de los tribunales y cortes internacionales no han reconocido la interpretación evolutiva como una forma distinta de interpretación, sino que han llegado a esa interpretación evolutiva en aplicación de los diversos medios de interpretación que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, considerando ciertos criterios (en particular los mencionados en el párrafo 6) *supra*) sobre la base del examen de cada caso. Por tanto, toda interpretación evolutiva del sentido de un término a lo largo del tiempo debe ser el resultado del proceso ordinario de interpretación de los tratados[731].

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

> "... el criterio de la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados se basa en que debe presumirse que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes y en que la dilucidación del sentido del texto, y no una investigación *ab initio* de la supuesta intención de las partes, es lo que constituye el objeto de la interpretación [...] haciendo del sentido corriente de los términos, del contexto del tratado, de sus objetivos y fines y de las normas generales de derecho internacional, junto con las interpretaciones auténticas de las propias partes, los criterios primordiales para interpretar un tratado."[732]

En consecuencia, en el proyecto de conclusión 8 [3], la expresión "intención presunta" se entiende como la intención de las partes tal como ha sido determinada mediante la aplicación de los diversos medios de interpretación reconocidos en los artículos 31 y 32. Así pues, la "intención presunta" no es una voluntad original que se pueda identificar por separado; y los trabajos preparatorios no son el elemento de base principal para determinar la intención presunta de las partes, sino que solo son, como indica el artículo 32, un medio de interpretación complementario. Y aunque la interpretación debe tratar de determinar la intención de las partes, el intérprete ha de basarse para ello en los medios de interpretación de los que se disponga en el momento de la interpretación, entre los que figuran los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en el tratado. Por tanto, el intérprete tiene que responder a la pregunta de si puede presumirse que las partes tenían la intención, al celebrar un tratado, de atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

10) El proyecto de conclusión 8 [3] no toma partido sobre la cuestión de la conveniencia de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los tratados en general (véase el párrafo 4), *supra* del comentario). Debe entenderse, sin embargo, que indica la necesidad de cierta prudencia antes de concluir a favor de un enfoque evolutivo en un caso concreto. Con ese fin, el proyecto de conclusión 8 [3] señala los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación que pueden ofrecer indicaciones útiles

---

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

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

al intérprete para evaluar, como parte del proceso ordinario de interpretación de los tratados, si el sentido de un término es susceptible de evolucionar con el tiempo[733].

11) Ese enfoque se basa en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales y cortes internacionales, que abundan en el mismo sentido. En su opinión consultiva sobre *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a la práctica de los órganos de las Naciones Unidas y de los Estados para formular las conclusiones que extraía de la naturaleza intrínsecamente evolutiva del derecho a la libre determinación[734]. En la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo*, la Corte consideró "significativo" que la práctica administrativa de las Naciones Unidas y el comportamiento de la parte que había invocado la interpretación restrictiva en un contexto diferente confirmaban lo que había considerado el "sentido corriente y genérico" de la expresión "estatuto territorial"[735]. En cualquier caso, las resoluciones en las que la Corte Internacional de Justicia ha adoptado una interpretación evolutiva no se han desviado del posible sentido del texto ni de la intención presunta de las partes en el tratado, como se habían expresado también en los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[736].

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

> "Por un lado, la práctica ulterior de las partes, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, puede dar lugar a una desviación de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito entre las partes. Por otro lado, hay situaciones en que la intención de las partes al celebrar el tratado era [...] dar a los términos utilizados [...] un sentido o un contenido susceptible de evolucionar, no uno establecido de una vez por todas, a fin de tener en cuenta, entre otras cosas, la evolución del derecho internacional."[737]

La Corte entendió después que el término "comercio" era un "término genérico", cuyo "sentido las partes no podían ignorar que era susceptible de evolucionar con el tiempo" y que "el tratado en cuestión [había] sido celebrado para un período muy largo", lo que la llevó a concluir que "las partes presuntamente [...] [habían] tenido la intención de atribuir" a ese término "un sentido evolutivo"[738]. En su opinión separada, el Magistrado Skotnikov, aunque discrepaba de ese razonamiento, llegó en última instancia a la misma conclusión al constatar la existencia de una práctica ulterior más reciente de Costa Rica relacionada con el turismo en el río San Juan "durante al menos un decenio" contra la que Nicaragua no había "protestado nunca" sino que había "sistemáticamente autorizado la navegación turística" lo que indicaba, a su juicio, que "las partes [habían] llegado a un acuerdo en cuanto a su interpretación"[739].

---

[733] Véase también Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 392 *supra*), págs. 292 a 294; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international* (nota 524 *supra*), págs. 488 a 501; J. Arato, "Subsequent practice and evolutive interpretation", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9-3 (2010), págs. 443 a 494, en especial págs. 444, 445 y 465 y ss.

[734] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 432 *supra*), págs. 30 y 31, párrs. 49 a 51.

[735] *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 722 *supra*), pág. 31, párr. 74.

[736] Véase también *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (véase la nota 730 *supra*), págs. 151 y 152, párr. 85.

[737] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 395 *supra*), pág. 242, párr. 64.

[738] *Ibid.*, párrs. 66 a 68.

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

13) El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha tenido en cuenta, a veces, formas más generales de práctica de los Estados, en particular la evolución de la legislación de los Estados que, a su vez, puede dar lugar a un cambio en la interpretación del alcance de los delitos o sus elementos. En la causa *Fiscalía c. Furundžija*[740], por ejemplo, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en busca de una definición del delito de violación, prohibido por el artículo 27 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra[741], por el artículo 76, párrafo 1, del primer Protocolo Adicional (Protocolo I)[742] y por el artículo 4, párrafo 2 e), del segundo Protocolo Adicional (Protocolo II)[743], examinó los principios de derecho penal comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo y sostuvo:

> "... que se puede discernir en la legislación nacional de varios Estados una tendencia a ampliar la definición de violación para que abarque actos tipificados previamente como delitos comparativamente menos graves, como la agresión sexual o el atentado contra el pudor. Esa tendencia muestra que en el plano nacional los Estados tienden a adoptar una actitud más estricta con respecto a las formas graves de agresión sexual..."[744]

14) El enfoque del "instrumento vivo" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se basa, entre otras cosas, en diferentes formas de práctica ulterior[745]. Si bien el Tribunal no requiere por lo general "el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), las resoluciones en las que adopta un enfoque evolutivo suelen estar apoyadas por una relación detallada de práctica (estatal, social y jurídica internacional) ulterior[746].

15) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de su relativamente poco frecuente mención de la práctica ulterior, tiene en cuenta a menudo evoluciones más generales en el ámbito internacional, enfoque que se sitúa en algún lugar entre la práctica

---

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

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

742 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), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3.

743 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17513, pág. 609.

744 Véase *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 740 *supra*), párr. 179; asimismo *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sala de Primera Instancia I, sentencia, 27 de enero de 2000, causa núm. ICTR-96-13-A, párrs. 220 y ss., en particular párr. 228.

745 Véase Nolte, "Jurisprudence under special regimes…" (nota 398 *supra*), págs. 246 y ss.

746 *Öcalan v. Turkey* [GC], demanda núm. 46221/99, 12 de mayo de 2005, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-IV, párr. 163; *VO v. France* [GC], demanda núm. 53924/00, 8 de julio de 2004, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-VIII, párrs. 4 y 70; *Johnston and others. v. Ireland*, demanda núm. 9697/82, 18 de diciembre de 1986, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 112, párr. 53; *Bayatyan v. Armenia* [GC], demanda núm. 23459/03, 7 de julio de 2011, párr. 63; *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 161, párr. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, demanda núm. 61498/08, 4 de octubre de 2010, párrs. 119 y 120, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010 (extractos); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], demanda núm. 34503/97, 12 de noviembre de 2008, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2008, párr. 76.

ulterior y "toda norma pertinente" del artículo 31, párrafo 3 c)[747]. En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, por ejemplo, la Corte señaló que:

> "... dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales."[748]

16) El Comité de Derechos Humanos también adopta en ocasiones un enfoque evolutivo que se basa en los cambios ocurridos en la práctica de los Estados. Así, en *Judge c. el Canadá*, el Comité abandonó el precedente *Kindler*[749], explicando lo siguiente:

> "El Comité es consciente de que la jurisprudencia mencionada anteriormente fue establecida hace unos diez años y que desde entonces ha habido un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte y, en los Estados que han mantenido la pena de muerte, un consenso creciente para no ejecutarla."[750]

En *Yoon y Choi*, el Comité subrayó que el sentido de cualquier derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[751] evolucionaba con el tiempo y llegó a la conclusión de que el artículo 18, párrafo 3, ofrecía en ese momento al menos algún tipo de protección frente a la obligación de actuar en contra de creencias religiosas genuinas. La razón del Comité para llegar a esa conclusión es que "un número cada vez mayor de los Estados partes en el Pacto que han conservado el servicio militar obligatorio han introducido alternativas al servicio militar obligatorio"[752].

17) Por último, los tribunales establecidos bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones han hecho hincapié en que la práctica ulterior puede ser un medio particularmente importante de interpretación de las disposiciones que las partes en el tratado tenían la intención de desarrollar a la luz de la práctica ulterior. En el caso *Mihaly International Corporation c. la República Socialista Democrática de Sri Lanka*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que:

> "Ninguna de las partes afirmó que el Convenio del CIADI contuviera ninguna definición precisa *a priori* de 'inversión'. Más bien se dejó que la definición se estableciera en la práctica ulterior de los Estados, preservando así su integridad y

---

[747] Véase, por ejemplo, *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, sentencia, fondo, 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 4, párr. 151; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (véase la nota 431 *supra*), párrs. 130 a 133 y 137.

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

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

[750] *Judge c. el Canadá*, dictamen, 5 de agosto de 2002, comunicación núm. 829/1998, *ibid*., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/58/40), vol. II, anexo V, G, párr. 10.3.

[751] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

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

flexibilidad y permitiendo el futuro desarrollo progresivo del derecho internacional sobre el tema de la inversión.”[753]

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

19) Del mismo modo, la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31, párrafo 3 b), y 32 ha contribuido a que los tribunales nacionales realicen interpretaciones más evolutivas o estáticas de un tratado. Por ejemplo, en un asunto relativo al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[754], el Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia interpretó el término “derechos de custodia” en el sentido de que abarcaba no solo los derechos previstos en la ley sino también “derechos *de facto*”. Basándose en un examen de la práctica legislativa y judicial de distintos Estados y en relación con el artículo 31, párrafo 3 b), el Tribunal argumentó que esta práctica “ponía de manifiesto un cambio fundamental de actitud” que le había llevado a entender la expresión “derechos de custodia” en su concepción moderna en lugar de interpretarla “con el prisma de 1980”[755]. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en una serie de asuntos relativos a la interpretación del tratado por el que se establece la Organización del Tratado del Atlántico Norte[756] a la luz de los cambios en el contexto de seguridad tras el fin de la Guerra Fría, también sostuvo que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), “pueden adquirir importancia para el significado del tratado” y, en última instancia, entendió que eso era lo que había sucedido[757].

20) Otras decisiones de tribunales nacionales han confirmado que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido de los artículos 31, párrafo 3, y 32 no necesariamente respaldan la interpretación evolutiva de un tratado. En el asunto *Eastern Airlines, Inc.*

---

[753] *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), laudo y voto particular concurrente, 15 de marzo de 2002, caso núm. ARB/00/2 del CIADI, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 308 y ss., en especial pág. 317, párr. 33; asimismo *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. la República Bolivariana de Venezuela*, decisión sobre la jurisdicción, 27 de septiembre de 2001, caso núm. ARB/00/5 del CIADI, *ibid.*, pág. 419, párr. 97.

[754] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1343, núm. 22514, pág. 89.

[755] Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia, *C v. H* [2009] NZCA 100, párrs. 175 a 177, 195 y 196 (Magistrado Baragwanath); véase también el párr. 31 (Magistrado Chambers): “La revisión del texto que fue redactado y acordado en 1980 es simplemente impracticable, puesto que cualquier revisión tendría que ser acordada por un gran número de Estados contratantes. Por lo tanto, los cambios necesarios para adaptarse a las tendencias sociales y de otra índole han de lograrse mediante la evolución de la exégesis y la interpretación. Se trata de un ejercicio permisible habida cuenta de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que también entró en vigor en 1980. El artículo 31, párrafo 3 b) permite una interpretación que refleje ‘toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado’”. De modo similar: Canadá, Tribunal Supremo: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, párr. 129 (Magistrado Cory).

[756] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 34, núm. 541, pág. 243.

[757] Alemania, Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE, vol. 90, págs. 286 y ss., en especial págs. 363 y 364, párr. 276; *ibid.*, vol. 104, págs. 151 y ss., en especial págs. 206 y 207.

v. Floyd et al., por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos abordó la cuestión de si la expresión "lesión corporal" que figuraba en el artículo 17 del Convenio de Varsovia de 1929[758] abarcaba no solo las lesiones físicas, sino también las psicológicas. El Tribunal, teniendo en cuenta el "comportamiento posterior a 1929" y las "interpretaciones de los signatarios", subrayó que, pese a algunas iniciativas en sentido contrario, la mayoría de las partes siempre había entendido que el término solo recogía las lesiones físicas[759].

Conclusión 9 [8]
Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

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

2. El peso de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga.

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 9 [8] identifica algunos criterios que pueden ser útiles para determinar el peso interpretativo que ha de otorgarse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior concretos en el proceso de interpretación en un caso determinado. Naturalmente, el peso atribuido a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior también debe determinarse en relación con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 2 [1], párrafo 5).

Párrafo 1 – peso: claridad, especificidad y otros factores

2) El párrafo 1 se refiere al peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, de suerte que aborda ambos apartados a) y b) desde un punto de vista general. El párrafo 1 indica que el peso que ha de atribuirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medios de interpretación depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad. El uso de la expresión "entre otras cosas" indica que esos criterios no deben considerarse exhaustivos. Otros criterios pueden referirse al momento en que tuvieron lugar el acuerdo o la práctica[760], la importancia dada por las partes a un acuerdo o una práctica concretos o la carga de la prueba aplicable.

3) El peso interpretativo de los acuerdos o la práctica ulteriores en relación con otros medios de interpretación depende a menudo de su claridad y especificidad con respecto al tratado correspondiente[761]. Así lo confirman, por ejemplo, ciertas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, laudos arbitrales e informes de Grupos Especiales y del Órgano de

[758] Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, Sociedad de Naciones, *Treaty Series*, vol. CXXXVII, pág. 11.

[759] Estados Unidos de América, Tribunal Supremo, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, 499 U.S. 530, págs. 546 a 549; véase también Reino Unido, Cámara de los Lores: *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, párrs. 98 y 125 (Lord Hope).

[760] En la causa relativa a la *Controversia marítima (El Perú c. Chile)*, la Corte dio preeminencia a la práctica más cercana a la fecha de entrada en vigor, *Maritime Dispute (Peru v. Chile*), fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial pág. 50 párr. 126.

[761] Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…" (nota 642 *supra*), pág. 91.

Apelación de la OMC[762]. El laudo dictado por el Tribunal del CIADI en el caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* es ilustrativo a este respecto:

> "Es cierto que los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados se pueden tener en cuenta a efectos de aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que fue celebrado. El demandante ha presentado una exposición muy clara y perspicaz de la práctica de Bulgaria en relación con la celebración de tratados sobre inversiones con posterioridad a la celebración del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Bulgaria-Chipre en 1987. En el decenio de 1990, Bulgaria, después de la caída del régimen comunista, empezó a celebrar TBI con disposiciones sobre la solución de controversias mucho más liberales, incluido el recurso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, esa práctica no es especialmente pertinente en el caso presente ya que las negociaciones posteriores entre Bulgaria y Chipre indican que esas Partes Contratantes no tenían la intención de que la cláusula de la nación más favorecida (NMF) tuviera el sentido que de otro modo podría inferirse de la práctica convencional ulterior de Bulgaria. Bulgaria y Chipre negociaron una revisión de su TBI en 1998. Las negociaciones fracasaron, pero contemplaban una revisión de las disposiciones sobre solución de controversias [...] Cabe inferir de esas negociaciones que las propias Partes Contratantes en el TBI no consideraban que la disposición relativa al trato NMF pudiera hacerse extensiva a las disposiciones sobre solución de controversias de otros TBI."[763]

4) Mientras que la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales suelen atribuir un mayor peso interpretativo a la práctica ulterior más bien específica de los Estados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basa a menudo en evaluaciones comparativas amplias de la legislación interna o las posiciones internacionales adoptadas por los Estados[764]. En este último contexto, conviene tener presente que los derechos y obligaciones previstos en tratados de derechos humanos se han de incorporar correctamente, dentro de un marco de apreciación determinado, en la legislación, la práctica ejecutiva y los acuerdos internacionales del respectivo Estado parte. A estos efectos, la existencia de elementos comunes suficientemente fuertes en las legislaciones nacionales de los Estados partes puede ser pertinente para determinar el alcance de un derecho humano o la necesidad de su restricción. Además, la naturaleza de ciertos derechos u obligaciones a veces induce a tener en cuenta prácticas menos específicas. Por ejemplo, en el asunto *Rantsev c. Chipre*, el Tribunal sostuvo que:

> "De las disposiciones de esos dos instrumentos [internacionales] se desprende claramente que los Estados Contratantes [...] han estimado que solo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos del problema permite luchar

---

[762] Véase, por ejemplo, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 55, párr. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (véase la nota 532 *supra*), págs. 231 y ss., en especial pág. 259, párr. 74; Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/R, adoptado el 19 de febrero de 2009, Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano* (Upland) *(Estados Unidos – Algodón americando* (Upland)), WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, párr. 625.

[763] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, caso núm. ARB/03/24 del CIADI, resolución en materia de competencia, 8 de febrero de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, núm. 1 (primavera de 2005), págs. 262 y ss., en especial págs. 323 y 324, párr. 195.

[764] Véase, por ejemplo, *Cossey v. the United Kingdom*, demanda núm. 10843/84, 27 de septiembre de 1990, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 184, párr. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, demanda núm. 5856/72, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 26, párr. 31; *Norris v. Ireland*, demanda núm. 10581/83, 26 de octubre de 1988, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 142, párr. 46.

> eficazmente contra la trata [...] Por tanto, el deber de penalizar y perseguir la trata es solo un aspecto de la obligación general de los Estados miembros de luchar contra ese fenómeno. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 [sobre la prohibición del trabajo forzado] debe considerarse en ese contexto más amplio."[765]

5) Por otra parte, en el asunto *Chapman c. el Reino Unido*, el Tribunal observó que "puede decirse que hay un consenso internacional emergente entre los Estados Contratantes del Consejo de Europa en virtud del cual se reconocen las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida"[766], pero en última instancia afirmó "no estar convencido de que ese consenso sea suficientemente concreto para poder extraer orientaciones en cuanto al comportamiento o las normas que los Estados Contratantes consideran deseables en una situación determinada"[767].

Párrafo 2 – peso: repetición de una práctica

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 9 [8] trata solo de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), y especifica que el peso de la práctica ulterior depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga. La fórmula "de que se repita y de la forma en que lo haga" incorpora el elemento temporal y el de la naturaleza de la repetición. Indica, por ejemplo, que, según el tratado de que se trate, algo más que una mera repetición mecánica o irreflexiva de una práctica puede contribuir a su valor interpretativo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b). El elemento temporal y la naturaleza de la repetición también sirven para indicar el "fundamento" de una determinada posición de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Por otra parte, la no aplicación de un acuerdo ulterior también puede indicar su falta de peso como medio de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a)[768].

7) La cuestión de si la "práctica ulterior" a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b)[769], requiere más que una aplicación aislada del tratado fue abordada por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II*:

> "... la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie 'concordante, común y coherente' de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación."[770]

8) De esta definición parece desprenderse que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), requiere no solo un "acto o declaración" acerca de la interpretación de un tratado; también un comportamiento de una frecuencia y uniformidad tales que justifique la conclusión de que las partes han llegado a un acuerdo establecido acerca de la interpretación del tratado. Ese umbral supondría que una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), requiere una práctica colectiva especialmente amplia,

---

765 *Rantsev v. Cyprus and Russia*, demanda núm. 25965/04, 7 de enero de 2010, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010 (fragmentos), párr. 285; véanse también los párrs. 273 y 274.

766 *Chapman v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 27238/95, 18 de enero de 2001, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-I, párr. 93.

767 *Ibid*., párr. 94.

768 *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 395 *supra*), pág. 63, párr. 131.

769 Véase, *supra*, el proyecto de conclusión 4, párr. 2.

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

asentada y específica en su forma para poder considerar que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación.

9) La Corte Internacional de Justicia, por su parte, ha aplicado el artículo 31, párrafo 3 b), con mayor flexibilidad, sin añadir más condiciones. Este fue el criterio seguido, en particular, en el fallo dictado en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*[771]. Otros tribunales y cortes internacionales han seguido también en la mayoría de los casos el criterio adoptado por la Corte Internacional de Justicia. Así sucede con el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[772] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[773].

10) No obstante, la diferencia entre el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC, por una parte, y el enfoque de la Corte Internacional de Justicia, por otra, es más aparente que real. El Órgano de Apelación de la OMC parece haber tomado la fórmula "concordante, común y coherente" de una publicación[774] en la que se dice que "el valor de la práctica ulterior dependerá, naturalmente, de la medida en que esta sea concordante, común y coherente"[775]. La fórmula "concordante, común y coherente" sirve así de orientación en cuanto a las circunstancias en que la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), tiene mayor o menor peso como medio de interpretación en un proceso de interpretación, en lugar de exigir una frecuencia determinada de la práctica[776]. El propio Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido en algunas ocasiones a esta perspectiva matizada[777].

---

[771] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), págs. 1075 y 1076, párrs. 47 a 50, y pág. 1087, párr. 63; *Territorial Dispute* (véase la nota 395 *supra*), págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71.

[772] Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional) (véase la nota 537 *supra*), págs. 77 y ss., en especial págs. 116 a 126, párrs. 109 a 133.

[773] *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 161, párr. 103; *Loizidou v. Turkey* (objeciones preliminares), demanda núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, párrs. 73 y 79 a 82; *Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (decisión) [GC], demanda núm. 52207/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XII, párrs. 56 y 62; en lo concerniente a la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, véase Fauchald (nota 498 *supra*), pág. 345; véase también A. Roberts, "Power and persuasión in investment treaty interpretation: the dual role of States", *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, págs. 207 a 215.

[774] Sinclair, *The Vienna Convention…* (véase la nota 393 *supra*), pág. 137; véase también Yasseen, "L'interprétation des traités…" (nota 393 *supra*), págs. 48 y 49; mientras que el término *"commune"* ha sido tomado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, *"d'une certaine constance"* y *"concordante"* son condiciones que infiere Yasseen al profundizar en su análisis; véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 106 y 107, párrs. 17 y 18, y pág. 243, párr. 15.

[775] Sinclair, *The Vienna Convention…* (véase la nota 393 *supra*); Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional) (véase la nota 537 *supra*), págs. 77 y ss., en especial pág. 118, párr. 114.

[776] *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, parte II, págs. 53 a 264, en especial pág. 187, párr. 169; J.-P. Cot, "La conduite subséquente des parties a un traité", *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, págs. 644 a 647 *("valeur probatoire")*; Distefano, "La pratique subséquente…" (véase la nota 573 *supra*), pág. 46; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), pág. 556, párr. 79; véanse también las alegaciones orales ante la Corte Internacional de Justicia en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, págs. 32 a 36, párrs. 7 a 19 (Wood), que pueden consultarse en www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf y CR 2012/36, págs. 13 a 18, párrs. 6 a 21 (Wordsworth), disponibles en www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

[777] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, 22 de junio de 1998, párr. 93.

11) La Comisión, aun cuando estima que la fórmula "concordante, común y coherente" puede ser útil para determinar el peso de la práctica ulterior en un caso concreto, considera asimismo que dicha fórmula no está suficientemente consolidada para articular un umbral mínimo que determine la aplicabilidad del artículo 31, párrafo 3 b), y entraña el riesgo de que sea malinterpretada por ser demasiado prescriptiva. En definitiva, la Comisión continúa estimando que "[e]l valor de la práctica ulterior varía según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto"[778]. Esto significa que un único caso de práctica seguida por las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación ha de ser tenido en cuenta en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b)[779].

Párrafo 3 – peso de otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32

12) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 9 [8] versa sobre el peso que debe atribuirse a "otra práctica ulterior" en el sentido del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3). No aborda cuándo y en qué circunstancias se puede tomar en consideración esa práctica. El Órgano de Apelación de la OMC ha subrayado, en una situación comparable, que esas dos cuestiones deben distinguirse entre sí:

> "... consideramos que las Comunidades Europeas amalgaman la cuestión preliminar de qué puede ser considerado una 'circunstancia' de la celebración de un tratado con la cuestión distinta de determinar el grado de pertinencia que puede atribuirse a una determinada circunstancia a efectos de interpretación en virtud del artículo 32."[780]

El Órgano de Apelación sostuvo también que:

> "... en primer lugar, el Grupo Especial *no* examinó la práctica de las Comunidades Europeas en materia de clasificación durante las negociaciones de la Ronda Uruguay *como medio de interpretación complementario* en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena*; y, en segundo lugar, el valor de la práctica de clasificación como medio de interpretación complementario..."[781]

Para determinar la "pertinencia" de esa práctica ulterior, el Órgano de Apelación se remitió a "factores objetivos":

---

[778] Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 243, párr. 15); Cot, "La conduite subséquente des parties..." (véase la nota 776 *supra*), pág. 652.

[779] En realidad, un caso único de práctica no será a menudo suficiente para que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; sin embargo, como regla general, la práctica ulteriormente seguida a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), no exige ninguna repetición sino solo un acuerdo acerca de la interpretación. Así pues, la probabilidad de un acuerdo que conste en virtud de una práctica única depende del acto y el tratado de que se trate, véase E. Lauterpacht, "The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals", *Recueil des cours…, 1976*, vol. 152, págs. 377 a 466, en especial pág. 457; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 446 *supra*), pág. 166; C. F. Amerasinghe, "Interpretation of texts in open international organizations", *British Yearbook of International Law 1994*, vol. 65, págs. 175 y ss., en especial pág. 199; Villiger arguye a favor de una cierta frecuencia, pero subraya que lo importante es que conste un acuerdo, Villiger, *Commentary…* (véase la nota 414 *supra*), pág. 431, párr. 22. Yasseen y Sinclair escriben que la práctica "en general" no se puede constatar mediante un solo acto, Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 47; Sinclair, *The Vienna Convention…* (véase la nota 393 *supra*), pág. 137; véase Nolte "Subsequent agreements and subsequent practice of States…" (véase la nota 440 *supra*), pág. 310.

[780] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R y Corr.1 y WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 297.

[781] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998, párr. 92 [se omite la nota y en cursiva en el original].

> "Entre ellos figuran el tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; el conocimiento efectivo de un acto o instrumento publicado o el simple acceso a él; el contenido del documento, instrumento o hecho en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y si o cómo se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado."[782]

13) El Órgano de Apelación, aunque no utilizó el término "especificidad", se remitió a los criterios antes mencionados. En vez de claridad, el Órgano de Apelación habló de "coherencia", y señaló que la coherencia no debía establecer un criterio de referencia sino más bien determinar el grado de pertinencia. "En general, una práctica anterior coherente en materia de clasificación puede ser significativa, pero una práctica de clasificación incoherente *no puede* ser pertinente a la interpretación del sentido de una concesión arancelaria"[783].

14) Otro factor que contribuye a determinar la pertinencia en relación con el artículo 32 puede ser el número de Estados afectados que realizan esa práctica. El Órgano de Apelación ha señalado:

> "Para determinar esa intención puede ser pertinente la práctica anterior de *una* de las partes solamente, pero es evidente que esta tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes. En el caso concreto de la interpretación de una concesión arancelaria consignada en una Lista, puede de hecho ser muy importante la práctica del Miembro importador en materia de clasificación."[784]

Conclusión 10 [9]
Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. Un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Aunque se tendrá en cuenta, dicho acuerdo no tiene que ser legalmente vinculante.

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

Comentario

Párrafo 1, primera oración – "entendimiento común"

1) La primera oración del párrafo 1 enuncia el principio de que un "acuerdo" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Para que ese entendimiento común tenga el efecto previsto en el artículo 31, párrafo 3, las partes deben reconocerlo y aceptar la interpretación en él contenida. Si bien la diferencia en cuanto a la forma de un "acuerdo" en el sentido del apartado a) y el apartado b) ya se ha establecido en el proyecto de conclusión 4 y su comentario[785], en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 10 [9] se pretende reflejar lo que

[782] *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 780 *supra*), párr. 290 [se omite la nota].
[783] *Ibid*., párr. 307 [se omite la nota; en cursiva en el original]; véase también *CE – Equipo informático* (véase la nota 781 *supra*), párr. 95.
[784] *CE – Equipo informático* (véase la nota 781 *supra*), párr. 93 [en cursiva en el original].
[785] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10).

ambos apartados tienen en común, que es el acuerdo entre las partes, en lo esencial, acerca de la interpretación del tratado.

2) El elemento que distingue los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), por una parte, y toda otra práctica ulterior como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32[786], por otra, es el "acuerdo" de todas las partes acerca de la interpretación del tratado. Es este acuerdo de las partes el que da a los medios de interpretación mencionados en el artículo 31, párrafo 3[787], su función y valor específicos en el proceso interactivo de interpretación contemplado en la regla general de interpretación del artículo 31[788].

3) Las posturas divergentes expresadas por las partes en un tratado impiden que exista un acuerdo. Este criterio ha sido confirmado, entre otros, por el Tribunal de Arbitraje en el caso *Deuda externa alemana*, en el que determinó que no podía deducirse la existencia de un "acuerdo ulterior tácito" a partir de una serie de comunicaciones de los organismos de la administración debido a que uno de ellos, el Banco de Inglaterra, había expresado una opinión divergente[789].

4) No obstante, solo falta acuerdo en la medida en que las posturas de las partes están en conflicto y durante el tiempo en que lo están. Que las partes difieran en la forma en que se aplica un tratado no permite, en sí, inferir la existencia de posturas encontradas acerca de la interpretación del tratado. Esa diferencia puede indicar discrepancias respecto de la única interpretación correcta, pero también puede reflejar simplemente una coincidencia de pareceres en el sentido de que el tratado concede cierto margen de discrecionalidad en su aplicación[790]. Los tratados que se caracterizan por sus consideraciones de humanidad u otros intereses generales de la comunidad, como los tratados de derechos humanos o sobre los refugiados, suelen tener como objetivo lograr una interpretación uniforme, pero también dejan un margen de discrecionalidad a los Estados.

5) Si bien el comportamiento ambiguo de una o más partes normalmente impide determinar que hay acuerdo[791], no todos los elementos del comportamiento de un Estado que no se ajusten plenamente al contexto general confieren necesariamente ambigüedad al comportamiento de dicho Estado. Por ejemplo, en el caso del *Canal de Beagle*, el Tribunal de Arbitraje declaró que, si bien hubo un momento en que las partes manifestaron

[786] Véanse, *supra*, los proyectos de conclusión 3 [2] y 4, párr. 3.

[787] Véase Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3)…" (nota 606 *supra*), pág. 30: "No hay motivo alguno para pensar que la palabra 'acuerdo' en el apartado b) tiene un significado diferente del recogido en el apartado a)".

[788] Véase el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párrs. 12) a 15); el artículo 31, que debe ser "interpretado en su conjunto", concibe el proceso de interpretación como "una sola operación combinada" y no "estable[ce] una jerarquía jurídica entre las reglas de interpretación de los tratados", *Anuario…, 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 241, párrs. 8) y 9).

[789] *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, laudo de 16 de mayo de 1980, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIX, parte III, págs. 67 a 145, en especial págs. 103 y 104, párr. 31; véase también *CE – Equipo informático* (nota 781 *supra*), párr. 95; *Delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau* (nota 730 *supra*), pág. 175, párr. 66.

[790] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 7, párrs. 12) a 15).

[791] *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (véase la nota 532 *supra*), pág. 258, párr. 70; Kolb, "La modification d'un traité…" (véase la nota 695 *supra*), pág. 16.

diferencias de opinión en cuanto a la interpretación de un tratado, ese hecho no bastaba para determinar que la falta de acuerdo era permanente:

> "De igual forma, las negociaciones fallidas para alcanzar una solución difícilmente podrían tener un efecto permanente. A lo sumo, podían haber privado temporalmente a los actos de las partes de su valor probatorio en relación con sus respectivas interpretaciones del Tratado, en la medida en que dichos actos tuvieran lugar durante el proceso de negociación. La cuestión no puede ir más allá."[792]

6) Análogamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en el asunto *Loizidou c. Turquía* que los límites a las restricciones que las partes podían imponer al aceptar la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal se habían visto "confirmados por la práctica ulterior de las Partes Contratantes", es decir, por "la prueba de una práctica de la que puede inferirse un acuerdo prácticamente universal entre las Partes Contratantes según el cual los artículos 25 y 46 [...] del Convenio no permiten que se impongan restricciones territoriales o sustantivas"[793]. El Tribunal, aplicando el artículo 31, párrafo 3 b), calificó "esa práctica de los Estados" de "uniforme y coherente", pese a reconocer también que podía haber una excepción en el caso de dos Estados en particular[794]. La decisión indica que, al menos en el caso del Convenio Europeo, existe cierto margen de discrecionalidad al determinar si se está en presencia de un acuerdo de las partes acerca de una interpretación en particular[795].

7) El término "acuerdo" que figura en la Convención de Viena de 1969[796] no implica ningún requisito de forma[797], ni siquiera el "acuerdo" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b)[798]. No obstante, la Comisión, a fin de distinguir entre un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), y una práctica ulterior por la cual "conste el acuerdo" de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), ha señalado que el acuerdo

---

792 *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, parte II, págs. 53 a 264, en especial pág. 188, párr. 171.

793 *Loizidou v. Turkey* (objeciones preliminares), demanda núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, párrs. 79 y 81.

794 *Ibid*., párrs. 80 y 82; el asunto no se refería a la interpretación de un derecho humano particular, sino a la cuestión de si un Estado estaba obligado en absoluto por el Convenio.

795 La jurisprudencia más restrictiva del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC parece indicar que cada intérprete puede evaluar la situación de manera diferente, véase *Estados Unidos – Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero")*, WT/DS294/R, informe adoptado el 9 de mayo de 2006, párr. 7218: "... aunque se hubiera establecido de forma concluyente que los 76 Miembros indicados por las Comunidades Europeas han adoptado [determinada] práctica [...], eso solo significaría que un número considerable de Miembros de la OMC han adoptado un enfoque distinto del de los Estados Unidos. [...] Observamos que en este procedimiento un tercero ha presentado argumentos contra la opinión de las Comunidades Europeas...".

796 Véanse los artículos 2, párrafo 1 a), 3, 24, párrafo 2, 39 a 41, 58 y 60.

797 Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5); confirmado por la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, laudo de 7 de julio de 2014, que se puede consultar en www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=2705, pág. 47, párr. 165; Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 45; Distefano, "La pratique subséquente…" (véase la nota 573 *supra*), pág. 47.

798 Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5); Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 231 y 232 y 243 a 247; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 525 *supra*), pág. 213; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), pág. 554, párr. 75; R. Gardiner, "The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation", en *The Oxford Guide to Treaties*, D. B. Hollis (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 475 y 483.

ulterior presupone un "acto común único"[799]. No es preciso que un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas[800].

8) Para que exista un acuerdo en los términos previstos en el artículo 31, párrafo 3, no basta con que coincidan las posturas de las partes acerca de la interpretación del tratado; las partes deben también saber y aceptar que esas posiciones son comunes. Por ello, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que para que existiera una práctica en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), era necesario que "las autoridades [...] fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación de la frontera establecida en el Tratado"[801]. Solo el conocimiento y la aceptación de la posición de las otras partes acerca de la interpretación de un tratado justifica, de hecho, que se considere el acuerdo previsto en el artículo 31, párrafo 3 a) o b), como un medio "auténtico" de interpretación[802]. En determinadas circunstancias, cabe presumir el conocimiento y la aceptación de la posición de la otra parte o las otras partes, en particular en el caso de los tratados que se aplican a nivel nacional.

Párrafo 1, segunda oración – posibles efectos jurídicos del acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b)

9) El objetivo de la segunda oración del párrafo 1 es reafirmar que el "acuerdo" del artículo 31, párrafo 3, no tiene que ser jurídicamente vinculante en sí mismo[803], a diferencia de otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 en que el término "acuerdo" se utiliza en el sentido de un instrumento jurídicamente vinculante[804].

10) Así lo confirma la Comisión en el texto definitivo de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados cuando utiliza la expresión "toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el *acuerdo (understanding)* [sin cursiva en el original] de las partes"[805]. El uso del término *"understanding"* en la versión en inglés indica que la palabra *"agreement"* utilizada en el texto en inglés del artículo 31, párrafo 3, no requiere que las partes asuman o establezcan una obligación jurídica que coexista con el tratado o sea

[799] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10); un "acto común único" puede también consistir en un canje de notas, véase *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 de junio de 1990, *International Law Reports*, vol. 105 (1997), págs. 1 y ss., en especial págs. 54 a 56; Fox, "Article 31 (3) (a) and (b)..." (nota 440 *supra*), pág. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 392 *supra*), págs. 248 y 249.

[800] Aust, "The theory and practice of informal international instruments" (véase la nota 465 *supra*), págs. 789 y 790.

[801] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), pág. 1094, párr. 74 ("ocupación de la isla por la tribu masubia") y pág. 1077, párr. 55 ("informe Eason", el cual "al parecer nunca fue remitido a Alemania"); Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), pág. 560, párr. 88.

[802] En este sentido, determinar que existe una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3 b), podría ser más difícil de lo que se exige para la formación del derecho internacional consuetudinario, pero véase Boisson de Chazournes, "Subsequent practice, practices…" (nota 415 *supra*), págs. 53 a 55.

[803] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 6); P. Gautier, "Non-binding agreements", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párr. 14; Benatar, "From probative value to authentic interpretation…" (véase la nota 440 *supra*), págs. 194 y 195; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 525 *supra*), pág. 213; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 244; véase también Nolte, "Subsequent agreements and subsequent practice of States…" (nota 440 *supra*), págs. 307 y ss., en especial pág. 375.

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

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

independiente de este[806]. La Conferencia de Viena sustituyó *"understanding"* (acuerdo) por *"agreement"* (acuerdo) en la versión en inglés no por motivos sustantivos, sino "como mera cuestión de redacción", a fin de hacer hincapié en que el acuerdo de las partes debía ser su "común" acuerdo[807]. Dado que solo se distingue del acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), en la forma y no en el fondo, el "acuerdo" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), tampoco tiene que ser jurídicamente vinculante[808].

11) Por tanto, basta con que las partes, a través de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, atribuyan un determinado sentido al tratado[809] o, en otras palabras, adopten un cierto "acuerdo" *("understanding")* respecto del tratado[810]. Así pues, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), pueden, como medio de interpretación, tener consecuencias jurídicas en el marco del proceso de interpretación en el sentido del artículo 31[811]. En consecuencia, los tribunales y cortes internacionales no han exigido que el "acuerdo" a que se hace referencia en el artículo 31, párrafo 3, refleje la intención de las partes de crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas o independientes[812]. Del mismo modo, en ocasiones, los memorandos de

---

[806] *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, parte II, págs. 53 a 264, en especial pág. 187, párr. 169; *The Question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, 16 de mayo de 1980, *ibid*., vol. XIX, págs. 67 a 145, en especial págs. 103 y 104, párr. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (véase la nota 454 *supra*), págs. 190 a 195; Kolb, "La modification d'un traité…" (véase la nota 695 *supra*), págs. 25 y 26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 446 *supra*), págs. 169 a 171.

[807] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados...* (A/CONF.39/11) (véase la nota 575 *supra*), 31ª sesión, 19 de abril de 1968, pág. 186, párr. 59 (Australia); P. Gautier, "Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États", en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet (ed.) (Bruselas, Bruylant, 2007), págs. 425 a 454, en especial págs. 430 y 431 *("La lettre [a] du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme 'accord' est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au 'traité' défini à l'article 2 de la convention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique")*.

[808] Véase Gautier, "Non-binding agreements" (nota 803 *supra*), párr. 14; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 525 *supra*), págs. 211 y 213.

[809] Esta terminología se basa en el comentario de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10*, A/66/10/Add.1, párrs. 18) y 19)).

[810] Véase *Anuario…, 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 243 y 244, párrs. 15) y 16) (utiliza el término *"understanding"* en relación con el texto precursor tanto del artículo 31, párrafo 3 a), como del artículo 31, párrafo 3 b)).

[811] *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXIV (núm. de venta: E/F.04.V.18), págs. 1 a 359, en especial pág. 131, párr. 6.7; Aust, "The theory and practice of informal international instruments" (véase la nota 465 *supra*), págs. 787 y 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 446 *supra*), pág. 173; Hafner, "Subsequent agreements and practice…" (véase la nota 655 *supra*), págs. 110 a 113; Gautier, "Les accords informels et la Convention de Vienne…" (véase la nota 655 *supra*), pág. 434.

[812] Por ejemplo, "... modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación..." (Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. E, pág. 16); o "pauta [...] [que] implique un *acuerdo* sobre la interpretación de la disposición

entendimiento han sido reconocidos por su "contribución potencialmente importante a la interpretación", pero "no como fuente de derechos y obligaciones jurídicas independientes"[813].

12) Algunos miembros consideraron, por otra parte, que el término "acuerdo" tiene el mismo sentido en todas las disposiciones de la Convención de Viena de 1969. Según esos miembros, dicho término designa todo entendimiento que tenga efectos jurídicos entre los Estados de que se trate y la jurisprudencia a la que se hace referencia en el presente comentario no contradice esa definición. Tal definición no impediría que se tuviera en cuenta, a los fines de la interpretación, un entendimiento legalmente vinculante en el sentido del artículo 32.

Párrafo 2 – formas de participación en la práctica ulterior

13) La primera oración del párrafo 2 confirma el principio de que no todas las partes deben seguir una práctica en particular para que ello constituya un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b). La segunda oración aclara que, en determinadas circunstancias, el silencio o la inacción pueden equivaler a la aceptación de esa práctica por las partes que no la siguen.

14) Desde el principio, la Comisión ha reconocido que un "acuerdo" que emane de la práctica ulterior a que alude el artículo 31, párrafo 3 b), puede ser producto, en parte, del silencio o la inacción de una o más partes. Al exponer el motivo por el que utilizó la expresión "el acuerdo *(understanding)* de las partes" en el proyecto de artículo 27, párrafo 3 b) (que posteriormente pasó a ser *"agreement"* (acuerdo) en el artículo 31, párrafo 3 b) (véase el párrafo 10) *supra*)), y no la expresión "el acuerdo *(understanding)* de *todas* las partes", la Comisión:

> "Estimó que la expresión 'el acuerdo de las partes' se refería necesariamente a todas las partes. Omitió la palabra 'todas' simplemente para evitar cualquier posibilidad de que se entendiese erróneamente que todas y cada una de las partes debían haber seguido la práctica, cuando basta con que la hayan aceptado."[814]

15) En la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, la Corte Internacional de Justicia también reconoció la posibilidad de que se manifestara un acuerdo acerca de la interpretación a través del silencio o la inacción, al afirmar que, cuando era "evidente que las circunstancias exigían una reacción dentro de un plazo razonable", se debía considerar que el Estado que se encontraba ante un determinado comportamiento ulterior de otra parte había "dado su asentimiento"[815]. El planteamiento general de la Corte en cuanto a los efectos del silencio como práctica ulterior por la que consta el acuerdo de las partes acerca

---

respectiva" (Informe del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros – Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, WT/DS375/R, WT/DS376/R y WT/DS377/R, adoptado el 21 de septiembre de 2010, párr. 7558); o "... práctica [que] refleja un acuerdo sobre la interpretación..." (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvención) (véase la nota 537 *supra*), págs. 77 y ss., en especial pág. 119, párr. 116); o que "... la práctica de los Estados" "[...] indica la falta de posicionamiento de los Estados contratantes..." (*Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (decisión) [GC], demanda núm. 52207/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XII, párr. 62).

[813] *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport* (véase la nota 811 *supra*), pág. 131, párr. 6.7; véase también *Arbitration regarding the Iron Rhine* (véase la nota 397 *supra*), pág. 98, párr. 157.

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

[815] *Temple of Preah Vihear* (véase la nota 488 *supra*), pág. 23.

de la interpretación de un tratado ha sido confirmado en decisiones posteriores[816] y respaldado por la doctrina en general[817]. Las "circunstancias" que "exigen una reacción" incluyen el entorno específico en el que interactúan los Estados partes en relación con el tratado[818].

16) En el caso *Canal de Beagle*[819], el Tribunal de Arbitraje examinó el argumento planteado por la Argentina según el cual los actos de jurisdicción de Chile respecto de ciertas islas no podían considerarse un comportamiento ulterior pertinente debido a que la Argentina no había reaccionado ante ellos. No obstante, el Tribunal afirmó que:

> "Los términos de la Convención de Viena no especifican la forma en que puede manifestarse un 'acuerdo'. En el contexto del presente caso, los actos de jurisdicción no tenían por objeto establecer un título independiente de los términos del Tratado; ni tampoco pueden considerarse en contradicción con la interpretación que hace Chile de esos términos. Las pruebas corroboran la opinión de que se trataba de actos públicos que la Argentina conocía muy bien y que solo podían derivar del Tratado. En esas circunstancias, el silencio de la Argentina permite inferir que los actos tendieron a confirmar una interpretación del sentido del Tratado independiente de los propios actos de jurisdicción."[820]

En el mismo caso, el Tribunal de Arbitraje estimó que:

> "La mera publicación de una serie de mapas de valor y mérito sumamente dudosos (como ya ha determinado el Tribunal), incluso aunque esos mapas representaran la opinión oficial de la Argentina, no podía impedir que Chile realizara actos que revelaran, a su vez, su propia opinión respecto de los derechos que le

[816] Véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, excepción preliminar, fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 392 y ss., en especial pág. 410, párr. 39; *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 740 *supra*), párrs. 165 y ss., en especial párr. 179; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, demanda núm. 25965/04, 7 de enero de 2010, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010 (fragmentos), párr. 285; con reservas: Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R y Corr.1 y WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 272; véase también, para una confirmación parcial, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo núm. 30-16-3, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983), págs. 141 y ss., en especial pág. 144; *The Question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, 16 de mayo de 1980, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIX, págs. 67 a 145, en especial págs. 103 y 104, párr. 31.

[817] Kamto, "La volonté de l'État en droit international" (véase la nota 533 *supra*), págs. 134 a 141; Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 267; Villiger, *Commentary…* (véase la nota 414 *supra*), pág. 431, párr. 22; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), págs. 557 y 559, párrs. 83 y 86.

[818] Por ejemplo, cuando actúan en el marco de una organización internacional: véase *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo de 5 de diciembre de 2011, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 644 y ss., en especial págs. 675 y 676, párrs. 99 a 101; Kamto, "La volonté de l'État en droit international" (véase la nota 533 *supra*), pág. 136.

[819] *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, parte II, págs. 53 a 264.

[820] *Ibid*., pág. 187, párr. 169 a).

> confería el Tratado de 1881, ni podía tampoco eximir a la Argentina de la necesidad de reaccionar en respuesta a esos actos si los consideraba contrarios al Tratado."[821]

17) La importancia del silencio también depende de la situación jurídica con la que se relaciona la práctica ulterior de la otra parte y de la pretensión invocada. Así, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte Internacional de Justicia afirmó:

> "Algunas de esas actividades —la organización de los servicios públicos de salud y de educación, las actividades policiales y la administración de justicia— podían considerarse normalmente actos de *soberanía*. No obstante, la Corte observa que, dado que existía un título preexistente del Camerún en esa zona, la pregunta jurídica pertinente que hay que hacerse es si existía, por consiguiente, una prueba de la aquiescencia del Camerún en lo que se refiere al traspaso del título a Nigeria."[822]

18) Este fallo indica que, en los casos relativos a tratados que delimitan una frontera, solo muy excepcionalmente las circunstancias exigirán una reacción con respecto a comportamientos contrarios a la delimitación. En estas situaciones parece haber una fuerte presunción de que el silencio o la inacción no constituyen aceptación de una práctica[823].

19) El valor del silencio o la inacción a los fines de determinar si existe un acuerdo acerca de la interpretación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Las decisiones de los tribunales y cortes internacionales demuestran que no es fácil establecer la aceptación de una práctica por una o más partes en razón de su silencio o inacción.

20) Los tribunales y cortes internacionales, por ejemplo, se han mostrado reacios a aceptar que los procesos parlamentarios o las sentencias de los tribunales nacionales sean considerados una práctica ulterior en los términos del artículo 31, párrafo 3 b), ante la cual quepa esperar una reacción de las otras partes en el tratado, incluso si dichos procesos o sentencias llegaron a su conocimiento a través de otros canales, incluido su propio servicio diplomático[824].

21) Además, aun cuando una de las partes, a través de su comportamiento, ponga de manifiesto cierta posición con respecto a otra parte (o partes) acerca de la interpretación de un tratado, no necesariamente cabe esperar una reacción de la otra parte o partes. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la falta de reacción de un Estado ante las conclusiones formuladas por una comisión conjunta de expertos, a la cual las partes habían encomendado la tarea de dilucidar una situación fáctica concreta en relación con un hecho controvertido, no permitía concluir que se había alcanzado un acuerdo con respecto a dicha controversia[825]. El motivo fue que las

---

[821] *Ibid*., párr. 171.

[822] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 352, párr. 67.

[823] *Ibid*., pág. 351, párr. 64: "Sin embargo, la Corte observa que ahora que ha formulado sus conclusiones de que la frontera en el Lago Chad estaba delimitada [...], de ello se desprende necesariamente que las actuaciones objetivas de Nigeria han de ser ciertamente evaluadas para determinar sus consecuencias jurídicas en calidad de actos *contra legem*"; véase también *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 586, párr. 63; *Delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (véase la nota 730 *supra*), en especial pág. 181, párr. 70.

[824] *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 395 *supra*), pág. 650, párr. 48; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R y Corr.1 y WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 334 ("... el mero acceso a una sentencia publicada no puede equipararse a la aceptación...").

[825] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 395 *supra*), págs. 1089 a 1091, párrs. 65 a 68.

partes habían considerado que la labor de los expertos era una etapa meramente preparatoria tras la cual se tomaría una decisión independiente a nivel político. En un plano más general, el Órgano de Apelación de la OMC ha sostenido que:

> "... en determinadas situaciones específicas, la 'falta de reacción' o el silencio de determinada parte en un tratado pued[e] interpretarse, a la luz de las circunstancias del caso, como aceptación de la práctica seguida por otras partes en el tratado. Pueden ocurrir tales situaciones cuando una parte que no ha seguido una práctica ha tenido, o se le ha dado, conocimiento de la práctica de otras partes (por ejemplo, mediante notificación o por haber participado en un foro en que la práctica se discute) pero no reacciona frente a ella."[826]

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha confirmado este enfoque. Teniendo en cuenta la práctica de los Estados en la interpretación de los artículos 56, 58 y 73 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Tribunal declaró:

> "El Tribunal reconoce que la legislación nacional de varios Estados, no solo en la región de África Occidental, sino también en otras regiones del mundo, regula el aprovisionamiento de los buques extranjeros que pescan en sus zonas económicas exclusivas de manera comparable a la de Guinea-Bissau. El Tribunal observa asimismo que no hay ninguna objeción manifiesta a dicha legislación que, en general, se cumple."[827]

22) Decisiones de tribunales nacionales han reconocido también que el silencio de una parte en un tratado solo puede interpretarse como aceptación "si las circunstancias requieren algún tipo de reacción"[828]. A veces, esas circunstancias se han reconocido en determinados contextos cooperativos, por ejemplo en el marco de un tratado bilateral que prevé una forma particularmente estrecha de cooperación[829]. Esto puede ser diferente si el tipo de cooperación que se contempla en el tratado tiene lugar en el contexto de una organización internacional cuyas normas impiden utilizar la práctica de las partes, y su silencio, a los efectos de la interpretación[830].

23) El posible valor jurídico del silencio o la inacción ante una práctica ulterior de una parte en un tratado no se limita a su contribución a un posible acuerdo común subyacente, sino que puede también influir en el funcionamiento de normas que no se basan en el consentimiento, como la doctrina de los actos propios *(estoppel)*, la preclusión o la prescripción[831].

24) El acuerdo que conste entre las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), puede, en algún momento, darse por terminado. Las partes pueden sustituirlo por otro acuerdo de diferente alcance o contenido en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En este caso, el nuevo acuerdo sustituye al anterior como medio auténtico de interpretación a partir

---

826 Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 824 *supra*), párr. 272 [se omite la nota].

827 *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)*, sentencia, *ITLOS Reports…, 2014*, párr. 218.

828 Suiza, Tribunal Federal, sentencia de 17 de febrero de 1971, BGE, vol. 97 I, págs. 359 y ss., en especial págs. 370 y 371.

829 Véase Estados Unidos, Tribunal Supremo, *O'Connor et ux. v. United States*, 479 U.S. 27, págs. 33 a 35; Alemania, Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE, vol. 59, págs. 63 y ss., en especial págs. 94 y 95.

830 Véase Reino Unido, Tribunal Supremo: por una parte, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority* [2012] UKSC 22, párrs. 68 a 71 (Lord Phillips); y, por otra, *Bucnys v. Ministry of Justice, Lithuania* [2013] UKSC 71, párrs. 39 a 43 (Lord Mance).

831 *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva de 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 182 (opinión disidente del Magistrado Spender).

de la fecha de su existencia, al menos con efectos en el futuro[832]. No obstante, esas situaciones no se deben presumir a la ligera, ya que los Estados no suelen cambiar su interpretación de un tratado en función de consideraciones a corto plazo.

25) También es posible que surja una desavenencia entre las partes acerca de la interpretación del tratado después de haber alcanzado un acuerdo ulterior sobre dicha interpretación. No obstante, esta desavenencia normalmente no sustituirá al acuerdo ulterior previo, ya que el principio de la buena fe impide que una parte niegue simplemente las expectativas legítimas creadas por una interpretación común[833]. Por otro lado, las expresiones claras de repudio de una de las partes respecto de un entendimiento anterior derivado de una práctica común "sí reducen significativamente la importancia de dicha práctica desde ese momento", sin no obstante restarle importancia a la práctica común anterior[834].

Cuarta parte
Aspectos específicos

Conclusión 11 [10]
Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 11 [10] se refiere a un tipo particular de actuación de los Estados que puede dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32, a saber, las decisiones adoptadas en el marco de conferencias de Estados partes[835].

---

[832] Hafner, "Subsequent agreements and practice…" (véase la nota 655 *supra*), pág. 118; esto significa que el efecto interpretativo de un acuerdo conforme al artículo 31, párrafo 3, no es necesariamente retroactivo a la fecha de la entrada en vigor del tratado, como sostiene Yasseen, "L'interprétation des traités…" (véase la nota 393 *supra*), pág. 47.

[833] Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (véase la nota 454 *supra*), pág. 151.

[834] *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial pág. 52, párr. 142.

[835] También se las conoce como Reuniones de las Partes o Asambleas de los Estados partes.

Párrafo 1 – definición de las conferencias de Estados partes

2) Los Estados suelen utilizar las conferencias de Estados partes como una forma de participar en el proceso continuo de examen y aplicación de los tratados multilaterales[836]. En líneas generales, esas conferencias pueden dividirse en dos categorías básicas. En primer lugar, algunas conferencias son en realidad un órgano de una organización internacional en el que los Estados partes actúan en calidad de miembros de ese órgano (por ejemplo, las reuniones de los Estados partes de la Organización Mundial del Comercio, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, o la Organización de Aviación Civil Internacional)[837]. Esas conferencias de Estados partes no están comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 11 [10], que no se refiere a la práctica ulterior de organizaciones internacionales, o en el ámbito de organizaciones internacionales[838]. En segundo lugar, otras conferencias de Estados partes se convocan en cumplimiento de lo dispuesto en tratados que no establecen una organización internacional; más bien, el tratado simplemente prevé reuniones más o menos periódicas de los Estados partes para su examen y aplicación. Esas conferencias de examen constituyen marcos para la cooperación de los Estados partes y el comportamiento ulterior de estos en relación con el tratado. Cualquier tipo de conferencia de Estados partes también puede tener competencias específicas en relación con la enmienda y/o reforma de los tratados. Como ejemplo de ello, cabe citar el proceso de examen de la Conferencia de la Convención sobre las Armas Biológicas de 1972[839], la Conferencia de examen con arreglo al artículo VIII, párrafo 3, del Tratado sobre la No Proliferación de 1968[840], y las conferencias de Estados

[836] Véase V. Röben, "Conference (Meeting) of States Parties", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), pág. 605; R. R. Churchill y G. Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law", *American Journal of International Law*, vol. 94, núm. 4 (2000), págs. 623 a 659; J. Brunnée, "COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 1 (2002), págs. 1 a 52; A. Wiersema, "The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements", *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, núm. 1 (2009), págs. 231 a 287; L. Boisson de Chazournes, "Environmental treaties in time", *Environmental Policy and Law*, vol. 39, núm. 6 (2009), págs. 293 a 298.

[837] Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (1994) (véase la nota 445 *supra*); Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (1993) (véase la nota 545 *supra*); Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago, 1944), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 102, pág. 295.

[838] Véase el proyecto de conclusión 12 [11] *infra*.

[839] Véase la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (1972), (véase la nota 545 *supra*), art. XI. Con arreglo a este mecanismo, una conferencia de los Estados partes en la Convención se reunirá para "examinar la aplicación de la Convención para asegurarse de que se están cumpliendo los fines del preámbulo y las disposiciones de la Convención [...] En ese examen se tendrán en cuenta todas las nuevas realizaciones científicas y tecnológicas que tengan relación con la Convención" (art. XII).

[840] Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (1968), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 729, núm. 10485, pág. 161; en el artículo VIII, párrafo 3, se establece que cinco años después de la entrada en vigor del Tratado y, si así se decide, en lo sucesivo a intervalos de cinco años, se celebrará una conferencia "a fin de examinar el funcionamiento de este Tratado para asegurarse que se están cumpliendo los fines del Preámbulo y las disposiciones del Tratado". Mediante esas decisiones, los Estados partes examinan la aplicación del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, artículo por artículo, y formulan conclusiones y recomendaciones sobre medidas de seguimiento.

partes establecidas por tratados internacionales sobre el medio ambiente[841]. La Comisión Ballenera Internacional, establecida en virtud de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena[842], es un caso límite entre las dos categorías básicas de conferencias de Estados partes, y su práctica ulterior se examinó en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*[843].

3) Habida cuenta de que suelen ser establecidas por tratados, las conferencias de Estados partes son, en cierto sentido, "órganos creados en virtud de tratados". Sin embargo, no deben confundirse con los órganos integrados por expertos independientes o los órganos con un número limitado de miembros. Las conferencias de Estados partes son reuniones más o menos periódicas abiertas a todas las partes en un tratado.

4) A fin de reconocer la gran variedad de conferencias de Estados partes y las normas por las que se rigen, el párrafo 1 establece una amplia definición del concepto de "conferencia de Estados partes" a los efectos del presente proyecto de conclusiones, que solo excluye la actuación de los Estados en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional (que será objeto de un proyecto de conclusión ulterior).

Párrafo 2, primera oración – efectos jurídicos de las decisiones

5) La primera oración del párrafo 2 reconoce que la importancia jurídica de los actos realizados por las conferencias de Estados partes depende, en primer lugar, de las normas que rigen las conferencias de Estados partes, en particular del tratado constitutivo y del reglamento aplicable. Las conferencias de Estados partes realizan diversos actos, como el examen de la aplicación del tratado, el examen del tratado en sí, y la adopción de decisiones en el marco de procedimientos de enmienda[844].

6) Las competencias de las conferencias de Estados partes pueden estar previstas en cláusulas generales, en disposiciones específicas o en ambas. Por ejemplo, el artículo 7, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

[841] Un ejemplo es la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107), la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Protocolo de Kyoto, 1997) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162) y la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar, 1971) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 996, núm. 14583, pág. 245).

[842] A menudo se dice que en la Convención se establece una organización internacional, pero la cuestión no es tan clara, y la Convención atribuye a la Comisión Ballenera Internacional ciertas características que se encuadran en la definición actual de Conferencia de Estados partes.

[843] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párr. 46.

[844] Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas: art. 6, párr. 1, sobre las competencias de examen, y art. 10 *bis*, sobre las enmiendas; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: art. 7, párr. 2, sobre las competencias de examen, y art. 15, sobre las enmiendas; Protocolo de Kyoto, art. 13, párr. 4, sobre las competencias de examen de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, y art. 20, sobre los procedimientos de enmienda; Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14537, pág. 243), art. XI, sobre la Conferencia de las Partes, y art. XVII, sobre los procedimientos de enmienda; Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares; Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2302, núm. 41032, pág. 166), art. 23, párr. 5 (competencias de examen), art. 28 (enmiendas) y art. 33 (protocolos).

comienza con la siguiente formulación general, antes de enumerar 13 tareas específicas de la Conferencia, una de las cuales se refiere al examen de las obligaciones de las Partes en el tratado:

> "La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención."

7) Diversos tratados contienen disposiciones específicas en que se hace referencia a una conferencia de las partes que propondrá "directrices" para la aplicación de determinadas disposiciones del tratado[845] o determinará "los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes" para un plan de aplicación del tratado[846].

8) Los procedimientos de enmienda (en un sentido amplio del término) pueden ser procedimientos que permiten enmendar el texto principal del tratado (cuyo resultado en la mayoría de los casos debe ser ratificado por los Estados partes con arreglo a los procedimientos establecidos en sus constituciones), y procedimientos de aceptación tácita y renuncia expresa[847], que suelen aplicarse a los anexos y apéndices, que contienen listas de sustancias, especies u otros elementos que es necesario actualizar periódicamente[848].

9) Como punto de partida, en el párrafo 2 se establece que el efecto jurídico de una decisión adoptada en una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado en cuestión y, en su caso, del reglamento aplicable. El término "principalmente" deja margen para las normas subsidiarias, "salvo" o "a menos" que "el tratado disponga otra cosa" (véanse, por ejemplo, los artículos 16, 20, 22, párrafo 1, 24, 70, párrafo 1, y 72, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969). La expresión "en su caso" aclara que el reglamento de la conferencia de Estados partes, cuando exista, se aplicará teniendo en cuenta que puede haber situaciones en que las conferencias lleven a cabo su labor sin haber aprobado específicamente un reglamento[849].

Párrafo 2, segunda oración – las decisiones pueden constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior

10) La segunda oración del párrafo 2 reconoce que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior para la interpretación de los tratados en el sentido de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes pueden desempeñar una función importante en la determinación del acuerdo común de las partes en cuanto al sentido del tratado.

11) Las decisiones de las conferencias de Estados partes, entre otras cosas, pueden constituir o reflejar acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), por los

---

[845] Artículos 7 y 9 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco.

[846] El artículo 17 del Protocolo de Kyoto es un ejemplo; véase Churchill y Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements…" (nota 836 *supra*), pág. 639; J. Brunnée, "Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements", en *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum y V. Röben (eds.) (Berlín, Springer, 2005), págs. 110 a 115.

[847] Véase J. Brunnée, "Treaty amendments", en Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (nota 798 *supra*), págs. 354 a 360.

[848] *Ibid*.

[849] Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

cuales las partes interpretan el tratado básico. Por ejemplo, la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre las Armas Biológicas ha adoptado periódicamente "acuerdos adicionales" sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención. Esos acuerdos han sido adoptados por los Estados partes en el marco de las conferencias de examen, por consenso, y "han abordado todos los artículos del tratado para responder a inquietudes concretas a medida que se planteaban"[850]. Mediante esos acuerdos, los Estados partes interpretan las disposiciones de la Convención definiendo, especificando o explicando de algún otro modo el sentido y alcance de las disposiciones, así como adoptando directrices sobre su aplicación. La Dependencia de Apoyo a la Aplicación de la Convención sobre las Armas Biológicas[851] define un "acuerdo adicional" como aquel que:

> i) Interpreta, define o explica el significado o alcance de una disposición de la Convención; o
>
> ii) Da instrucciones, directrices o recomendaciones sobre cómo aplicar una disposición[852].

12) De manera análoga, la Conferencia de los Estados partes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (Convenio de Londres sobre Vertimiento)[853] ha aprobado resoluciones que interpretan ese instrumento. La Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, a petición de los órganos rectores, formuló la siguiente observación con respecto a una "resolución interpretativa" de la Conferencia de los Estados partes en el Convenio de Londres sobre Vertimiento:

> "Según el artículo 31, párrafo 3 a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...], para los efectos de la interpretación de un tratado habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes. El artículo no prevé una forma específica de acuerdo ulterior en que deba figurar dicha interpretación, lo que parece indicar que, siempre que la intención sea clara, la interpretación podría asumir distintas formas, como la adopción de una resolución en una reunión de las Partes, o incluso una decisión registrada en las actas resumidas de una reunión de las Partes."[854]

13) En esa misma línea, el Asesor Jurídico de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha manifestado en términos generales que:

> "Las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes, órgano supremo que integra a todas las Partes en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, ciertamente constituyen un 'acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la

---

850 Véase P. Millett, "The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, núm. 1 (2010), págs. 25 a 43, en especial pág. 33.

851 La Dependencia de Apoyo a la Aplicación fue creada por la Conferencia de los Estados partes para prestar apoyo administrativo a la Conferencia de Examen y promover las medidas de fomento de la confianza entre los Estados partes (véase el Documento Final de la Sexta Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.VI/6), parte III (Decisiones y recomendaciones), párr. 5).

852 Véase el documento informativo presentado por la Dependencia de Apoyo a la Aplicación, preparado para la Séptima Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención, titulado "Entendimientos y acuerdos adicionales alcanzados en Conferencias de Examen anteriores relativos a cada artículo de la Convención" (BWC/CONF.VII/INF.5) (actualizado para incluir los entendimientos y acuerdos alcanzados en esa Conferencia, Ginebra, 2012).

853 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1046, núm. 15749, pág. 120.

854 Punto 4 del orden del día (Fertilización de los océanos), presentado por la Secretaría en relación con los requisitos de procedimiento relativos a una decisión sobre una resolución interpretativa: observaciones de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, documento LC 33/J/6, párr. 3.

interpretación del tratado', tal y como establece el artículo 31 de la Convención de Viena."[855]

14) Los autores también han interpretado que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir acuerdos ulteriores[856] y al respecto han señalado lo siguiente:

> "Esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes en sí mismas, pero pueden tener relevancia desde el punto de vista jurídico, especialmente como fuente de interpretación autorizada del tratado."[857]

15) En relación con la función desempeñada por la Comisión Ballenera Internacional en el marco de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

> "El artículo VI de la Convención establece que '[l]a Comisión podrá, llegado el caso, hacer recomendaciones a alguno o algunos de los Gobiernos contratantes, o a todos ellos, en cualesquiera materias relativas a ballenas o a la caza de ballenas y a los objetivos y fines de la presente Convención'. Esas recomendaciones, que asumen la forma de resoluciones, no son vinculantes. Sin embargo, cuando se las adopta por consenso o por unanimidad de votos, pueden ser pertinentes para la interpretación de la Convención o su anexo."[858]

16) Los ejemplos que figuran más abajo, extraídos de la práctica de las conferencias de Estados partes, respaldan la afirmación de que las decisiones adoptadas por esas conferencias pueden constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a).

17) El artículo I, párrafo 1, de la Convención sobre las Armas Biológicas establece que cada Estado parte se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia:

> "Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos."

18) En la Tercera Conferencia de Examen (1991), los Estados partes señalaron:

---

[855] Véase Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Órgano de Negociación Intergubernamental de un Protocolo sobre Comercio Ilícito de Productos de Tabaco, "Texto revisado propuesto por el Presidente para un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, y debate general: Asesoramiento jurídico sobre el ámbito de aplicación del protocolo", nota del Asesor Jurídico de la OMS relativa al ámbito de aplicación del protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco (FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6), anexo, párr. 8; S. F. Halabi, "The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39 (2010), págs. 121 a 183.

[856] D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 83 (en relación con el Tratado sobre la No Proliferación); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 525 *supra*), págs. 213 y 214.

[857] B. M. Carnahan, "Treaty review conferences", *American Journal of International Law*, vol. 81, núm. 1 (1987), págs. 226 a 230, en especial pág. 229.

[858] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párr. 46.

> "Las prohibiciones establecidas en esta disposición se refieren a 'agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxínicos perjudiciales para las plantas y los animales, así como para el ser humano'."[859]

19) El artículo 4, párrafo 9, del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono[860] ha suscitado un debate sobre el significado de la expresión "Estado que no sea parte en este Protocolo". De conformidad con esa disposición:

> "A los efectos del presente artículo, la expresión 'Estado que no sea parte en este Protocolo' incluirá, por lo que respecta a cualquier sustancia controlada, a todo Estado u organización de integración económica regional que no haya convenido en aceptar como vinculantes las medidas de control vigentes en relación con dicha sustancia."

20) En el caso de los hidroclorofluorocarbonos, dos enmiendas pertinentes del Protocolo de Montreal[861] imponen obligaciones que suscitaron la duda de si para que un Estado "no sea parte en este Protocolo" debe no serlo en ninguna de esas dos enmiendas. La Reunión de las Partes decidió que:

> "La expresión 'Estado que no sea Parte en este Protocolo' incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing."[862]

21) Si bien los actos que son consecuencia de un procedimiento de aceptación tácita[863] no constituyen, como tales, acuerdos ulteriores de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), pueden, en ciertas circunstancias y además de surtir el efecto primario

---

[859] Declaración Final de la Tercera Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, Ginebra, 9 a 27 de septiembre de 1991 (BWC/CONF.III/23, parte II).

[860] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369, pág. 3.

[861] Enmienda de Copenhague al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1785, núm. 26369, pág. 516; y Enmienda de Beijing al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (1999), *ibid*., vol. 2173, núm. 26369, pág. 183.

[862] Para más información, véase la decisión XV/3 relativa a las obligaciones de las Partes en la Enmienda de Beijing dimanantes del artículo 4 del Protocolo de Montreal en relación con los hidroclorofluorocarbonos; la propia definición se ha formulado de la siguiente manera: "... a) La expresión 'Estado que no sea parte en este Protocolo' que figura en el párrafo 9 del artículo 4 no se aplicará a los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo hasta el 1 de enero de 2016, fecha en que, con arreglo a lo dispuesto en las Enmiendas de Copenhague y de Beijing, entrarán en vigor las medidas de control de la producción y el consumo de hidroclorofluorocarbonos para los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo; b) La expresión 'Estado que no sea parte en este Protocolo' incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing; c) Reconociendo, sin embargo, las dificultades prácticas que plantean las fechas fijadas para adoptar la interpretación expuesta más arriba de la expresión 'Estado que no sea parte en este Protocolo', se aplicará lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 a menos que, antes del 31 de marzo de 2004, ese Estado: i) Haya notificado a la Secretaría su intención de ratificar o aceptar la Enmienda de Beijing, o de adherirse a ella, lo antes posible; ii) Haya certificado que cumple cabalmente lo dispuesto en los artículos 2, 2A a 2G y 4 del Protocolo en su forma modificada por la Enmienda de Copenhague; iii) Haya presentado a la Secretaría datos en relación con lo expuesto en los apartados i) y ii) *supra*, que deberán actualizarse el 31 de marzo de 2005, en cuyo caso ese Estado quedará fuera de la definición de 'Estado que no sea parte en este Protocolo' hasta la conclusión de la 17ª Reunión de las Partes" (Informe de la 15ª Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (UNEP/OzL.Pro.15/9), cap. XVIII, secc. A, decisión XV/3, párr. 1).

[863] Véase, *supra*, el párrafo 8) del presente comentario.

establecido en el tratado, implicar la celebración de dicho acuerdo ulterior. Un ejemplo de ello son algunas de las decisiones de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Londres sobre Vertimiento. En su 16ª reunión, celebrada en 1993, la Reunión Consultiva de las Partes Contratantes aprobó tres enmiendas al anexo I mediante el procedimiento de aceptación tácita previsto en el Convenio[864]. En sí mismas, esas enmiendas no constituyen acuerdos ulteriores. Sin embargo, también implican una amplia variedad de interpretaciones del tratado al que se refieren[865]. La enmienda hace referencia a una resolución que fue aprobada por la Reunión Consultiva celebrada tres años antes, en que se había determinado que las partes estaban de acuerdo en que "[e]l Convenio de Londres sobre Vertimiento es el órgano adecuado para ocuparse de la cuestión de la evacuación de desechos radiactivos de baja actividad en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar"[866], y se basa en esa resolución. Se ha señalado que la resolución "amplía efectivamente la definición de 'vertimiento' del Convenio al establecer que el término abarca la evacuación de desechos en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar, aunque no por tierra mediante la excavación de túneles"[867]. Por lo tanto, la enmienda confirmó que la resolución interpretativa constituía un acuerdo ulterior sobre la interpretación del tratado.

22) El artículo 17, párrafo 5, del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación[868] establece que "[l]as enmiendas [...] entrarán en vigor, respecto de las Partes que las hayan aceptado, el nonagésimo día después de la fecha en que el Depositario haya recibido el instrumento de su ratificación, aprobación, confirmación formal o aceptación por tres cuartos, como mínimo, de las Partes que [las] hayan aceptado [...]". A raíz de una iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza, la Conferencia de las Partes decidió aclarar el requisito de la aceptación por tres cuartos de las Partes y convino en que:

> "... sin perjuicio de otros acuerdos ambientales multilaterales, el párrafo 5 del artículo 17 del Convenio de Basilea se interprete en el sentido de que, para que la enmienda entre en vigor, deben aceptarla tres cuartos de los países que eran Partes en el momento de su aprobación y hace notar que esta interpretación del párrafo 5 del artículo 17 no obliga a ninguna Parte a ratificar la Enmienda sobre la prohibición."[869]

---

[864] Véase la 16ª Reunión Consultiva de las Partes Contratantes, celebrada en Londres, y las resoluciones LC.49 (16), LC.50 (16) y LC.51 (16) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1775, núm. 15749, pág. 395). En primer lugar, la Reunión decidió enmendar la eliminación gradual del vertimiento de desechos industriales a más tardar el 31 de diciembre de 1995. En segundo lugar, prohibió la incineración en el mar de desechos industriales y lodos de aguas residuales. Por último, decidió sustituir el párrafo 6 del anexo I y prohibir el vertimiento de desechos radiactivos u otras materias radiactivas (véase también "Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972", *Focus on IMO* (julio de 1997), pág. 11).

[865] Se ha sostenido que estas enmiendas al anexo I del Convenio de Londres sobre Vertimientos "constituyen cambios fundamentales al Convenio" (véase Churchill y Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements…" (nota 836 *supra*), pág. 638).

[866] OMI, Informe de la 13ª Reunión Consultiva de las Partes Contratantes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, LDC 13/15, anexo 7, resolución LDC.41 (13), párr. 1.

[867] Churchill y Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements…" (véase la nota 836 *supra*), pág. 641.

[868] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1673, núm. 28911, pág. 57.

[869] Véase el Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación sobre la labor de su décima reunión (Cartagena (Colombia), 17 a 21 de octubre de 2011), UNEP/CHW.10/28, anexo 1, Decisión BC-10/3 (Iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea), párr. 2.

Las partes adoptaron esa decisión sobre la interpretación del artículo 17, párrafo 5, por consenso, y muchos Estados partes destacaron que la conferencia de las partes en cualquier convenio era "la autoridad máxima en cuanto a su interpretación"[870]. Aunque de ello parece desprenderse que la decisión constituye un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), la decisión se tomó tras debatir si era necesaria una enmienda formal al Convenio para alcanzar ese resultado[871]. Cabe señalar también que la delegación del Japón, pidiendo que sus palabras se reflejaran en el informe de la Conferencia, dijo que "respaldaba el criterio del 'momento actual' adoptado para interpretar las disposiciones del Convenio relativas a la entrada en vigor de las enmiendas, que se describían en la opinión jurídica proporcionada por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas como Depositario[872], y había aceptado el criterio del 'momento actual' enunciado en la decisión sobre la iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza *solo en este caso en particular*"[873].

23) Los ejemplos anteriores demuestran que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden, en ciertas circunstancias, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), u originar una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), o una práctica ulterior en el sentido del artículo 32 si no reflejan el acuerdo de las partes. No obstante, el correspondiente carácter de una decisión de una conferencia de Estados partes siempre debe determinarse cuidadosamente. A tal fin, es preciso tener en cuenta la especificidad y la claridad de los términos elegidos a la luz del texto de la decisión de la conferencia de Estados partes en su conjunto, su objeto y finalidad y la forma en que se aplica. A menudo, las partes no tienen la intención de que tal decisión tenga particular trascendencia.

Párrafo 2, tercera oración – las decisiones pueden ofrecer una diversidad de opciones prácticas

24) La última oración del párrafo 2 del proyecto de conclusión 11 [10] recuerda al intérprete que las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad de opciones prácticas para la aplicación del tratado. Esas decisiones no constituyen necesariamente un acuerdo ulterior o una práctica ulterior a los efectos de la interpretación del tratado, aunque se hayan tomado por consenso. De hecho, las conferencias de Estados partes a menudo no tratan explícitamente de resolver o abordar cuestiones relacionadas con la interpretación de un tratado.

25) A título de ejemplo, cabe referirse a una decisión adoptada por la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Los artículos 9 y 10 del Convenio se centran en la reglamentación del contenido de los productos de tabaco y la reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco, respectivamente. Habida cuenta de que esas medidas requieren cuantiosos recursos financieros, en la sección dedicada a las "Consideraciones de orden práctico" en relación

[870] *Ibid.*, cap. III.A, párr. 65.

[871] Véase Günter Handl, "International 'lawmaking' by conferences of the parties and other politically mandated bodies", en Wolfrum y Röben, *Developments of International Law in Treaty Making* (nota 846 *supra*), págs. 127 a 143, en especial pág. 132.

[872] De conformidad con el "criterio del momento actual" empleado por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, cuando un tratado no especifica nada o no es claro al respecto, "[l]a práctica del Secretario General es calcular el número de aceptaciones teniendo en cuenta el número de partes en el tratado en el momento en que se depositó cada instrumento de aceptación de una enmienda". Véanse los fragmentos extraídos del memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas de fecha 8 de marzo de 2004, disponibles en inglés en www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

[873] Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea... (véase la nota 869 *supra*), párr. 68 [sin cursiva en el original].

con la aplicación de los artículos 9 y 10, los Estados partes acordaron "algunas opciones que las Partes, si lo juzgaran oportuno, podrían utilizar", a saber:

"a) impuestos sobre el tabaco para fines específicos;

b) derechos por expedición de licencias de fabricación y/o importación de tabaco;

c) derechos por registro de productos de tabaco;

d) expedición de licencias a distribuidores y/o minoristas de tabaco;

e) sanciones por incumplimiento impuestas a la industria tabacalera y a los minoristas de tabaco; y

f) derechos anuales para las actividades de vigilancia del tabaco (industria tabacalera y minoristas)."[874]

Esa decisión contiene una enumeración no exhaustiva de opciones prácticas para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio. Ahora bien, las partes acordaron implícitamente de ese modo que las "opciones" enumeradas serían, en general, compatibles con el Convenio.

Párrafo 2 en su totalidad

26) De lo anterior se desprende que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden producir distintos efectos jurídicos. A menudo esas decisiones no pretenden ser en sí mismas un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), porque su objeto no es constituir una declaración acerca de la interpretación del tratado. En otros casos las partes dejan suficientemente claro que la decisión de la conferencia de Estados partes refleja el acuerdo al que han llegado acerca de la interpretación del tratado. También pueden producir efectos conjuntamente con una obligación jurídica de cooperar con arreglo al tratado, "por lo que las partes deben tener debidamente en cuenta" dicha decisión[875]. En cualquier caso, no puede afirmarse simplemente que, porque un tratado no reconozca a la conferencia de Estados partes competencia para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, sus decisiones sean necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico y constituyan solamente compromisos políticos[876].

27) En último término, el efecto de las decisiones de las conferencias de Estados partes depende de las circunstancias concretas de cada caso en particular y esas decisiones deben interpretarse adecuadamente. Un elemento importante puede ser si los Estados partes aplican uniformemente o sin cuestionamientos el tratado tal como ha sido interpretado por la decisión de la conferencia de Estados partes. La práctica discordante tras la adopción de una decisión por la conferencia de Estados partes puede ser indicio de que los Estados no asumen que la decisión constituya un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a)[877]. Las decisiones de la conferencia de Estados partes que no pueden ser consideradas acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), ni práctica

[874] Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco *(Reglamentación del contenido de los productos de tabaco y de la divulgación de información sobre los productos de tabaco)*, FCTC/COP4(10), anexo, aprobadas en la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Punta del Este (Uruguay), 15 a 20 de noviembre de 2010), en FCTC/COP/4/DIV/6, pág. 49.

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

[876] *Ibid*., pág. 248, párr. 46.

[877] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 10 [9], párrs. 23) y 24).

ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), pueden, sin embargo, constituir un medio de interpretación subsidiario de conformidad con el artículo 32[878].

Párrafo 3 – un acuerdo acerca de la interpretación del tratado

28) El párrafo 3 establece el principio de que los acuerdos acerca de la interpretación de un tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3, deben referirse al contenido de dicho tratado. Así pues, lo importante es el fondo del acuerdo expresado en la decisión de la conferencia de Estados partes, y no la forma o el procedimiento por el que se llega a esa decisión. Los actos que se originan en las conferencias de Estados partes pueden tener distintas formas y designaciones y ser el resultado de procedimientos distintos. Las conferencias de Estados partes pueden incluso llevar a cabo su labor sin un reglamento aprobado formalmente[879]. Si la decisión de la conferencia de los Estados partes se basa en una votación unánime en la que participan todas las partes, es evidente que puede constituir un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), siempre que esa decisión sea "acerca de la interpretación del tratado".

29) No obstante, las decisiones de las conferencias de Estados partes sobre las funciones de examen y aplicación suelen adoptarse por consenso. Esta práctica resulta de reglamentos que normalmente exigen que los Estados partes hagan todo lo posible para lograr un consenso en lo que respecta a las cuestiones sustantivas. Un ejemplo temprano de ello puede encontrarse en el Reglamento Provisional de la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre las Armas Biológicas. De conformidad con el artículo 28, párrafo 2:

> "Como la tarea de la Conferencia encargada del examen de la Convención es examinar el funcionamiento de la Convención con miras a asegurar que se realicen los propósitos del preámbulo y las disposiciones de la Convención, para reforzar así la eficacia de esta, debería hacerse todo lo posible por llegar a un acuerdo sobre las cuestiones de fondo por consenso. No debería haber votaciones sobre esas cuestiones hasta que se hayan agotado todos los esfuerzos por lograr un consenso."[880]

---

878 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226 (opinión separada de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, pág. 454, párr. 4: "Observo que las resoluciones aprobadas en una votación de la Comisión Ballenera Internacional tienen algunas consecuencias, aunque no encajen dentro del ámbito de aplicación del artículo 31.3 de la Convención de Viena").

879 La Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático aplica provisionalmente el proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios (FCCC/CP/1996/2), con excepción del proyecto de artículo 42 en el capítulo sobre "Votaciones", ya que hasta el momento no se ha alcanzado un acuerdo respecto de las dos alternativas de votación posibles planteadas, véanse Informe de la Conferencia de las Partes sobre su primer período de sesiones (28 de marzo a 7 de abril de 1995) (FCCC/CP/1995/7), pág. 8, párr. 10, e Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 19º período de sesiones (11 a 23 de noviembre de 2013) (FCCC/CP/2013/10), págs. 6 y 7, párr. 4; de manera análoga, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79) tampoco aprobó el artículo 40, párrafo 1, del reglamento, relativo a las votaciones, "debido a la falta de consenso entre las Partes respecto a la mayoría requerida para adoptar decisiones sobre cuestiones de fondo", véase el Informe de la 11ª Reunión de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (8 a 19 de octubre de 2012) (UNEP/CBD/COP/11/35), párr. 65.

880 Véase el artículo 28, párrafo 2, del reglamento provisional de la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, celebrada en Ginebra del 3 al 21 de marzo de 1980 BWC/CONF.I/2).

Esta fórmula, con algunas variaciones menores, ha pasado a ser la norma en los procedimientos de toma de decisiones sustantivas de las conferencias de Estados partes.

30) A fin de disipar cualquier preocupación acerca de las decisiones adoptadas por consenso, se añadió la expresión "incluido el consenso" al final del párrafo 3 para descartar la idea de que cualquier decisión adoptada por consenso equivaldría necesariamente a un acuerdo sustantivo. De hecho, el consenso no es un concepto que necesariamente indique que existe algún grado de acuerdo sobre el fondo de la cuestión. Según el documento *Comentarios sobre Cuestiones de Procedimiento*, publicado por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 60/286 de la Asamblea General[881], de 8 de septiembre de 2006:

> "Generalmente se entiende por consenso un proceso de toma de decisiones consistente en llegar a una decisión sin que se formulen objeciones formales y sin someter la cuestión a votación. Sin embargo, el consenso no refleja necesariamente 'unanimidad' de opinión respecto de la cuestión de fondo. El término se usa para describir la práctica que consiste en hacer todo lo posible por llegar a un consenso general sin que ninguna delegación objete expresamente a que se registre dicho consenso."[882]

31) De ello se desprende que la adopción por consenso no es una condición suficiente para un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b). Los reglamentos de las conferencias de Estados partes por lo general no recogen ninguna indicación acerca de los posibles efectos jurídicos que pueda tener una resolución en cuanto acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), o práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b). Esos reglamentos solo determinan la forma en que las conferencias de Estados partes adoptan sus decisiones, no sus posibles efectos jurídicos como acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3. Aunque los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), no tienen que ser vinculantes en sí mismos, la Convención de Viena de 1969 les atribuye efectos jurídicos en el sentido del artículo 31 cuando existe un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado que la distinción entre la forma de una decisión colectiva y el acuerdo sobre el fondo es relevante en ese contexto[883].

32) Que algunas decisiones, pese a haberse declarado adoptadas por consenso, no pueden constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), es especialmente cierto cuando uno o varios Estados partes se han opuesto a ese consenso.

33) Por ejemplo, en su Sexta Reunión, celebrada en 2002, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica trabajó en la formulación de principios de orientación para la prevención, introducción y mitigación de impactos de especies exóticas que amenazan los ecosistemas, los hábitat o las especies[884]. Tras varios intentos fallidos por llegar a un acuerdo, la Presidenta de la Conferencia de las Partes propuso que se adoptara la

---

881 Véase la resolución 60/286 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2006, sobre la revitalización de la Asamblea General, en que se pide a la Secretaría de las Naciones Unidas "que ponga a disposición del público los precedentes y la práctica previa sobre los reglamentos y las prácticas de los órganos intergubernamentales de la Organización" (anexo, párr. 24).

882 Véase "Consensus in UN practice: General", documento preparado por la Secretaría, que puede consultarse en http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf; véase también R. Wolfrum y J. Pichon, "Consensus", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párrs. 3, 4 y 24.

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

884 Véase el informe de la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (UNEP/CBD/COP/6/20), anexo I, decisión VI/23.

decisión y que se dejara constancia en el informe final de la reunión de las reservas que Australia había planteado. No obstante, el representante de Australia reiteró que no podía aceptar los principios de orientación y que "su objeción explícita seguía en pie"[885]. La Presidenta declaró cerrado el debate y dijo que, "siguiendo la práctica establecida", quedaba adoptada la decisión sin someterla a votación, pero aclaró que las objeciones de los Estados discrepantes se reflejarían en el informe final de la reunión. Tras la adopción de la decisión, Australia reiteró su parecer de que el consenso constituye adopción sin objeción explícita y expresó sus inquietudes respecto de la legalidad de la adopción del proyecto de decisión. De resultas de todo ello, se añadió una nota a pie de página a la decisión VI/23 en la que se indica que "[d]urante el proceso de adopción de esta decisión, un representante formuló una objeción explícita y recalcó que estimaba que la Conferencia de las Partes no podía aprobar legítimamente una moción o texto existiendo una objeción explícita"[886].

34) Ante esta situación, el Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica solicitó una opinión jurídica del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas[887], quien respondió[888] que una parte podía "disociarse del fondo o del texto [...] del documento, indicar que el haberse llegado a un consenso no constituye aceptación del fondo ni del texto ni de partes del documento y/o presentar cualquier otra restricción respecto de la posición de su Gobierno sobre el fondo o el texto [...] del documento"[889]. Así pues, queda claro que se puede adoptar una decisión por consenso pese al desacuerdo de uno o varios Estados partes respecto del fondo de la decisión.

35) La decisión relacionada con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y una decisión similar adoptada en Cancún en 2010 por la Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto de la Convención sobre el Cambio Climático (a pesar de la objeción de Bolivia)[890] plantean la importante cuestión de qué hay que entender por "consenso"[891]. No obstante, esta cuestión, que no entra dentro de los límites del presente tema, ha de distinguirse de la cuestión de si todas las partes en un tratado han llegado a un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación de ese tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b). Las decisiones de las conferencias de Estados partes que no reflejan un acuerdo sustantivo entre todas las partes no pueden considerarse acuerdos en el sentido del artículo 31, párrafo 3, aunque pueden ser "otra práctica ulterior" a la que se refiere el artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3).

36) Una cuestión diferente es la de los efectos jurídicos de la decisión de una conferencia de Estados partes que constituye un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En 2011 se pidió a la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI que "asesor[ara] a los órganos rectores [...] sobre los requisitos de procedimiento relacionados con la adopción de una decisión sobre una resolución interpretativa y, en particular, si sería

[885] *Ibid*., párr. 313.

[886] *Ibid*., párr. 318; el debate figura en los párrs. 294 a 324.

[887] La solicitud puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, documento SCBD/SEL/DBO/30219 (6 de junio de 2002).

[888] Carta de fecha 17 de junio de 2002, enviada por fax.

[889] *Ibid*.

[890] Véase el informe de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto sobre su sexto período de sesiones, celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010 (FCCC/KP/CMP/2010/12 y Add.1), decisión 1/CMP.6 (Los Acuerdos de Cancún: Resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre los nuevos compromisos de las Partes del anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto en su 15º período de sesiones); y decisión 2/CMP.6 (Los Acuerdos de Cancún: Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura); así como las deliberaciones de la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, párr. 29.

[891] Véase Nolte, "Subsequent agreements and subsequent practice of States…" (nota 440 *supra*), págs. 372 a 377.

necesario llegar a un consenso para tomar esa decisión o no"[892]. En su respuesta, la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, si bien confirmó que una resolución de la Conferencia de los Estados partes podía, en principio, constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), indicó a los órganos rectores que aun cuando la Conferencia adoptara una decisión por consenso, ello no significaría que la decisión fuera a ser vinculante para todas las partes[893].

37) Aun cuando parte del presupuesto erróneo de que un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), solo sería vinculante "como un tratado o una enmienda a un tratado"[894], la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, en su opinión, llega a la conclusión correcta de que, aunque la decisión adoptada por consenso por una conferencia de Estados partes constituya un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación, no es (necesariamente) vinculante para las partes[895]. Más bien, como ha señalado la Comisión, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), es solo uno de los distintos medios de interpretación a tomar en cuenta en el proceso de interpretación[896].

38) Así pues, las resoluciones interpretativas de las conferencias de Estados partes que se adoptan por consenso, incluso si no son vinculantes por sí mismas, pueden, no obstante, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3 b), si hay indicios suficientes para suponer que esa fue la intención de las partes cuando adoptaron la decisión, o si, por la práctica ulterior de las partes, consta la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación del tratado[897]. El intérprete debe atribuir el peso que corresponda a una resolución interpretativa de esa índole en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), pero no considerarla por necesidad jurídicamente vinculante[898].

Conclusión 12 [11]
Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

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

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

3. La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31, párrafo 1, y 32.

892 OMI, informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo Interperíodos sobre la Fertilización de los Océanos (LC 33/4), párr. 4.15.2.
893 OMI, documento LC 33/J/6, párr. 3 (véase la nota 854 *supra*).
894 *Ibid*., párr. 8.
895 Véase el comentario del proyecto de conclusión 10 [9], párrs. 9) a 11).
896 Comentario del proyecto de conclusión 3 [2], párr. 4), *supra*.
897 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226, opinión separada del Magistrado Greenwood, págs. 407 y 408, párr. 6, y opinión separada de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, págs. 453 y 454, párr. 4.
898 Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 3 [2], párr. 4.

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

Comentario

Aspectos generales

1) El proyecto de conclusión 12 [11] se refiere a un determinado tipo de tratado, a saber, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y a la forma en que los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior deberán o podrán tenerse en cuenta para su interpretación con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969.

2) Los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales se abordan de manera específica en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969, que dispone lo siguiente:

> "La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización."[899]

3) Al igual que cualquier tratado, un instrumento constitutivo de una organización internacional en el sentido del artículo 5 es un acuerdo internacional "ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos" (artículo 2, párrafo 1 a)). Las disposiciones contenidas en dicho tratado forman parte de ese instrumento constitutivo[900].

4) En general, al establecer que la Convención de Viena de 1969 se aplica a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización[901], el artículo 5 sigue el enfoque general de la Convención, según el cual los tratados entre Estados están sujetos a las normas establecidas en la Convención "salvo que el tratado disponga otra cosa"[902].

5) El proyecto de conclusión 12 [11] se refiere únicamente a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Por tanto, no aborda todos los aspectos de la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados que conciernen a las organizaciones internacionales. En particular, no se aplica a la interpretación de los tratados aprobados en el ámbito de una organización internacional ni a la de los tratados celebrados por organizaciones internacionales que no sean ellos mismos instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales[903]. El proyecto de conclusión 12 [11] tampoco se aplica a la interpretación

[899] Véase también la disposición paralela del artículo 5 de la Convención de Viena de 1986 (A/CONF.129/15).

[900] El artículo 20, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969 requiere la aceptación, por el órgano competente de la organización, de las reservas relativas a su instrumento constitutivo. Duodécimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario…, 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584, párrs. 75 a 77; S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), pág. 204.

[901] Véase *Anuario…, 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 210 (artículo 4); K. Schmalenbach, "Art. 5", en Dörr y Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*... (véase la nota 439 *supra*), pág. 89, párr. 1.

[902] Véanse, por ejemplo, los artículos 16; 19 a) y b); 20, párras. 1 y 3 a 5; 22; 24, párr. 3; 25, párr. 2; 44, párr. 1; 55; 58, párr. 2; 70, párr. 1; 72, párr. 1; y 77, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969.

[903] Esta última categoría se aborda en la Convención de Viena de 1986 (A/CONF.129/15).

de las decisiones de los órganos de organizaciones internacionales como tales[904], incluida la interpretación de las decisiones de los tribunales y cortes internacionales[905], ni a los efectos de una "clara y constante jurisprudencia"[906] *("jurisprudence constante")* de los tribunales o cortes[907]. Por último, la conclusión no se ocupa de manera específica de las cuestiones relativas a los pronunciamientos de los órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados integrados por expertos independientes o al peso que ha de atribuirse a determinados tipos de práctica más en general, cuestiones que se pueden abordar más adelante.

Párrafo 1 – aplicabilidad de los artículos 31 y 32

6) En la primera oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 12 [11] se reconoce la aplicabilidad de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 a los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales[908]. La Corte Internacional de Justicia lo ha confirmado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*:

> "Desde un punto de vista formal, los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales son tratados multilaterales, a los que se aplican las normas bien establecidas de interpretación de los tratados."[909]

7) La Corte ha sostenido con respecto a la Carta de las Naciones Unidas:

> "En las ocasiones anteriores en que la Corte ha tenido que interpretar la Carta de las Naciones Unidas, ha seguido los principios y reglas aplicables en general a la

[904] *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 442, párr. 94 ("... si bien cabe recurrir a las normas sobre interpretación de los tratados que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las diferencias que existen entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados obligan a que también se tengan en cuenta otros factores en la interpretación de esas resoluciones"); véase también H. Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, part eight", *British Yearbook of International Law 1996*, vol. 67, págs. 1 y ss., en especial pág. 29; M. C. Wood, "The Interpretation of Security Council Resolutions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), págs. 73 y ss., en especial pág. 85; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 128.

[905] *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fallo, *I.C.J. Reports 2013*, págs. 281 y ss., en especial pág. 307, párr. 75 ("Un fallo de la Corte no puede equipararse a un tratado, que es un instrumento cuya fuerza vinculante y cuyo contenido emanan del consentimiento de los Estados contratantes y cuya interpretación puede verse afectada por el comportamiento ulterior de dichos Estados, de conformidad con el principio establecido en el artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969").

[906] Véanse *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transports and the Regions ex parte Alconbury Developments Limited and others* [2001] UKHL 23; *Regina v. Special Adjudicator (respondent) ex parte Ullah (FC) (appellant) Do (FC) (appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham of Cornhill); *Regina (On the Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

[907] Esta jurisprudencia puede ser un medio para determinar normas de derecho, como se indica, en particular, en el artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

[908] Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 281 y 282.

[909] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 74, párr. 19.

interpretación de los tratados, habida cuenta de que ha reconocido que la Carta es un tratado multilateral, aunque con ciertas características especiales.”[910]

8) Al mismo tiempo, el artículo 5 sugiere, y las decisiones de los tribunales y cortes internacionales confirman, que los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales también son tratados de un tipo particular que puede ser necesario interpretar de una manera específica. Así, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado:

> “No obstante, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son también tratados de tipo particular; su objeto es crear nuevos sujetos de derecho, dotados de cierta autonomía, a los que las partes confían la tarea de lograr objetivos comunes. Tales tratados pueden plantear problemas específicos de interpretación, debido, en particular, a su carácter, que es convencional y al mismo tiempo institucional; la naturaleza misma de la organización creada, los objetivos que le hayan asignado sus fundadores, los imperativos asociados al cumplimiento efectivo de sus funciones, así como su propia práctica, son todos ellos elementos que pueden merecer especial atención a la hora de interpretar esos tratados constitutivos.”[911]

9) La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 12 [11] se refiere más concretamente a los elementos de los artículos 31 y 32 relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación y confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y que cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también puede serlo.

10) La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el artículo 31, párrafo 3 b), se aplica a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. En su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, tras describir los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales como tratados de un tipo particular, la Corte inició su interpretación de la Constitución de la OMS afirmando:

> “Según la norma consuetudinaria de interpretación expresada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, los términos de un tratado deben interpretarse ‘en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ y ‘juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> [...]
>
> b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado’.”[912]

Remitiéndose a diferentes precedentes de su propia jurisprudencia en que, entre otras cosas, había recurrido a la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), como medio de interpretación, la Corte anunció que aplicaría el artículo 31, párrafo 3 b):

> “... en este caso a fin de determinar si, de conformidad con la Constitución de la OMS, la cuestión a la que se le ha pedido que responda se plantea ‘dentro de la esfera de [las] actividades’ de esa Organización.”[913]

---

[910] *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 157.

[911] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 75, párr. 19.

[912] *Ibid.*

[913] *Ibid.*

11) La causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* es otra decisión en que la Corte ha destacado, en una causa relacionada con la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional[914], la práctica ulteriormente seguida por las partes. Partiendo de la observación de que "los Estados miembros también han encomendado a la Comisión ciertas tareas que inicialmente no estaban previstas en los textos de los tratados"[915], la Corte llegó a la siguiente conclusión:

> "Del análisis de los textos de los tratados y de la práctica [seguida por las partes] realizado en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, no obstante, su objeto no es resolver, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, por tanto, no entra dentro del Capítulo VIII de la Carta."[916]

12) El artículo 31, párrafo 3 a), también es aplicable a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales[917]. No obstante, son poco comunes los acuerdos ulteriores autónomos entre los Estados miembros relativos a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Cuando se plantean cuestiones de interpretación con respecto a tales instrumentos, las partes actúan en su mayoría como miembros en el marco del órgano plenario de la organización. Si existe la necesidad de modificar, enmendar o complementar el tratado, los Estados miembros o bien utilizan el procedimiento de enmienda previsto en el tratado, o bien celebran un nuevo tratado, por lo general un protocolo[918]. No obstante, también es posible que las partes actúen como tales cuando se reúnan en el marco de un órgano plenario de la organización correspondiente. Así, en 1995:

> "Los Gobiernos de los 15 Estados miembros han acordado que esta decisión constituye la interpretación convenida y definitiva de las disposiciones del Tratado."[919]

Es decir que:

> "... el nombre de la moneda europea será Euro. [...] El nombre específico Euro se utilizará en lugar del término genérico Ecu utilizado por el Tratado para referirse a la unidad monetaria europea."[920]

Esta decisión de "los Estados miembros reunidos en el marco de" la Unión Europea se ha considerado, en la doctrina, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a)[921].

13) A veces es difícil determinar si "los Estados miembros reunidos en el marco" de un órgano plenario de una organización internacional tienen la intención de actuar en su

---

914 Véase el artículo 17 del Convenio y Estatutos relativos al Desarrollo de la Cuenca del Chad (Tratado de Fort-Lamy de 1964), *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), pág. 80; en general: P. H. Sand, "Development of International Water Law in the Lake Chad Basin", *ibid*., págs. 52 a 76.

915 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 305, párr. 65.

916 *Ibid*., págs. 306 y 307, párr. 67.

917 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226; véase también la nota 944 *infra* y el texto que la acompaña.

918 Véanse los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena de 1969.

919 Véase Consejo Europeo de Madrid, Conclusiones de la Presidencia, *Boletín de la Unión Europea*, núm. 12 (1995), págs. 9 y ss., en especial pág. 10, secc. I.A.I.

920 *Ibid.*

921 Véase Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 525 *supra*), pág. 215; Hafner, "Subsequent agreements and practice..." (véase la nota 655 *supra*), en especial págs. 109 y 110.

calidad de miembros de ese órgano, como suelen hacer, o si se proponen actuar en su calidad independiente de Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización[922]. Al abordar esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea inicialmente recurrió a los términos del acto en cuestión:

> "Del tenor literal de dicha disposición se desprende claramente que los actos adoptados por los representantes de los Estados miembros, cuando no actúan en calidad de miembros del Consejo, sino en calidad de representantes de su Gobierno, ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros, no están sometidos al control de legalidad ejercido por el Tribunal de Justicia."[923]

No obstante, posteriormente, el Tribunal concedió una importancia decisiva al "contenido y [el] conjunto de las circunstancias en las que se adoptó [la decisión]" a fin de determinar si se trataba de una decisión del órgano o de los propios Estados miembros en tanto que partes en el tratado:

> "En consecuencia, no basta con que un acto se califique de 'decisión de los Estados miembros' para sustraerlo al control establecido en el artículo 173 del Tratado. Para ello es preciso además comprobar que dicho acto, habida cuenta de su contenido y del conjunto de las circunstancias en las que se adoptó, no constituye en realidad una decisión del Consejo."[924]

14) Aparte de los acuerdos ulteriores o la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de todas las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), otra práctica ulteriormente seguida por una o varias partes en la aplicación del instrumento constitutivo de una organización internacional también puede ser pertinente para la interpretación de ese tratado[925]. Por ejemplo, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, al igual que otros tratados multilaterales, a veces se aplican mediante práctica o acuerdos bilaterales o regionales ulteriores[926]. Esos tratados bilaterales no son, por tanto, acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), aunque solo sea porque se celebran entre un número limitado de partes en el instrumento constitutivo multilateral. No obstante, pueden dar lugar a afirmaciones sobre la interpretación del propio instrumento constitutivo y servir de medios de interpretación complementarios con arreglo a lo previsto en el artículo 32.

Párrafo 2 – acuerdos ulteriores y práctica ulterior que "provienen", o "son expresión", de la reacción de los Estados miembros

15) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 12 [11] pone de relieve una manera determinada en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido de los artículos 31, párrafo 3, y 32 pueden surgir o expresarse. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes pueden "provenir" de sus reacciones a la práctica de

---

922 P. C. G. Kapteyn y P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3ª ed., L. W. Gormley (ed.) (Londres, Kluwer Law International, 1998), págs. 340 a 343.

923 Asuntos acumulados núms. C-181/91 y C-248/91, *Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas* [1993], *Recopilación de Jurisprudencia I-3713*, párr. 12.

924 *Ibid*., párr. 14.

925 Véanse los proyectos de conclusión 2 [1], párr. 4, y 4, párr. 3, y los comentarios correspondientes, respectivamente, párr. 10) y párrs. 23) a 37).

926 Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (véase la nota 837 *supra*); P. P. C. Haanappel, "Bilateral air transport agreements – 1913-1980", *International Trade Law Journal*, vol. 5, núm. 2 (1980), págs. 241 a 267; L. Tomas, "Air transport agreements, regulation of liability", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (véase la nota 425 *supra*); B. F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009), pág. 10.

una organización internacional en la aplicación de un instrumento constitutivo. Alternativamente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes en un acuerdo constitutivo pueden "ser expresión" de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo. La expresión "provenir" tiene por objeto abarcar la generación y el desarrollo de acuerdos ulteriores y práctica ulterior, mientras que "ser expresión de" se utiliza en el sentido de reflejar y articular tales acuerdos y tal práctica. Cualquiera de las dos variantes de la práctica de una organización internacional puede reflejar acuerdos ulteriores o una práctica ulterior de los Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización (véase el proyecto de conclusión 4)[927].

16) En su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la posibilidad de que la práctica de una organización reflejara un acuerdo o la práctica de los propios Estados miembros en tanto que partes en el tratado, pero concluyó que en ese caso la práctica no expresaba una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), ni equivalía a esta:

> "La propia resolución WHA46.40, que se aprobó, no sin oposición, tan pronto como la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares se planteó en la OMS, no puede interpretarse en el sentido de que exprese una práctica que establece un acuerdo de los miembros de la Organización para interpretar que su Constitución la faculta para examinar la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares."[928]

17) En esta causa, al examinar la pertinencia de una resolución de una organización internacional para la interpretación de su instrumento constitutivo, la Corte analizó, en primer lugar, si la resolución expresaba o constituía "una práctica por la cual consta el acuerdo de los miembros de la Organización" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b)[929].

18) Del mismo modo, el Órgano de Apelación de la OMC ha señalado en términos generales:

> "Basándonos en el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, consideramos que una decisión adoptada por los Miembros puede ser considerada un 'acuerdo ulterior entre las partes' acerca de la interpretación de un acuerdo abarcado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente; y ii) los términos y el contenido de la decisión expresan un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación* o *aplicación* de una disposición de las normas de la OMC."[930]

---

[927] R. Higgins, "The Development of international law by the political organs of the United Nations", *Proceedings of the American Society of International Law at its 59th Annual Meeting* (Washington, D.C., 22 a 24 de abril de 1965), págs. 116 a 124, en especial pág. 119; la práctica de una organización internacional, además de provenir, o ser expresión, de un acuerdo o la práctica de las propias partes en el sentido del párrafo 2, también puede ser un medio de interpretación en sí mismo en el sentido del párrafo 3 (véanse los párrs. 25) a 35) *infra*).

[928] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 81, párr. 27.

[929] La Corte Permanente de Justicia Internacional adoptó este enfoque en su opinión consultiva sobre la causa *Competence of the International Labour Organization to regulate, incidentally, the personal work of the employer*, 23 de julio de 1926, *P.C.I.J. Series B núm. 13*, págs. 19 y 20; véase S. Engel, "'Living' International Constitutions and the world court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), págs. 865 a 910, en especial pág. 871.

[930] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012, párr. 262 [en cursiva en el original].

19) En relación con las condiciones en que puede considerarse que una decisión de un órgano plenario es un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), el Órgano de Apelación de la OMC afirmó lo siguiente:

> "263. En cuanto al primer elemento, señalamos que la Decisión Ministerial de Doha fue adoptada por consenso el 14 de noviembre de 2001 con motivo de la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC. [...] Por lo que respecta al segundo elemento, la pregunta clave a la que hay que responder es si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación* o *aplicación* de la expresión 'plazo prudencial' que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.
>
> 264. Recordamos que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha dispone lo siguiente:
>
> > A reserva de las condiciones especificadas en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se entenderá que la expresión 'plazo prudencial' significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos.
>
> 265. Al examinar la cuestión de si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de la expresión 'plazo prudencial' que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, encontramos orientaciones útiles en los informes del Órgano de Apelación en *CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Ecuador II)/CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*. El Órgano de Apelación observó que la Comisión de Derecho Internacional (la 'CDI') describe un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* como 'otro *elemento auténtico de interpretación* que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto'. Según el Órgano de Apelación, 'la CDI, al referirse a la 'interpretación auténtica', entiende que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 alude a *acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado*'. Por consiguiente, examinaremos si el párrafo 5.2 concretamente guarda relación con la interpretación del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.
>
> [...]
>
> 268. Por las razones anteriormente expuestas, *confirmamos* la constatación del Grupo Especial [...] de que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, acerca de la interpretación de la expresión 'plazo prudencial' en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*."[931]

20) La Corte Internacional de Justicia, si bien no mencionó expresamente el artículo 31, párrafo 3 a), al invocar la Declaración de la Asamblea General sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas para la interpretación del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta, destacó la "actitud de las partes y de otros Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General" y su consentimiento al

[931] *Ibid*. [se omiten las notas]; si bien la Decisión Ministerial de Doha no se refiere a una disposición del Acuerdo sobre la OMC propiamente dicho, sí se refiere a un anexo de dicho Acuerdo (el "Acuerdo OTC") que forma "parte integrante" del Acuerdo por el que se establece la OMC (art. 2, párr. 2, del Acuerdo sobre la OMC).

respecto[932]. En este contexto, diversos autores han llegado a la conclusión de que los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), pueden, en determinadas circunstancias, provenir o ser expresión de actos de órganos plenarios de organizaciones internacionales[933], como la Asamblea General de las Naciones Unidas[934]. De hecho, como

[932] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 100, párr. 188: "... El efecto de un consentimiento al texto de dichas resoluciones no puede entenderse como el de una mera 'reiteración o aclaración' del compromiso convencional contraído en la Carta. Por el contrario, puede entenderse como una aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución en sí mismas". Esta afirmación, cuyo principal objetivo es explicar el posible papel de las resoluciones de la Asamblea General en la formación del derecho consuetudinario, también reconoce, en relación con los tratados, que esas resoluciones pueden servir para expresar el acuerdo, o las posiciones, de las partes sobre una determinada interpretación de la Carta de las Naciones Unidas como tratado ("aclaración"); de modo similar, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 437, párr. 80; en este sentido, por ejemplo, L. B. Sohn, "The UN system as authoritative interpreter of its law", en *United Nations Legal Order*, vol. 1, O. Schachter y C. C. Joyner (eds.) (Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995), págs. 169 a 229, en especial pág. 177 (donde se observa en relación con la causa relativa a *Nicaragua* que "[l]a Corte aceptó la Declaración sobre las Relaciones de Amistad como interpretación auténtica de la Carta").

[933] H. G. Schermers y N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5ª ed. (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011), pág. 854 (donde se hace referencia a las interpretaciones que hace la Asamblea del Fondo de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos con respecto a los instrumentos constitutivos del Fondo); M. Cogen, "Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT", *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), págs. 145 a 179, en especial págs. 157 y 158 (donde se hace referencia a una decisión adoptada por unanimidad por el Consejo de la CERN el 17 de junio de 2010 por la que se interpretan los criterios de admisión establecidos en la Convención de la CERN como un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), de la Convención de Viena de 1969).

[934] Véase E. Jiménez de Aréchega, "International law in the past third of a century", *Recueil des Cours..., 1978*, vol. 159, págs. 1 a 334, en especial pág. 32 (donde se afirma en relación con la Declaración 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 que "[e]sta resolución [...] constituye una expresión autorizada de las opiniones de la totalidad de las partes en la Carta en cuanto a esos principios básicos y ciertos corolarios que se derivan de ellos. A la luz de estas circunstancias, parece difícil negar el peso jurídico y la autoridad de la Declaración, no solo como resolución que reconoce lo que, en opinión de los propios Miembros, constituyen normas existentes de derecho consuetudinario, sino también como interpretación de la Carta por el acuerdo ulterior y la práctica ulterior de todos sus Miembros"); O. Schachter, "General Course in public international law", *Recueil des Cours..., 1982*, vol. 178, págs. 9 a 396, en especial pág. 113 ("... [l]as resoluciones declarativas de normas jurídicas que interpretan y 'concretan' los principios de la Carta —ya sea como normas generales o en relación con casos particulares— pueden considerarse una interpretación auténtica por las partes de sus obligaciones convencionales vigentes. En la medida en que constituyen una interpretación, y que han sido acordadas por todos los Estados Miembros, encajan sin problemas en una de las fuentes del derecho establecidas"); P. Kunig, "United Nations Charter, interpretation of", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X (www.mpepil.com), págs. 273 y ss., en especial pág. 275 (donde se afirma que, "[s]i se aprueban por *consenso*, [las resoluciones de la Asamblea General] pueden desempeñar una importante función en la [...] interpretación de la Carta de las Naciones Unidas"); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (véase la nota 525 *supra*), pág. 213 (donde se señala que la resolución 51/210 de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, de 17 de diciembre de 1996, "puede considerarse un acuerdo ulterior acerca de la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas"). Todas las resoluciones a las que hacen referencia los autores se aprobaron por consenso.

ha indicado el Órgano de Apelación de la OMC en referencia a la Comisión[935], la calificación de una decisión colectiva de "elemento auténtico de interpretación" en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), solo se justifica si las partes en el instrumento constitutivo de una organización internacional actuaron como tales y no, como suelen hacer, institucionalmente como miembros del órgano plenario correspondiente[936].

21) El párrafo 2 se refiere a la práctica de una organización internacional más que a la práctica de un órgano de una organización internacional. La práctica de una organización internacional puede provenir del comportamiento de un órgano, pero también puede derivarse del comportamiento de dos o más órganos.

22) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes, que pueden "provenir, o ser expresión, de" la práctica de una organización internacional, pueden estar, a veces, muy estrechamente relacionados con la práctica de la organización como tal. Por ejemplo, en su opinión consultiva relativa a *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia interpretó la expresión "votos afirmativos" del Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas en el sentido de que incluía las abstenciones, basándose principalmente en la práctica del órgano competente de la organización unida al hecho de que en ese momento dicha práctica era "generalmente aceptada" por los Estados Miembros:

> "... las actuaciones del Consejo de Seguridad desde hace tiempo demuestran ampliamente que, en las decisiones de la presidencia y las posiciones adoptadas por los miembros del Consejo, en particular sus miembros permanentes, se ha interpretado de manera continua y uniforme que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente no constituye un impedimento para la aprobación de resoluciones. Este procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad, que se ha mantenido invariable desde la enmienda del Artículo 27 de la Carta en 1965, ha sido generalmente aceptado por los Miembros de las Naciones Unidas y pone de manifiesto una práctica general de esa Organización."[937]

En esta causa, la Corte hizo hincapié tanto en la práctica de uno o más órganos de la organización internacional como en la "aceptación general" de esa práctica por los Estados Miembros, y señaló que la combinación de esos dos elementos constituía una "práctica general de la organización"[938]. La Corte siguió este enfoque en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* al afirmar lo siguiente:

---

[935] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012, párr. 265.

[936] Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), págs. 114 y 115.

[937] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 22.

[938] H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two", *British Yearbook of International Law 1990*, vol. 61, págs. 1 a 133, en especial pág. 76 (donde se señala que "[l]a referencia de la Corte a que se trataba de una práctica 'de' la Organización tenía presumiblemente la intención de aludir, no a una práctica seguida por la Organización como entidad en sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional, sino a una práctica seguida, aprobada o respetada en toda la Organización. Desde esta perspectiva, la práctica […] es más bien un reconocimiento de los demás miembros del Consejo de Seguridad en el momento pertinente, y en realidad de todos los Estados miembros por aceptación tácita, de la validez de esas resoluciones").

> "La Corte estima que la práctica *aceptada* de la Asamblea General, tal como ha evolucionado, es compatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta."[939]

Al hablar de la "práctica aceptada de la Asamblea General"[940], la Corte afirmó de manera implícita que la aquiescencia, en nombre de los Estados Miembros, a la práctica seguida por la organización en la aplicación del tratado permite establecer el acuerdo acerca de la interpretación de la disposición convencional pertinente[941].

23) Partiendo de esta base, es razonable considerar "que la práctica pertinente normalmente será la de aquellos en quienes recae la obligación de actuar"[942], en el sentido de que "cuando, mediante un tratado, los Estados encomiendan actividades a una organización, la forma en que se llevan a cabo esas actividades puede constituir práctica en virtud del tratado; no obstante, la determinación de si dicha práctica representa el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado puede exigir que se tengan en cuenta otros factores"[943].

24) Así, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a las recomendaciones (no vinculantes) de la Comisión Ballenera Internacional (que es el nombre de una organización internacional establecida por la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena[944] y de uno de sus órganos), y aclaró que, cuando esas recomendaciones son "aprobadas por consenso o por unanimidad, pueden ser pertinentes para la interpretación de la Convención o su Anexo"[945]. No obstante, al mismo tiempo, la Corte hizo una advertencia al señalar lo siguiente:

> "... Australia y Nueva Zelandia exageran la importancia jurídica de las resoluciones y directrices de carácter recomendatorio que invocan. En primer lugar, muchas resoluciones de la Comisión Ballenera Internacional fueron aprobadas sin el apoyo de todos los Estados partes en la Convención y, en particular, sin la anuencia del Japón. Por tanto, esos instrumentos no pueden considerarse un acuerdo ulterior sobre la interpretación del artículo VIII, ni una práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado en el sentido de los apartados a) y b), respectivamente, del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados."[946]

25) Esta advertencia no excluye, no obstante, que una resolución que se haya aprobado sin el apoyo de todos los Estados miembros pueda dar origen, o expresar, la posición o la

---

939 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 150 [sin cursiva en el original].

940 *Ibid*.

941 Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 10 [9], párr. 2, segunda oración, párrs. 13) a 25); Villiger, *Commentary...* (véase la nota 414 *supra*), págs. 431 y 432, párr. 22; J. Arato, "Treaty interpretation and constitutional transformation", *Yale Journal of International Law*, vol. 38, núm. 2 (2013), págs. 289 a 357, en especial pág. 322.

942 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 281.

943 *Ibid.*

944 S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), págs. 37 y 38; A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2005), pág. 411.

945 *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226.

946 *Ibid*., pág. 257, párr. 83.

práctica de algún Estado miembro en la aplicación del tratado que pueda tenerse en cuenta en el sentido del artículo 32[947].

La propia práctica de una organización internacional

26) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 12 [11] se refiere a otra forma de práctica que puede ser pertinente para la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional, a saber, la práctica de la organización *como tal*, es decir, su "propia práctica", que hay que distinguir de la práctica de los Estados miembros. En algunos casos, la Corte Internacional de Justicia ha tenido en cuenta la práctica de una organización internacional en la interpretación de los instrumentos constitutivos sin referirse a la práctica o la aceptación de los Estados miembros de la organización. En particular, la Corte ha señalado en relación con las organizaciones internacionales que "su propia práctica [...] puede merecer especial atención" en el proceso de interpretación[948].

27) Por ejemplo, en su opinión consultiva relativa a la *Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, la Corte señaló:

> "... los órganos a los que el Artículo 4 confía la decisión de la Organización en materia de admisión han reconocido de manera constante que la admisión [por la Asamblea General] solo puede concederse sobre la base de una recomendación del Consejo [de Seguridad]."[949]

28) De manera análoga, en la causa relativa a la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, la Corte se refirió a los actos de los órganos de la Organización cuando mencionó la práctica de "las Naciones Unidas":

> "... en la práctica, según la información proporcionada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de confiar misiones cada vez más variadas a personas que no tienen la condición de funcionarios de la Organización. [...] En todos esos casos, se desprende de la práctica de las Naciones Unidas que las personas así designadas, y en particular los miembros de esos comités o comisiones, han sido consideradas peritos en misión en el sentido de la sección 22."[950]

29) En su opinión consultiva relativa a la *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a "la práctica seguida por la propia Organización en el cumplimiento de la Convención" como medio de interpretación[951].

---

[947] Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 149 (donde se hace referencia a la resolución 1600 (XV) de la Asamblea General, de 15 de abril de 1961 (aprobada por 60 votos contra 16 y 23 abstenciones, en particular de la Unión Soviética y otros Estados de Europa Oriental) y la resolución 1913 (XVIII), de 13 de diciembre de 1963 (aprobada por 91 votos contra 2 (España y Portugal)).

[948] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 74; véase también D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* (París, Pedone, 1981), págs. 379 a 384.

[949] *Competence of the General Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 9.

[950] *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, págs. 177 y ss., en especial pág. 194, párr. 48.

[951] *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 150 y ss., en especial pág. 169.

30) En su opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la Corte explicó el motivo por el que la práctica de una organización internacional, como tal, incluida la de un órgano en particular, puede ser pertinente para la interpretación de su instrumento constitutivo:

> "No se aceptaron las propuestas que se hicieron durante la redacción de la Carta de atribuir la máxima autoridad para su interpretación a la Corte Internacional de Justicia; la opinión que la Corte está emitiendo es una opinión consultiva. Por consiguiente, conforme a lo previsto en 1945, cada órgano debe, por lo menos en primer lugar, determinar su propia competencia. Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad aprueba una resolución con el objeto declarado de mantener la paz y la seguridad internacionales, y si, con arreglo al mandato o la autorización de dicha resolución, el Secretario General contrae obligaciones financieras, es de presumir que las sumas referidas constituyen 'gastos de la Organización'."[952]

31) Muchas organizaciones internacionales comparten la característica de no prever una "autoridad última de interpretación" de su instrumento constitutivo. Por consiguiente, en la actualidad, la conclusión extraída por la Corte de esa circunstancia ha sido generalmente aceptada como aplicable a las organizaciones internacionales en general[953]. En la opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos*, la identificación de una presunción derivada de la práctica de una organización internacional, incluida la de uno o varios de sus órganos, es una manera de reconocer dicha práctica como medio de interpretación[954].

32) Aunque generalmente se reconoce que la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales mediante la práctica de sus órganos constituye un medio de interpretación pertinente[955], existen ciertas discrepancias en la doctrina en cuanto a la manera de explicar la pertinencia, a efectos de la interpretación, de la "propia práctica" de una organización internacional en relación con las reglas de interpretación de la Convención de Viena[956]. Esa práctica puede, como mínimo, concebirse

---

952 *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 168.

953 Véase J. Klabbers, *An Introduction to Institutional Law*, 2ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), pág. 90; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), pág. 25; J. E. Álvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2006), pág. 80; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties…* (véase la nota 900 *supra*), págs. 224 y 225.

954 Véase Lauterpacht, "The development of the law of international organization…" (nota 779 *supra*), pág. 460; N. M. Blokker, "Beyond 'Dili': on the powers and practice of international organizations", en *State, Sovereignty, and International Governance*, G. Kreijen (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2002), págs. 299 a 322, en especial págs. 312 a 318.

955 C. Brölmann, "Specialized rules of treaty interpretation: international organizations", en Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (véase la nota 797 *supra*), págs. 507 a 534, en especial págs. 520 y 521; S. Kadelbach, "The interpretation of the Charter", en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3ª ed., B. Simma y otros (eds.), (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 71 y ss., en especial pág. 80; Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), págs. 127 y 281.

956 Gardiner, *Treaty Interpretation* (véase la nota 392 *supra*), pág. 282; Schermers y Blokker, *International Institutional Law* (véase la nota 933 *supra*), pág. 844; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 187; Klabbers, *An Introduction to Institutional Law* (véase la nota 953 *supra*), págs. 89 y 90; véase también *Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, 22 de noviembre de 2002, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXIII (núm. de venta: E/F.04.V.15), págs. 183 a 251, en especial pág. 224, párr. 145.

como un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32[957]. Al referirse a los actos de organizaciones internacionales que se aprobaron con la oposición de algunos Estados miembros[958], la Corte ha reconocido que tales actos pueden constituir práctica a los efectos de la interpretación, si bien generalmente no una práctica (de mayor peso) que haga constar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación, que entraría en los supuestos del artículo 31, párrafo 3. No obstante, los autores suelen coincidir en que la práctica de una organización internacional, como tal, a menudo también será relevante para aclarar el sentido corriente que se da a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin[959].

33) La Comisión ha confirmado, en su comentario al proyecto de conclusión 2 [1], que determinados casos de práctica ulterior y acuerdos ulteriores han contribuido, o no, a la determinación del sentido corriente de los términos en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado[960]. Esas consideraciones también son relevantes respecto de la práctica de una organización internacional propiamente dicha.

34) Así pues, la posible pertinencia de la "propia práctica" de una organización internacional puede derivarse de los artículos 31, párrafo 1, y 32 de la Convención de Viena de 1969. Esas reglas permiten, en particular, tener en cuenta la práctica de la organización propiamente dicha, incluida la de uno o varios de sus órganos, como pertinente para la determinación del objeto y el fin del tratado, incluida la función de la organización internacional de que se trate, en el sentido del artículo 31, párrafo 1[961].

35) Así pues, el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 permite la aplicación de las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32 de modo que se tenga en cuenta la práctica de una organización internacional para la interpretación de su instrumento

[957] La Comisión tal vez reconsidere, en una segunda lectura, la definición de "otra práctica ulterior" que figura en los proyectos de conclusión 2 [1], párrafo 4, y 4, párrafo 3, para aclarar si la práctica de una organización internacional como tal debe incluirse en esa categoría, que, hasta ahora, se limita a la práctica de las partes; véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), cap. IV, págs. 11 y 12.

[958] Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 149 (donde se hace referencia a la resolución 1600 (XV) de la Asamblea General, de 15 de abril de 1961 (aprobada por 60 votos contra 16 y 23 abstenciones, en particular de la Unión Soviética y otros Estados de Europa Oriental) y la resolución 1913 (XVIII), de 13 de diciembre de 1963 (aprobada por 91 votos contra 2 (España y Portugal)).

[959] La Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión "... fines y funciones establecidos o implícitos en sus documentos constitutivos y desarrollados en la práctica", *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 180.

[960] Véase el párrafo 15) del comentario del proyecto de conclusión 1 y la nota 429 *supra*; véase también, en particular, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial págs. 306 y 307, párr. 67.

[961] Véase *South-West Africa – Voting Procedure*, opinión consultiva de 7 de junio de 1955, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 67, opinión separada del Magistrado Lauterpacht, pág. 106 ("... [l]a interpretación adecuada de un instrumento constitucional debe tener en cuenta no solo el sentido estrictamente literal del instrumento original, sino también su funcionamiento efectivo en la práctica y a la luz de las tendencias observadas en la vida de la Organización").

constitutivo, tomando en consideración también su carácter institucional[962]. Esos elementos pueden contribuir de ese modo a determinar si el sentido de una disposición de un instrumento constitutivo de una organización internacional es susceptible de evolucionar con el tiempo, y, de ser así, de qué manera[963].

36) El párrafo 3, al igual que el párrafo 2, se refiere a la práctica de una organización internacional en su conjunto más que a la práctica de un órgano de la organización internacional. La práctica de una organización internacional determinada puede surgir del comportamiento de un órgano, pero también puede dimanar del comportamiento de dos o más órganos[964]. Se entiende que la práctica de una organización internacional solo puede ser pertinente para la interpretación de su instrumento constitutivo si esa organización es competente, pues es un requisito general que las organizaciones internacionales no actúen *ultra vires*[965].

37) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 12 [11] se basa en el proyecto de conclusión 5, que se refiere a la "práctica ulterior" de las partes en un tratado en la aplicación de ese instrumento, según se define en el proyecto de conclusión 4. El proyecto de conclusión 5 no implica que la práctica de una organización internacional, como tal, en la aplicación de su instrumento constitutivo no pueda ser una práctica pertinente en el sentido de los artículos 31 y 32[966].

Párrafo 4 – sin perjuicio de las "normas [...] de la organización"

38) El párrafo 4 del proyecto de conclusión 12 [11] refleja el artículo 5 de la Convención de Viena y su enunciado se inspira en ese artículo. El párrafo se aplica a los supuestos a que se refieren los párrafos 1 a 3 y asegura que las normas mencionadas en ellos sean aplicables, se interpreten y se apliquen "sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización". La expresión "normas [...] de la organización" ha de entenderse de la misma manera que en el artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena de 1986 y en el artículo 2 b), de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011.

---

962 Los autores debaten si el carácter institucional específico de algunas organizaciones internacionales, junto con los principios y valores consagrados en sus instrumentos constitutivos, también podrían dar lugar a una interpretación "constitucional" de tales instrumentos inspirada en el derecho constitucional nacional; véase, por ejemplo, J. E. Álvarez, "Constitutional interpretation in international organizations", en *The Legitimacy of International Organizations*, J.-M. Coicaud y V. Heiskanen (eds.) (Tokio, United Nations University Press, 2001), págs. 104 a 154; A. Peters, "L'acte constitutif de l'organisation internationale", en E. Lagrange y J.-M. Sorel (eds.), *Droit des organisations internationales* (París, LGDJ, 2013), págs. 216 a 218; M. Wood, "'Constitutionalization' of International Law: A Sceptical Voice", en *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, K. H. Kaikobad y M. Bohlinder (eds.) (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2009), págs. 85 a 97.

963 *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 31 y 32, párr. 53; véase también el proyecto de conclusión 8 [3] y el comentario correspondiente, párrs. 24) a 30); Dörr, "Article 31..." (véase la nota 439 *supra*), pág. 537, párr. 31; Schmalenbach, "Art. 5" (nota 901 *supra*), pág. 92, párr. 7.

964 Véase Dörr (nota 439 *supra*), párr. 21.

965 *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 168 ("[p]ero cuando la Organización toma medidas de las que puede afirmarse justificadamente que son apropiadas para la realización de uno de los propósitos de las Naciones Unidas, cabe presumir que esa acción no rebasa las facultades de la Organización").

966 Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 5, párr. 14). No obstante, la Comisión podrá, en su caso, volver a examinar la formulación del proyecto de conclusión 5 a la luz del proyecto de conclusión 12 [11] a fin de aclarar su relación. Véase también la nota 957 *supra*.

39) En su comentario general al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011, la Comisión señaló:

> "Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas."[967]

40) Del párrafo 4 se desprende, entre otras cosas, que unas "normas pertinentes" de interpretación más específicas enunciadas en el instrumento constitutivo de una organización internacional podrán prevalecer sobre las normas generales de interpretación previstas en la Convención de Viena de 1969[968]. Si, por ejemplo, el instrumento constitutivo contiene una cláusula según la cual la interpretación del instrumento está sujeta a un procedimiento especial, ha de presumirse que las partes, al llegar a un acuerdo con posterioridad a la celebración del tratado, no desean eludir ese procedimiento mediante un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a). No obstante, el procedimiento especial a que se refiere el tratado y un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), pueden ser compatibles si "tienen diferentes funciones y producen efectos jurídicos distintos"[969]. Pocos instrumentos constitutivos contienen normas explícitas de procedimiento o de fondo relativas a su interpretación[970]. No es necesario que se enuncien expresamente en el instrumento constitutivo "normas pertinentes" específicas de interpretación; también pueden estar implícitas en él o dimanar de la "práctica establecida de la organización"[971]. El alcance del término "práctica establecida de la organización" es más reducido que el de "práctica de la organización" como tal.

41) Como señaló la Comisión en el comentario del artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena de 1986, el peso de una práctica específica de una organización puede depender de las reglas y características particulares de esa organización, conforme a lo expresado en su instrumento constitutivo:

> "La mayoría de las organizaciones internacionales, en efecto, crean al cabo de unos años una práctica que forma parte integrante de las reglas de la organización.

---

967 Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, comentario general, párr. 7) (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63er período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. V, pág. 75, párr. 88).

968 Véase, por ejemplo, Klabbers, *An Introduction to Institutional Law* (nota 953 *supra*), pág. 88; Schmalenbach, "Art. 5" (nota 901 *supra*), pág. 89, párr. 1, y pág. 96, párr. 15; Brölmann, "Specialized rules of treaty interpretation…" (nota 955 *supra*), pág. 522; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), pág. 538, párr. 32.

969 Informe del Órgano de Apelación de la OMC, Estados *Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012, párrs. 252 a 257.

970 La mayoría de las denominadas cláusulas de interpretación determinan qué órgano es la autoridad competente para interpretar el tratado o algunas de sus disposiciones, pero no formulan normas específicas "sobre" la propia interpretación, véase C. Fernández de Casadevante y Romaní, *Sovereignty and Interpretation of International Norms* (Berlín/Heidelberg, Springer, 2007), págs. 26 y 27; Dörr, "Article 31…" (véase la nota 439 *supra*), pág. 537, párr. 32.

971 Véanse la Convención de Viena de 1986, art. 2, párr. 1 j), y el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, art. 2 b), Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63er período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. V, secc. E, párr. 87; C. Peters, "Subsequent practice and established practice of international organizations", *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), págs. 617 a 642.

Pero el hecho de que se mencione la práctica no significa en absoluto que esta tenga en todas las organizaciones la misma importancia, sino que, por el contrario, cada organización presenta a este respecto sus caracteres propios."[972]

42) En ese sentido, la "práctica establecida de la organización" también puede ser un medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. El artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena de 1986 y el artículo 2 b) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[973] reconocen la "práctica establecida de la organización" como una "regla de la organización". Esa práctica puede producir efectos jurídicos distintos en diferentes organizaciones, y no siempre está claro si esos efectos deben explicarse atendiendo principalmente a las fuentes tradicionales del derecho internacional (el tratado o la costumbre) o al derecho institucional[974]. No obstante, aunque sea difícil hacer afirmaciones generales, es evidente que la "práctica establecida de la organización" suele abarcar una forma específica de práctica[975], que, por lo general, ha sido aceptada por los miembros de la organización, si bien a veces de forma tácita[976].

Conclusión 13 [12]
Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de los tratados

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

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

---

[972] *Anuario..., 1982*, vol. II (segunda parte), cap. II, pág. 22, comentario del proyecto de artículo 2, párr. 1 j), párr. 25).

[973] Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63er período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. V, pág. 55.

[974] Véase Higgins, "The Development of international law…" (nota 927 *supra*), pág. 121 ("... los aspectos de la interpretación de los tratados y la práctica consuetudinaria en esta esfera están estrechamente vinculados"); Peters, "Subsequent practice…" (nota 971 *supra*), págs. 630 y 631 ("... debería considerarse una especie de derecho internacional consuetudinario de la organización"); no es convincente limitar la "práctica establecida de la organización" a las denominadas normas internas ya que, según la Comisión, "habría sido dificil referirse al 'derecho interno' de una organización, porque ese derecho, si bien tiene un aspecto interno, desde otros puntos de vista tiene un aspecto internacional", *Anuario…, 1982*, vol. II (segunda parte), cap. II, pág. 22, comentario del artículo 2, párr. 1) j), párr. 25); Schermers y Blokker, *International Institutional Law* (nota 933 *supra*), pág. 766; en cambio, véase C. Ahlborn, "The rules of international organizations and the law of international responsibility", *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), págs. 397 a 482, en especial págs. 424 a 428.

[975] Blokker, "Beyond 'Dili'..." (véase la nota 954 *supra*), pág. 312.

[976] Lauterpacht, "The development of the law of international organization…" (nota 779 *supra*), pág. 464 ("... consentimiento del conjunto de los miembros"); Higgins, "The Development of international law…" (nota 927 *supra*), pág. 121 ("tal vez el grado de duración y de aquiescencia en este supuesto pueda ser menos marcado que en otros casos, porque no cabe duda de que los órganos de las Naciones Unidas tienen autoridad inicial para adoptar esas decisiones [con respecto a su propia jurisdicción y competencia]"); Peters, "Subsequent practice and established practice…" (nota 971 *supra*), págs. 633 a 641.

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

4. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la contribución que el pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado pueda hacer de otro modo a la interpretación de un tratado.

Comentario

Párrafo 1 – definición de la expresión "órgano de expertos creado en virtud de un tratado"

1) Algunos tratados establecen órganos, integrados por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que tienen encomendada la tarea de vigilar o contribuir de otra forma a la aplicación de esos tratados. Ejemplos de este tipo de órganos de expertos creados en virtud de un tratado son los comités constituidos de conformidad con diversos tratados de derechos humanos de carácter universal[977] como, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[978], el Comité de Derechos Humanos[979], el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[980], el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[981], el Comité de los Derechos del Niño[982] y el Comité contra la Tortura[983]. Otros órganos de expertos creados en virtud de un tratado son la Comisión de Límites de la Plataforma Continental establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[984], el Comité de Cumplimiento de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus)[985] y la Junta Internacional de

[977] Véase Nigel Rodley, "The role and impact of treaty bodies", en *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, D. Shelton (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 621 a 641, en especial págs. 622 y 623.

[978] Arts. 8 a 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 7 de marzo de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, núm. 9464, pág. 195.

[979] Arts. 28 a 45 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), *ibid*., vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

[980] Arts. 17 a 22 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), *ibid.*, vol. 1249, núm. 20378, pág. 13.

[981] Arts. 34 a 39 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), *ibid*., vol. 2515, núm. 44910, pág. 3.

[982] Arts. 43 a 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), *ibid*., vol. 1577, núm. 27531, pág. 3.

[983] Arts. 17 a 24 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), *ibid*., vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.

[984] La Comisión de Límites de la Plataforma Continental fue establecida de conformidad con el art. 76, párr. 8, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el anexo II de la Convención (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3.

[985] El Comité de Cumplimiento de la Convención de Aarhus fue constituido de conformidad con el artículo 15 de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Aarhus (Dinamarca) 25 de junio de 1998), *ibid.*, vol. 2161, núm. 37770, pág. 447, y la decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento, adoptada en la primera reunión de las partes en 2002 (ECE/MP.PP/2/Add.8).

Fiscalización de Estupefacientes creada de acuerdo con la Convención Única sobre Estupefacientes[986].

2) El párrafo 1 define la expresión "órgano de expertos creado en virtud de un tratado" únicamente "[a] los efectos del presente proyecto de conclusiones". El proyecto de conclusión no pretende en modo alguno pronunciarse sobre el estatus de esos órganos y las posibles repercusiones jurídicas de sus actos a otros efectos.

3) Por la expresión "que desempeñan sus funciones a título personal" se entiende que los miembros de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no están sujetos a las instrucciones de los Gobiernos cuando actúan como tales[987]. El proyecto de conclusión 13 [12] no se ocupa de los órganos integrados por representantes de los Estados. El producto de la labor de un órgano integrado por representantes de los Estados que no sea un órgano de una organización internacional constituye una forma de práctica de dichos Estados que, así, actúan colectivamente en ese marco[988].

4) El proyecto de conclusión 13 [12] tampoco se aplica en términos similares a los órganos de expertos que son órganos de una organización internacional[989]. El producto de la labor de un órgano de expertos que es un órgano de una organización internacional se atribuye, en primer lugar, a la organización[990]. Se ha excluido a los órganos de expertos que son órganos de las organizaciones internacionales del ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 13 [12] por motivos formales, habida cuenta de que el presente proyecto de conclusiones no se centra en la pertinencia de las reglas de interpretación de la Convención de Viena, lo cual no excluye que el contenido del presente proyecto de conclusión pueda aplicarse, *mutatis mutandis*, a los pronunciamientos de órganos de expertos independientes que sean órganos de organizaciones internacionales.

5) Por la expresión "establecido en virtud de un tratado" se entiende que la creación o la competencia de un órgano de expertos determinado han sido establecidas en virtud de un tratado. En la mayoría de casos, está claro si se cumplen esas condiciones, pero también

---

986 La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes fue creada en virtud del art. 5 de la Convención Única sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 520, núm. 7515, pág. 151.

987 Véase, por ejemplo, el art. 28, párr. 3, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; véase también Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2014), pág. 219.

988 Esto es así, en particular, en el caso de las decisiones de las conferencias de Estados partes; véase el proyecto de conclusión 12 [11].

989 La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) representa un importante ejemplo de órgano de expertos con carácter de órgano de una organización internacional. Se creó en 1926 para examinar los informes gubernamentales sobre los convenios ratificados. Está integrada por 20 juristas eminentes procedentes de diferentes regiones geográficas, ordenamientos jurídicos y culturas, que son nombrados por el Consejo de Administración de la OIT por períodos de tres años; véase www.ilo.org y la información facilitada por la OIT a la Comisión; puede consultarse en el sitio web de la Comisión de Derecho Internacional en http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml.

990 El art. 6, párr. 1, de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo (para los comentarios correspondientes, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. V, secc. E); el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria es un ejemplo de órgano de expertos que desempeñan sus funciones a título personal con mandato del Consejo de Derechos Humanos en virtud de su resolución 24/7, de 26 de septiembre de 2013, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 53* (A/68/53/Add.1). Al tratarse de un órgano subsidiario del Consejo, no es un órgano de expertos creado en virtud de un tratado en el sentido del proyecto de conclusión 13 [12]; véase www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx.

puede haber casos dudosos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano creado por una resolución de una organización internacional[991], pero al que posteriormente le fue atribuida competencia para "examinar" determinadas "comunicaciones" por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[992]. Este órgano es un órgano de expertos creado en virtud de un tratado en el sentido del proyecto de conclusión 13 [12] en la medida en que un tratado prevé que el Comité ejerza determinadas competencias. Otro caso dudoso es el del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, cuya creación, en virtud de una decisión de la Conferencia de las Partes, está prevista implícitamente en el artículo 18 del Protocolo[993].

Párrafo 2 – primacía de las normas del tratado

6) Los tratados emplean diversos términos para designar las resoluciones de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado, como "observaciones"[994], "recomendaciones"[995], "comentarios"[996], "medidas"[997] y "medidas correctivas"[998]. El proyecto de conclusión 13 [12] utiliza, a los efectos del presente proyecto de conclusiones, el término general "pronunciamientos"[999], que abarca todas las resoluciones pertinentes de

[991] Consejo Económico y Social, resolución 1987/5, de 26 de mayo de 1987 (E/C.12/1989/4), párr. 9.

[992] Arts. 1 a 15 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que figura en el anexo de la resolución 63/117 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2008.

[993] El Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162) fue creado en virtud del art. 18 del Protocolo y la decisión 24/CP.7 sobre procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo Kyoto, aprobada por la Conferencia de las Partes en su séptimo período de sesiones (FCCC/CP/2001/13/Add.3).

[994] Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 42, párr. 7 c); el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5, párr. 4; y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9, párr. 1.

[995] Véase la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 9, párr. 2; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 21, párr. 1; la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 29 de noviembre de 1989) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3), art. 45 d); la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006) (*ibid.*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3), art. 33, párr. 5; y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre 1982) (*ibid.*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3), art. 76, párr. 8.

[996] Véase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 19, párr. 3; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40, párr. 4; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, núm. 39481, pág. 3), art. 74.

[997] Decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento (véase la nota 985 *supra*), secc. XI, párr. 36, y secc. XII, párr. 37; Convención Única sobre Estupefacientes, art. 14.

[998] Decisión 24/CP.7 sobre procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo Kyoto (véase la nota 993 *supra*), anexo, secc. XV.

[999] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), cap. III, párr. 26 b); véase también "Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies", Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 540 *supra*), pág. 5, párr. 15; y Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), "Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts" (CDL-AD(2014)036), aprobado por la Comisión de Venecia en su 100ª sesión plenaria (Roma, 10 y 11 de octubre de 2014), pág. 31, párr. 78.

los órganos de expertos creados en virtud de un tratado. Existen otros términos generales empleados para determinados órganos como son "jurisprudencia"[1000] y "conclusiones"[1001].

7) El párrafo 2 sirve para poner de relieve que cualquier posible efecto jurídico del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado depende, ante todo, de las normas específicas del propio tratado aplicable. Por tanto, los posibles efectos jurídicos pueden ser muy variados y han de determinarse aplicando las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en la Convención de Viena. El sentido corriente del término mediante el que un tratado designa una forma particular de pronunciamiento, o su contexto, suele dar una indicación clara de que esos pronunciamientos no son jurídicamente vinculantes[1002]. Así sucede, por ejemplo, con los términos "observaciones" (artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), "sugerencias y recomendaciones" (artículo 14, párrafo 8, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial) y "recomendaciones" (artículo 76, párrafo 8, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

8) No es necesario, a los presentes efectos, describir en detalle las competencias de los diferentes órganos de expertos creados en virtud de tratados. Por ejemplo, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos suelen aprobarse en respuesta a informes de los Estados (como las "observaciones finales"), en respuesta a comunicaciones individuales (como los "dictámenes") o en relación con la aplicación o interpretación de los respectivos tratados en general (como las

[1000] Véanse *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párr. 66; Rodley, "The role and impact of treaty bodies" (nota 977 *supra*), pág. 640; *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2ª ed., A. Andrusevych, T. Alge y C. Konrad (eds.) (Lviv, Resource and Analysis Center "Society and Environment", 2011); y "Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date"; puede consultarse en www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf (acceso el 8 de julio de 2016).

[1001] R. Van Alebeek y A. Nollkaemper, "The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law", en *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, H. Keller y L. Grover (eds.) (Cambridge (Reino Unido) Cambridge University Press, 2012), págs. 356 a 413, en especial pág. 402; Rodley, "The role and impact of treaty bodies" (véase la nota 977 *supra*), pág. 639; K. Mechlem, "Treaty bodies and the interpretation of human rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), págs. 905 a 947, en especial pág. 908.

[1002] Así se suele aceptar por regla general en la doctrina; véase Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 540 *supra*), pág. 5, párr. 18; Rodley, "The role and impact of treaty bodies" (véase la nota 977 *supra*), pág. 639; Tomuschat, *Human Rights…* (nota 987 *supra*), págs. 233 y 267; D. Shelton, "The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies" en *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, H. P. Hestermeyer y otros (eds.) (Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012), págs. 553 a 575, en especial pág. 559; H. Keller y L. Grover, "General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy", en Keller y Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies…* (véase la nota 1001 *supra*), págs. 116 a 198, en especial pág. 129; y Comisión de Venecia, "Report on the implementation of international human rights treaties…" (nota 999 *supra*), pág. 30, párr. 76; para el término "determinar" en el art. 18 del Protocolo de Kyoto y la decisión 24/CP.7, véase G. Ulfstein y J. Werksmann, "The Kyoto compliance system: towards hard enforcement", en *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, O. S. Stokke, J. Hovi y G. Ulfstein (eds.) (Londres, Fridtjof Nansen Institut, 2005), págs. 39 a 62, en especial págs. 55 y 56.

"observaciones generales")[1003]. Si bien tales pronunciamientos se rigen por distintas disposiciones específicas del tratado que determinan principalmente sus efectos jurídicos, a menudo interpretan, explícita o implícitamente, el tratado de una manera que plantea algunas cuestiones generales que el proyecto de conclusión 13 [12] trata de abordar[1004].

Párrafo 3, primera oración – "puede dar lugar o referirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior"

9) Un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no puede, de por sí, constituir una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), ya que dicha disposición exige una práctica ulterior de las partes por la cual conste su acuerdo acerca de la interpretación del tratado. Ello se ha visto confirmado, por ejemplo, por la reacción a un proyecto de propuesta del Comité de Derechos Humanos, según el cual su propio "cuerpo general de jurisprudencia", o la aquiescencia de los Estados a esa jurisprudencia, constituiría una práctica ulterior con arreglo al artículo 31, párrafo 3 b). El Comité de Derechos Humanos proponía lo siguiente:

> "En relación con el cuerpo general de jurisprudencia generado por el Comité, cabe considerar que constituye la 'práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado' en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o bien que la aquiescencia de los Estados partes en esos pronunciamientos constituye dicha práctica."[1005]

10) Ante las críticas de algunos Estados hacia esta propuesta[1006], el Comité la abandonó y aprobó su observación general núm. 33 sin hacer referencia al artículo 31, párrafo 3 b)[1007]. Esto confirma que los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados no pueden, en sí mismos, constituir una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b).

11) No obstante, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados pueden dar lugar o referirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación del tratado de

---

[1003] W. Kälin, "Examination of state reports", en Keller y Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies…* (véase la nota 1001 *supra*), págs. 16 a 72; G. Ulfstein, "Individual complaints", *ibid.*, págs. 73 a 115; Mechlem, "Treaty bodies…" (véase la nota 1001 *supra*), págs. 922 a 930; el fundamento jurídico de las observaciones generales relativas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el art. 40, párr. 4, de dicho Pacto, pero esta práctica también ha sido generalmente aceptada en relación con otros órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, véase Keller y Grover, "General comments…" (nota 1002 *supra*), págs. 127 y 128.

[1004] Por ejemplo, Rodley, "The role and impact of treaty bodies" (véase la nota 977 *supra*), pág. 639; Shelton, "The legal status of normative pronouncements…" (véase la nota 1002 *supra*), págs. 574 y 575; A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), pág. 155.

[1005] Proyecto de observación general núm. 33 (Las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (segunda versión revisada de 18 de agosto de 2008) (CCPR/C/GC/33/CRP.3), 25 de agosto de 2008, párr. 17; esta posición también ha sido planteada por varios autores: véase Keller y Grover, "General comments…" (nota 1002 *supra*), págs. 130 a 132, con referencias adicionales.

[1006] Véanse, por ejemplo, los Comentarios de los Estados Unidos de América sobre el proyecto de observación general núm. 33 del Comité de Derechos Humanos sobre las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de octubre de 2008, párr. 17. Pueden consultarse en www.state.gov/documents/organization/138851.pdf (consultado el 8 de julio de 2016).

[1007] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/64/40), vol. I, anexo V.

conformidad con el artículo 31, párrafo 3 a) o b). Esta posibilidad ha sido reconocida por los Estados[1008], la Comisión[1009] y también la Asociación de Derecho Internacional[1010], así como por un considerable número de autores[1011]. No hay, de hecho, ninguna razón para que un acuerdo ulterior entre las partes, o una práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las propias partes acerca de la interpretación de un tratado, no pueda derivarse de un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado o ser objeto de referencia en él.

12) Aunque un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede, en principio, dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las propias partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), no es fácil lograr ese resultado en la práctica. La mayoría de los tratados que establecen órganos de expertos de carácter universal tienen muchas partes y a menudo será difícil establecer que todas las partes han acordado, explícita o implícitamente, que un pronunciamiento concreto de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado expresa una interpretación concreta del tratado.

13) Una posible forma de identificar un acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado reflejada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado es examinar las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales y las conferencias de Estados partes. En particular, las resoluciones de la Asamblea General pueden referirse explícita o implícitamente a pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados. Así ocurre, por ejemplo, con dos resoluciones de la Asamblea General sobre la "protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo"[1012], que se refieren expresamente a la observación general núm. 29 (2001) del Comité de Derechos Humanos sobre la suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción[1013]. En ambas resoluciones se reafirma la obligación de los Estados, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de respetar el carácter inderogable de ciertos derechos en toda circunstancia y se subraya la naturaleza "excepcional y temporal" de las derogaciones utilizando los mismos términos empleados en la observación general núm. 29 al interpretar y, con ello, especificar, la obligación que incumbe a los Estados en virtud del artículo 4 del Pacto[1014]. Esas resoluciones fueron aprobadas sin votación por la Asamblea General y, por tanto, reflejarían un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) o b), si el consenso constituyó la aceptación por todas las partes de la interpretación contenida en el pronunciamiento[1015].

1008 Véase, por ejemplo, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, Acta resumida de la 22ª sesión (A/C.6/70/SR.22), 6 de noviembre de 2015, párr. 46 (Estados Unidos: "... las reacciones de los Estados partes a los pronunciamientos o las actividades de un órgano creado en virtud de un tratado pueden, en algunas circunstancias, constituir una práctica ulterior (de esos Estados) a los efectos del artículo 31, párrafo 3").

1009 Véase el párr. 11) del comentario del proyecto de conclusión 3 [2].

1010 Véase Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 540 *supra*), pág. 6, párr. 21.

1011 Véanse Mechlem, "Treaty bodies…" (nota 1001 *supra*), págs. 920 y 921; B. Schlütter, "Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies", en Keller y Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies…* (nota 1001 *supra*), págs. 289 y 290; Ulfstein y Werksmann, "The Kyoto compliance system…" (nota 1002 *supra*), pág. 96.

1012 Resoluciones de la Asamblea General 65/221, de 21 de diciembre de 2010, párr. 5, nota 8, y 68/178, de 18 de diciembre de 2013, párr. 5, nota 8.

1013 Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/56/40), vol. I, anexo VI.

1014 *Ibid*., párr. 2.

1015 Véase el proyecto de conclusión 11 [10], párr. 3, y el comentario correspondiente.

14) El pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 15 (2002), con arreglo al cual los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el derecho humano al agua[1016], constituye otro ejemplo de la forma en que puede llegarse a un acuerdo de las partes. Después de un debate de varios años, la Asamblea General aprobó, el 17 de diciembre de 2015, una resolución sin votación en la que se define el derecho humano al agua potable con las palabras que empleó el Comité en su observación general núm. 15 para interpretar ese derecho[1017]. Esa resolución puede referirse a un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) o b), dependiendo de si el consenso constituyó la aceptación por todas las partes de la interpretación que figura en el pronunciamiento[1018].

15) Otras resoluciones de la Asamblea General se refieren explícitamente a pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados[1019] o exhortan a los Estados a que tengan en cuenta las recomendaciones, observaciones y comentarios generales de los órganos de tratados pertinentes para el tema sobre la aplicación de los correspondientes tratados[1020]. Lo mismo puede ocurrir con las resoluciones de las conferencias de Estados partes, como en el caso de las recomendaciones del Comité de Cumplimiento de la Convención de Aarhus[1021]. No obstante, es preciso abordar esas resoluciones con cautela antes de llegar a ninguna conclusión en cuanto a si implican un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) o b).

[1016] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 15 (2002), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2003, Suplemento núm. 2* (E/2003/22-E/C.12/2002/13), anexo IV, párr. 2. ("El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico").

[1017] Resolución 70/169 de la Asamblea General, de 17 de diciembre 2015, en la que se recuerda la observación general núm. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua (véase la nota 1016 *supra*) y se utilizan los mismos términos: "Reconoce que, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico" (párr. 2).

[1018] Véanse el proyecto de conclusión 11 [10], párr. 3, y el comentario correspondiente, párrs. 31) a 38); en el caso de la resolución 70/169 sobre el derecho al agua (véase la nota 1017 *supra*) "... los Estados Unidos se desvincula[ron] del consenso acerca del párrafo 2 basándose en que el texto utilizado para definir el derecho al agua y el saneamiento se basa[ba] únicamente en las opiniones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Relator Especial, y no aparec[ía] en ningún acuerdo internacional ni refleja[ba] ningún consenso internacional" (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Tercera Comisión, 55ª sesión* (A/C.3/70/SR.55), 24 de noviembre de 2015, párr. 144). No está del todo claro si con ello los Estados Unidos simplemente deseaban reiterar su posición de que la resolución no reconocía un efecto particular del pronunciamiento del Comité, o si discrepaban del contenido de la definición.

[1019] Véase la resolución 69/166 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2014, aprobada sin votación, donde se recuerda la observación general núm. 16 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a la intimidad, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y reputación (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/43/40), anexo VI).

[1020] Véanse las resoluciones de la Asamblea General 69/157, de 18 de diciembre de 2014, aprobada sin votación, y 68/147, de 18 de diciembre de 2013, aprobada sin votación.

[1021] Decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento (véase la nota 985 *supra*), anexo, seccs. III y XII, párr. 37; V. Koester, "The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)", en *Making Treaties Work, Human Rights, Environment and Arms Control*, G. Ulfstein y otros (eds.) (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2007), págs. 179 a 217, en especial pág. 203.

16) Incluso si un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no da lugar ni se refiere a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de todas las partes en un tratado, puede ser pertinente para la identificación de otra práctica ulterior por la cual no conste tal acuerdo en el sentido del artículo 32. Por ejemplo, algunas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos se refieren a observaciones generales del Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[1022]. Aun cuando el número de miembros del Consejo es limitado, esas resoluciones pueden ser pertinentes para la interpretación de un tratado como expresión de otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32. Otro ejemplo es el de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes[1023]. Varios Estados han seguido una práctica ulterior en el sentido del artículo 32 al discrepar de las propuestas de la Junta en relación con el establecimiento de las denominadas salas de inyección seguras y otras medidas de reducción de daños[1024], criticando a la Junta por hacer una interpretación demasiado rígida de los convenios sobre drogas y por actuar excediendo el ámbito de su mandato[1025].

17) La primera oración del párrafo 3 limita las formas en que un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede ser pertinente para los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en un tratado mediante el uso de las expresiones "puede dar lugar" y "o referirse a". La expresión "puede dar lugar" designa las situaciones en que primero hay un pronunciamiento y después tiene lugar el posible acuerdo de las partes. En esta situación, el pronunciamiento puede servir de catalizador de la práctica ulterior de los Estados partes. El término "referirse a", en cambio, abarca las situaciones en que la práctica ulterior y el posible acuerdo de las partes son anteriores al pronunciamiento y este solo indica la existencia de ese acuerdo o práctica. En el párrafo 3 se utiliza la palabra "referirse a", en lugar de "reflejar", para dejar claro que ningún acuerdo o práctica ulterior de las partes está comprendido en el propio pronunciamiento. No obstante, este término no exige que el pronunciamiento se refiera de manera explícita a esa práctica o acuerdo ulterior[1026].

Párrafo 3, segunda oración – presunción contra el silencio como aceptación

18) A menudo, un acuerdo de todas las partes en un tratado, o incluso de únicamente una gran parte de ellas, acerca de la interpretación expuesta en un pronunciamiento solo es

[1022] Véanse las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 28/16, de 26 de marzo de 2015, y 28/19, de 27 de marzo de 2015, aprobadas sin votación (Informe del Consejo de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 53* (A/70/53)).

[1023] Véase la nota 986 *supra*.

[1024] Véase *Report of the International Narcotics Control Board for 2009* (E/INCB/2009/1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.10.XI.1), párr. 278; véase también J. Csete y D. Wolfe, "Closed to reason: the International Narcotics Control Board and HIV/AIDS" (Canadian HIV/AIDS Legal Network/International Harm Reduction Development of the Open Society Institute, 2007), págs. 12 a 18.

[1025] D. Barrett, *Unique in International Relations? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies* (Londres, International Harm Reduction Association, 2008), pág. 8.

[1026] Los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos rara vez han intentado identificar concretamente la práctica de las partes con miras a interpretar una determinada disposición de un tratado, véanse ejemplos en G. Nolte, "Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time", en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 210 a 278; Schlütter, "Aspects of human rights interpretation…" (véase la nota 1011 *supra*), pág. 318.

concebible si puede considerarse la falta de objeciones como acuerdo de los Estados partes que han guardado silencio. El proyecto de conclusión 10 [9], 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"[1027]. La segunda oración del párrafo 3 no pretende reconocer una excepción a esta norma general, sino que trata de precisar y aplicar la norma a los casos típicos de pronunciamientos de órganos de expertos.

19) Esto significa, en particular, que generalmente no cabe esperar que los Estados partes adopten una posición con respecto a cada pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado, ya esté dirigido a otro Estado o a todos los Estados en general[1028]. Por otra parte, los Estados partes pueden estar obligados, en virtud del deber de cooperar previsto en determinados tratados, a tener en cuenta el pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado que vaya específicamente dirigido a ellos[1029], o las comunicaciones individuales relativas a su propia conducta[1030], y reaccionar al respecto.

Párrafo 4 – sin perjuicio de otra contribución

20) Además de poder dar lugar o referirse a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior de las propias partes en el sentido de los artículos 31, párrafo 3 a) y b), y 32, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados también pueden contribuir de otro modo a la interpretación de un tratado y, por tanto, ser pertinentes para dicha interpretación. En el párrafo 4 se aborda esta posibilidad mediante una cláusula "sin perjuicio". No obstante, la expresión "de otro modo" no se utiliza porque la Comisión atribuya menos importancia a las contribuciones de órganos de expertos creados en virtud de tratados a la interpretación de un tratado que sean distintas de las descritas en el párrafo 3.

21) La Corte Internacional de Justicia ha confirmado, en particular en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo*, que los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos son pertinentes para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que esos pronunciamientos den lugar o se refieran a un acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3:

> "Desde que fue creado, el Comité de Derechos Humanos ha construido un considerable cuerpo de jurisprudencia interpretativa, en particular mediante sus conclusiones en respuesta a las comunicaciones individuales que pueden presentarse ante él con respecto a los Estados partes en el primer Protocolo facultativo, así como mediante sus 'observaciones generales'.

[1027] Véase el proyecto de conclusión 10 [9], párr. 2.

[1028] Véase Ulfstein y Werksmann, "The Kyoto compliance system…" (nota 1002 *supra*), pág. 97; Van Alebeek y Nollkaemper, "The legal status of decisions by human rights treaty bodies…" (nota 1001 *supra*), pág. 410.

[1029] Como los pronunciamientos acerca de la validez de una reserva que hayan formulado, véanse la directriz 3.2.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados y el párr. 3) del comentario correspondiente, aprobados por la Comisión en 2011, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10/Add.1).

[1030] C. Tomuschat, "Human Rights Committee", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párr. 14 ("los Estados partes no pueden simplemente ignorarlas [las comunicaciones individuales], sino que deben examinarlas de buena fe *(bona fide)* […] no reaccionar en absoluto supondría una violación").

> La Corte observa que, aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe asignar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para supervisar la aplicación de dicho tratado."[1031]

22) Los tribunales y cortes regionales de derechos humanos también han recurrido a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados como instrumento de ayuda para la interpretación de los tratados que están llamados a aplicar[1032]. Muchos tribunales y cortes nacionales consideran que los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes para ellos[1033], "merecen que se les dé un peso considerable al determinar el sentido de un derecho pertinente y la existencia de una infracción"[1034].

[1031] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fondo del asunto, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párr. 66; véase también *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 10 y ss., en especial pág. 27, párr. 39; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial págs. 179 a 181, párrs. 109, 110 y 112, y págs. 192 y 193, párr. 136, donde la Corte se refiere a varios pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; véase también *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 101, donde se hace referencia a pronunciamientos del Comité contra la Tortura al determinar el alcance temporal de la Convención contra la Tortura.

[1032] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28 de agosto de 2013, serie C, núm. 268, párrs. 189 y 191; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria*, comunicación núm. 218/98, decisiones sobre comunicaciones presentadas ante la Comisión Africana, 29º período ordinario de sesiones, Trípoli, mayo de 2001, párr. 24 ("Al interpretar y aplicar la Carta, la Comisión [...] también debe respetar la Carta y las normas internacionales de derechos humanos, que incluyen las decisiones y observaciones generales de los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados"); Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, comunicación núm. 155/96, decisiones sobre comunicaciones presentadas ante la Comisión Africana, 30º período ordinario de sesiones, Banjul, octubre de 2001, párr. 63 ("se inspira en la definición de la expresión 'desalojos forzosos' del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 7"); *Marguš v. Croatia* [GC], demanda núm. 4455/10, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014 (fragmentos), párrs. 48 a 50; *Baka v. Hungary*, demanda núm. 20261/12, sentencia de 27 de mayo de 2014, párr. 58; *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, demanda núm. 8139/09, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2012 (fragmentos), párrs. 107, 108, 147 a 151, 155 y 158; *Gäfgen v. Germany* [GC], demanda núm. 22978/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010, paras. 68 y 70 a 72; véase también Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 540 *supra*), págs. 29 a 38, párrs. 116 a 155.

[1033] Véanse las decisiones citadas en el informe de la Comisión de Venecia, "Report on the implementation of international human rights treaties…" (nota 999 *supra*), párr. 76, notas 172 y 173 (Irlanda, Tribunal Supremo, *Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and the Attorney General* [2002] IESC 13 (1 de marzo de 2002), párr. 36; Francia, Consejo de Estado, *Hauchemaille v. France*, causa núm. 238849, 11 de octubre de 2001, ILDC 767 (FR 2001), párr. 22).

[1034] Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 540 *supra*), pág. 43, párr. 175; Alemania, Tribunal Administrativo Federal, BVerwGE, vol. 134, págs. 1 y ss., en especial pág. 22, párr. 48.

23) La propia Comisión, en su comentario de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[1035], abordó la cuestión de la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos con respecto a las reservas[1036].

24) Las decisiones judiciales no siempre han explicado plenamente la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados a los efectos de la interpretación de un tratado, ya sea desde el punto de vista de las reglas de interpretación recogidas en la Convención de Viena o de otro modo[1037]. La Comisión ha examinado las alternativas que figuran a continuación (párrafos 25) y 26) *infra*).

25) En opinión de algunos miembros, los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados son una forma de práctica que puede contribuir a la interpretación de un tratado, basándose, entre otras cosas, en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, donde la Corte Internacional de Justicia se refirió a la "práctica habitual del Comité de Derechos Humanos" para apoyar su propia interpretación de una disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1038]. Según esos miembros los tribunales y cortes internacionales y nacionales suelen acudir a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados en la forma discrecional en la que el artículo 32 describe los medios de interpretación complementarios[1039]. Además, los pronunciamientos

---

[1035] Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2011), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10/Add.1).

[1036] "Obviamente, si esos órganos han sido investidos de una potestad de decisión, las partes deberán respetar las decisiones que adopten, pero esto solo ocurre actualmente en relación con algunos tribunales regionales de derechos humanos. En cambio, los demás órganos de vigilancia carecen de la potestad jurídica de decidir, tanto en el ámbito de las reservas como en las demás esferas en que disponen de una competencia de constatación. Por lo tanto, sus conclusiones no son jurídicamente vinculantes y los Estados partes solo deben 'tener en cuenta' su evaluación de buena fe" (*ibid*., párr. 3) del comentario de la directriz 3.2.3).

[1037] Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 540 *supra*), pág. 5, párr. 17; Van Alebeek y Nollkaemper, "The legal status of decisions by human rights treaty bodies…" (nota 1001 *supra*), pág. 401; una de las pocas sentencias en que así se hizo fue la dictada por el Tribunal Superior de Osaka el 28 de octubre de 1994, 1513 *Hanrei Jiho* 71, 87, 38 (citada en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 540 *supra*), párr. 20, nota 22), que también puede consultarse en *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), págs. 109 a 150, en especial págs. 118 a 133; y Alemania, Tribunal Administrativo Federal (véase la nota 1034 *supra*).

[1038] *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.

[1039] El Tribunal Superior de Osaka ha declarado de manera explícita lo siguiente: "Cabe considerar que las 'observaciones generales' y los 'dictámenes' [...] deben utilizarse como medios de interpretación complementarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Tribunal Superior de Osaka, sentencia de 28 de octubre de 1994 (nota 1037 *supra*), citada en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 540 *supra*), párr. 85, nota 178, que también puede consultarse en *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), págs. 129 y 130; véase también, por ejemplo, Países Bajos, Tribunal Central de Apelación, *Appellante v. de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* (que puede consultarse en http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, consultada el 11 de julio de 2016); Reino Unido, por una parte, Cámara de los Lores, *Jones v. Saudi Arabia*, 14 de junio de 2006 [2006] UKHL 26 ("ningún valor") y, por otra parte, Cámara de los Lores, *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, paras. 34 a 36 (que se basa en los pronunciamientos de órganos creados en virtud de tratados para establecer una norma de exclusión de pruebas que impide utilizar información obtenida mediante tortura), y Tribunal de Apelación, *R. (on the application of Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*, solicitud de revisión judicial (2005) EWCA Civ 1609 (2006) HRLR 7, párr. 101 (donde se cita la observación general núm. 31 del Comité de Derechos Humanos para establecer la aplicación extraterritorial de la Ley de Derechos Humanos de 1998); Sudáfrica, por una parte, Tribunal Superior de Witwatersrand, *Residents of Bon Vista*

de órganos de expertos creados en virtud de tratados también contribuyen, en tanto que práctica en virtud del tratado, "a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin"[1040]. Estos miembros consideraron también que el proyecto de conclusión 12 [11], párrafo 3, podría contribuir a resolver la cuestión[1041], ya que la práctica de una organización internacional en la aplicación de su propio instrumento constitutivo y un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado tienen en común que, si bien no son la práctica de una parte en el tratado, son, no obstante, conductas exigidas por el tratado cuyo propósito es contribuir a la correcta aplicación del tratado.

26) En opinión de otros miembros, los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados no son, como tales, una forma de práctica en el sentido del presente tema. Se señaló que el proyecto de conclusión 4, párrafo 3, dispone que "[p]or otra 'práctica ulterior' [...] se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración"[1042], y que, por tanto, el tema se limita a la práctica de las propias partes. También se dijo que los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados no podían ser una forma de aplicación del tratado y desempeñar simultáneamente una función de vigilancia. Según esos miembros, el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Diallo* daba a entender que el mandato y la función de los órganos de expertos creados en virtud de tratados, al igual que los de los tribunales, era vigilar la aplicación del tratado, no servir en sí mismos como medio de interpretación[1043].

27) En última instancia, la Comisión decidió limitarse, por el momento, a formular una cláusula "sin perjuicio" en el párrafo 4 del proyecto de conclusión 13 [12]. La cuestión podrá reconsiderarse en segunda lectura, teniendo en cuenta las opiniones expresadas por los Estados[1044].

Mansions v. Southern Metropolitan Local Council 2002 (6) BCLR, págs. 625 y ss., en especial pág. 629 ("las observaciones generales son una fuente autorizada con arreglo al derecho internacional") citado en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference*, párr. 11 (nota 540 *supra*) y, por otra parte, Tribunal Constitucional, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT 8/02) [2002] ZACC 15, párrs. 26 y 37 (donde se rechaza [aplicar] el criterio de la "obligación mínima" establecido en la observación general núm. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1991, Suplemento núm. 3* (E/1991/23-E/C.12/1990/8 y Corr.1), anexo III, pág. 86); Japón, Tribunal de Distrito de Tokio, sentencia de 15 de marzo de 2001, 1784 *Hanrei Jiho* 67, pág. 74 ("la observación general no es una interpretación autorizada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni condiciona la interpretación del tratado en el Japón"), citada en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference*, párr.87 (nota 540 *supra*).

1040 Véase el párr. 15) del comentario del proyecto de conclusión 2 [1], nota 429; véase también el proyecto de conclusión 12 [11], párr. 3.

1041 Véase el proyecto de conclusión 12 [11], párr. 3.

1042 Los pronunciamientos de los órganos de expertos se enmarcan, en efecto, "en la aplicación del tratado", ya que esa "aplicación", según la Comisión, "comprende no solo los actos oficiales a nivel internacional o interno que sirven para aplicar el tratado, incluido el respeto o la garantía del cumplimiento de las obligaciones del tratado, sino también, entre otras cosas, las declaraciones oficiales sobre su interpretación" (véase el párr. 18) del comentario del proyecto de conclusión 4).

1043 *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párr. 66.

1044 En su comentario del proyecto de conclusión 12 [11], párrafo 3, la Comisión señaló lo siguiente: "La Comisión tal vez reconsidere [...] la definición de 'otra práctica ulterior' que figura en los proyectos de conclusión 2 [1], párr. 4, y 4, párr. 3, para aclarar si la práctica de una organización internacional como tal debe incluirse en esa categoría, que, hasta ahora, se limita a la práctica de las partes" (véase la nota 957 *supra*).

Capítulo VII
Crímenes de lesa humanidad

A. Introducción

77. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión decidió incluir el tema "Crímenes de lesa humanidad" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial para el tema al Sr. Sean D. Murphy[1045]. La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 69/118, de 10 de diciembre de 2014, tomó nota ulteriormente de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

78. En el 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/680) y aprobó provisionalmente cuatro proyectos de artículo y los comentarios correspondientes[1046]. También pidió a la Secretaría que preparase un memorando con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que pudieran ser de relevancia para su futura labor sobre el presente tema[1047].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

79. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/690), así como el memorando de la Secretaría con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que pueden ser de relevancia para la futura labor de la Comisión de Derecho Internacional (A/CN.4/698), que fueron examinados en las sesiones 3296ª a 3301ª, celebradas entre el 11 y el 19 de mayo de 2016[1048].

80. En su segundo informe, el Relator Especial examinó la criminalización en el derecho nacional (cap. I), el establecimiento de la competencia nacional (cap. II), la investigación general y la cooperación para identificar a los presuntos infractores (cap. III), el ejercicio de la competencia nacional cuando se encuentre presente el presunto infractor (cap. IV), el principio *aut dedere aut iudicare* (cap. V), el trato justo del presunto infractor (cap. VI) y el programa de trabajo futuro sobre el tema (cap. VII). El Relator Especial propuso seis proyectos de artículo que correspondían a las cuestiones examinadas en los capítulos I a VI, respectivamente[1049].

81. En su 3301ª sesión, celebrada el 19 de mayo de 2016, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículo 5, 6, 7, 8, 9 y 10 que figuraban en el segundo informe del Relator Especial. Pidió también al Comité de Redacción que estudiara la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de un documento con las ideas principales que prepararía el Relator Especial.

[1045] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párr. 266.

[1046] *Ibid*., *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párrs. 110 a 117.

[1047] *Ibid*., *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 115.

[1048] Véanse las actas resumidas provisionales de las sesiones 3296ª a 3301ª (A/CN.4/SR.3296, A/CN.4/SR.3297, A/CN.4/SR.3298, A/CN.4/SR.3299, A/CN.4/SR.3300 y A/CN.4/SR.3301).

[1049] Véase el segundo informe sobre los crímenes de lesa humanidad (A/CN.4/690): proyecto de artículo 5 (Tipificación en el derecho penal); proyecto de artículo 6 (Establecimiento de la jurisdicción nacional); proyecto de artículo 7 (Investigaciones generales y cooperación para encontrar a los presuntos infractores); proyecto de artículo 8 (Ejercicio de la jurisdicción nacional cuando se halle presente el presunto infractor); proyecto de artículo 9 *(Aut dedere aut iudicare)*; y proyecto de artículo 10 (Trato justo del presunto infractor).

82. En sus sesiones 3312ª y 3325ª, celebradas los días 9 de junio y 21 de julio de 2016, respectivamente, la Comisión examinó dos informes del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 5 a 10 (véase la sección C.1 *infra*).

83. En su 3341ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículo que habían sido aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión

1. Texto de los proyectos de artículo

84. El texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión figura a continuación.

Artículo 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

Artículo 2
Obligación general

Los crímenes de lesa humanidad, cometidos o no en tiempo de conflicto armado, son crímenes según el derecho internacional que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar.

Artículo 3
Definición de crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto

mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de *apartheid*;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

h) Por "el crimen de *apartheid*" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente proyecto de artículos se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional.

Artículo 4
Obligación de prevención

1. Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional, entre otras cosas:

a) adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas efectivas en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control; y

b) cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como un conflicto armado, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de los crímenes de lesa humanidad[1050].

Artículo 5
Criminalización en el derecho nacional

1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los crímenes de lesa humanidad.

2. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los siguientes actos:

a) la comisión de un crimen de lesa humanidad;

b) la tentativa de comisión de uno de esos crímenes; y

c) el hecho de ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o de asistir o contribuir de algún otro modo a la comisión o la tentativa de comisión de tal crimen.

3. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para que esté tipificado como delito en su derecho penal:

a) el jefe militar o la persona que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable de los crímenes de lesa humanidad cometidos por las fuerzas bajo su mando y control efectivos, o su autoridad y control efectivos, según sea el caso, por no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas, cuando:

i) ese jefe militar o esa persona supiera o, en razón de las circunstancias del momento, debiera haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o se proponían cometer esos crímenes; y

ii) ese jefe militar o esa persona no hubiera adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los fines de su investigación y enjuiciamiento;

[1050] La ubicación de este párrafo se decidirá ulteriormente.

b) en lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado no descritas en el apartado a), el superior será penalmente responsable de los crímenes de lesa humanidad cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivos, por no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) el superior supiera o deliberadamente hiciera caso omiso de informaciones que indicasen claramente que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer esos crímenes;

ii) los crímenes guardasen relación con actividades que estuvieran bajo la responsabilidad y el control efectivos del superior; y

iii) el superior no adoptase todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los fines de su investigación y enjuiciamiento.

4. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo se cometiera en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior, militar o civil, no sea motivo para eximir de responsabilidad penal a un subordinado.

5. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, de conformidad con su derecho penal, los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo no prescriban.

6. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, de conformidad con su derecho penal, los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo sean castigados con penas apropiadas que tengan en cuenta su gravedad.

7. Con sujeción a las disposiciones de su legislación nacional, todo Estado adoptará medidas, cuando proceda, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado, dicha responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

Artículo 6
Establecimiento de la competencia nacional

1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 en los siguientes casos:

a) cuando el delito sea cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) cuando el presunto infractor sea nacional de ese Estado o, si ese Estado lo considera apropiado, una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio;

c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado si este lo considera apropiado.

2. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 en los casos en que el presunto infractor se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extradite o lo entregue de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de artículos.

3. El presente proyecto de artículos no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por un Estado de conformidad con su derecho interno.

Artículo 7
Investigación

Todo Estado velará por que las autoridades competentes procedan inmediatamente a una investigación imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se han cometido o van a cometerse actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en cualquier territorio bajo su jurisdicción.

Artículo 8
Medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio

1. Si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, todo Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre una persona sospechosa de haber cometido alguno de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales para asegurar su presencia. La detención y las otras medidas legales se llevarán a cabo de conformidad con la legislación de ese Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega.

2. Dicho Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. Cuando un Estado, de conformidad con el presente proyecto de artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 6, párrafo 1. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente proyecto de artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su competencia.

Artículo 9
Aut dedere aut iudicare

El Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, salvo que extradite o entregue a la persona a otro Estado o tribunal penal internacional competente. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado.

Artículo 10
Trato justo del presunto infractor

1. Toda persona respecto de la cual se adopten medidas en relación con uno de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 tendrá garantizados en todas las etapas del procedimiento un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluido el derecho de los derechos humanos.

2. Toda persona que esté en prisión, detenida o recluida en un Estado que no sea el de su nacionalidad tendrá derecho a:

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al cual o los cuales competa por otras razones la protección de sus derechos o, si dicha persona es apátrida, del Estado que, a solicitud de esa persona, esté dispuesto a proteger sus derechos;

b) recibir la visita de un representante de ese Estado o de esos Estados; y

c) ser informado sin demora de los derechos que la asisten de conformidad con el presente párrafo.

3. Los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, en el entendido de que dichas leyes y reglamentos han de permitir que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por el párrafo 2.

2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones

85. A continuación figura el texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones.

Crímenes de lesa humanidad

Artículo 5
Criminalización en el derecho nacional

1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los crímenes de lesa humanidad.

2. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los siguientes actos:

a) la comisión de un crimen de lesa humanidad;

b) la tentativa de comisión de unos de esos crímenes; y

c) el hecho de ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o de asistir o contribuir de algún otro modo a la comisión o la tentativa de comisión de tal crimen.

3. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para que esté tipificado como delito en su derecho penal:

a) el jefe militar o la persona que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable de los crímenes de lesa humanidad cometidos por las fuerzas bajo su mando y control efectivos, o su autoridad y control efectivos, según sea el caso, por no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas, cuando:

i) ese jefe militar o esa persona supiera o, en razón de las circunstancias del momento, debiera haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o se proponían cometer esos crímenes; y

ii) ese jefe militar o esa persona no hubiera adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los fines de su investigación y enjuiciamiento;

b) en lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado no descritas en el apartado a), el superior será penalmente responsable de los crímenes de lesa humanidad cometidos por subordinados bajo su autoridad y control

efectivos, por no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) el superior supiera o deliberadamente hiciera caso omiso de informaciones que indicasen claramente que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer esos crímenes;

ii) los crímenes guardasen relación con actividades que estuvieran bajo la responsabilidad y el control efectivos del superior; y

iii) el superior no adoptase todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los fines de su investigación y enjuiciamiento.

4. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo se cometiera en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior, militar o civil, no sea motivo para eximir de responsabilidad penal a un subordinado.

5. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, de conformidad con su derecho penal, los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo no prescriban.

6. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, de conformidad con su derecho penal, los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo sean castigados con penas apropiadas que tengan en cuenta su gravedad.

7. Con sujeción a las disposiciones de su legislación nacional, todo Estado adoptará medidas, cuando proceda, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado, dicha responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 establece diversas medidas que todo Estado debe adoptar para que en su derecho penal estén tipificados los crímenes de lesa humanidad, no se invoque como eximente la orden de un superior o la prescripción de los delitos, y se prevean penas apropiadas proporcionales a la gravedad de esos delitos. Este tipo de medidas son esenciales para el funcionamiento adecuado de los proyectos de artículo siguientes relativos al establecimiento y el ejercicio de la competencia respecto de los presuntos infractores.

Garantizar que los "crímenes de lesa humanidad" estén tipificados en el derecho penal nacional

2) El Tribunal Militar Internacional de Núremberg reconoció la importancia de castigar a las personas por, entre otros, los crímenes de lesa humanidad cuando declaró que "[l]os delitos contra el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solo sancionando a las personas que cometen esos delitos se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional"[1051]. Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg,

[1051] Sentencia de 30 de septiembre de 1946 en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (Núremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1 de octubre de 1946), vol. 22 (1948), pág. 466.

elaborados por la Comisión en 1950, establecían que "[t]oda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción"[1052]. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968, establecía en su preámbulo que "la represión efectiva de [...] los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales"[1053]. En el preámbulo del Estatuto de Roma se afirma "que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia"[1054].

3) Muchos Estados han aprobado leyes sobre los crímenes de lesa humanidad que prevén el enjuiciamiento de esos crímenes en su ordenamiento nacional. El Estatuto de Roma, en particular, ha inspirado la promulgación o revisión de varias leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad que definen esos crímenes en términos idénticos o muy similares al delito definido en el artículo 7 del Estatuto. Al mismo tiempo, muchos Estados han aprobado leyes nacionales que difieren, a veces considerablemente, de la definición enunciada en el artículo 7. Asimismo, hay otros Estados que no han aprobado ninguna legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad. Por lo general, esos Estados tienen leyes penales nacionales que castigan de alguna manera muchos de los actos concretos que, en determinadas circunstancias, pueden constituir crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, la tortura o la violación[1055]. No obstante, esos Estados no han tipificado los crímenes de lesa humanidad como tales y esa laguna puede impedir el enjuiciamiento y castigo de esa conducta, incluso en condiciones acordes con la gravedad del delito.

4) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), de 1984, establece en su artículo 4, párrafo 1, que "[t]odo Estado parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal"[1056]. El Comité contra la Tortura ha destacado la importancia de cumplir dicha obligación a fin de evitar posibles discrepancias entre el crimen definido en la Convención y el contemplado en la legislación nacional:

> "Las discrepancias graves entre la definición que figura en la Convención y la reflejada en la legislación nacional abren resquicios reales o potenciales para la impunidad. En algunos casos, aunque pueda utilizarse un lenguaje similar, su

[1052] *Anuario…, 1950* (en inglés), vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 374, párr. 97 (Principio 1).

[1053] Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 754, núm. 10823, pág. 73. Al mes de agosto de 2016, la Convención tenía 55 partes.

[1054] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

[1055] Véase *Judgment on the Appeal of Côte d'Ivoire against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled "Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo"*, Sala de Apelaciones, núm. ICC-02/11-01/12 OA (27 de mayo de 2015) (donde se dictaminó que el enjuiciamiento a nivel nacional por los delitos ordinarios de perturbación de la paz, organización de bandas armadas y menoscabo de la seguridad del Estado no se basaba sustancialmente en la misma conducta objeto de los presuntos crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación, persecución y otros actos inhumanos). Puede consultarse en www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_06088.PDF (consultado el 22 de junio de 2016).

[1056] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85 (en adelante, "Convención contra la Tortura").

significado puede estar condicionado por la ley o la interpretación judicial nacionales, por lo que el Comité pide que cada Estado parte procure que todos los poderes que lo conforman se atengan a la definición establecida en la Convención a los efectos de determinar las obligaciones del Estado.”[1057]

5) A fin de ayudar a evitar esas lagunas con respecto a los crímenes de lesa humanidad, el proyecto de artículo 5, párrafo 1, dispone que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que los crímenes de lesa humanidad como tales estén tipificados en su derecho penal. A continuación, el proyecto de artículo 5, párrafos 2 y 3 (que se examinan más adelante), obliga además al Estado a tipificar algunas de las maneras en que las personas físicas pueden cometer esos delitos.

6) Dado que la expresión “crímenes de lesa humanidad” se define en el proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3, la obligación enunciada en el proyecto de artículo 5, párrafo 1, exige que los crímenes así definidos estén tipificados en el derecho penal del Estado. Si bien podría haber algunas desviaciones respecto del texto exacto del proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3, para tener en cuenta cuestiones terminológicas o de otra índole propias de cada Estado, esas desviaciones no deben dar lugar a calificaciones o alteraciones que se aparten significativamente del sentido de los crímenes de lesa humanidad definidos en el proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3. No obstante, la expresión “crímenes de lesa humanidad” empleada en el proyecto de artículo 5 (y en proyectos de artículo ulteriores) no incluye la cláusula “sin perjuicio” que figura en el proyecto de artículo 3, párrafo 4. Si bien esa cláusula reconoce la posibilidad de incluir una definición más amplia de “crímenes de lesa humanidad” en cualquier instrumento internacional o legislación nacional, a los efectos del presente proyecto de artículos la definición de “crímenes de lesa humanidad” se limita al proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3.

7) Al igual que la Convención contra la Tortura, muchos tratados de derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho penal internacional exigen que un Estado parte se asegure de que la conducta prohibida esté “tipificada” o “castigada” en su derecho interno, aunque la forma exacta en que la obligación está redactada varía[1058].

[1057] Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007), párr. 9, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/63/44), anexo VI; véase también Comité contra la Tortura, *ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/58/44), cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Eslovenia, párr. 115 a), y Bélgica, párr. 130.

[1058] Véase, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, núm. 12325, pág. 105, art. 2; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973), *ibid*., vol. 1035, núm. 15410, pág. 167, art. 2, párr. 2; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979), *ibid*., vol. 1316, núm. 21931, pág. 205, art. 2; Convención contra la Tortura (véase la nota 1056 *supra*), art. 4; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena, 9 de diciembre de 1985), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, núm. 67, art. 6; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2051, núm. 35457, pág. 363, art. 9, párr. 2; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belem do Para, 9 de junio de 1994), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, núm. 68, art. III; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, núm. 37517, pág. 256, art. 4; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999), *ibid.*, vol. 2178, núm. 38349, pág. 197, art. 4; Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo (Argel, 14 de julio de 1999), *ibid.*, vol. 2219, núm. 39464, pág. 179, art. 2 a); Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Algunos tratados, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948[1059] y los Convenios de Ginebra de 1949[1060], contienen la obligación de promulgar "medidas legislativas", pero la Comisión consideró apropiado basar el proyecto de artículo 5, párrafo 1, en tratados más recientes, como la Convención contra la Tortura.

Comisión, tentativa de comisión y asistencia o contribución a la comisión de un crimen de lesa humanidad

8) El proyecto de artículo 5, párrafo 2, establece que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho interno ciertas formas de participación de las personas físicas en crímenes de lesa humanidad, concretamente la comisión de un crimen de lesa humanidad; la tentativa de comisión de uno de esos crímenes; y el hecho de ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o de asistir o contribuir de algún otro modo a la comisión o la tentativa de comisión de tales crímenes.

9) En el contexto de los crímenes de lesa humanidad, el análisis de los instrumentos internacionales y las leyes nacionales indica que en ellos se abordan diversos tipos (o modos) de responsabilidad penal individual. En primer lugar, en todas las jurisdicciones en que se han tipificado los "crímenes de lesa humanidad" se imputa responsabilidad penal a quien "comete" el delito (lo que a veces se denomina, en el derecho nacional, comisión "directa", "perpetración" del acto o autoría "principal" en la comisión del acto). Por ejemplo, en el Estatuto de Núremberg se establece que el Tribunal Militar Internacional será competente para juzgar a "aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones"[1061]. Asimismo, los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[1062] y el Tribunal Penal Internacional

Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000), *ibid.*, vol. 2237, núm. 39574, pág. 319, art. 5, párr. 1; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006), *ibid.*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3, art. 7, párr. 1; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental para la Prevención contra el Terrorismo (Cebú, 13 de enero de 2007), art. IX, párr. 1, en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.08.V.2 (Nueva York, 2008), pág. 366.

[1059] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277, art. V.

[1060] Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, vol. 75, núm. 970, pág. 31, art. 49 ("Convenio de Ginebra I"); Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 971, pág. 85, art. 50 ("Convenio de Ginebra II"); Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 972, pág. 135, art. 129 ("Convenio de Ginebra III"); Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 973, pág. 287, art. 146 ("Convenio de Ginebra IV"). Véase el comentario de 2016 sobre el artículo 49 (Sanciones penales) del Convenio de Ginebra I (en adelante, "Comentario de 2016 del CICR sobre el artículo 49"), en Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84.

[1061] Acuerdo concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo (Londres, 8 de agosto de 1945), Estatuto del Tribunal Militar Internacional, art. 6, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, núm. 251, pág. 279 (en adelante, "Estatuto de Núremberg").

[1062] Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 y contenido en el informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704 y Add.1, anexo, art. 7, párr. 1.

para Rwanda[1063] establecen que una persona que haya "cometido" crímenes de lesa humanidad "será individualmente responsable de ese crimen". El Estatuto de Roma establece que "[q]uien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado" y "será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) [c]ometa ese crimen por sí solo [o] con otro"[1064]. Asimismo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona[1065], las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental[1066], las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya[1067], el Tribunal Penal Supremo del Iraq[1068] y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés[1069] establecen la responsabilidad penal de quien "cometa" crímenes de lesa humanidad. Las leyes nacionales que se ocupan de los crímenes de lesa humanidad tipifican como delito invariablemente la "comisión" de esos crímenes. En los tratados sobre otros tipos de delitos también se exhorta sistemáticamente a los Estados partes a que aprueben legislación nacional que prohíba la "comisión" de esos delitos. Por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, establece la responsabilidad penal individual por la "comisión" de actos de genocidio[1070].

10) En segundo lugar, en todas esas jurisdicciones nacionales o internacionales también se establece, en mayor o menor medida, la responsabilidad penal de quien participe en el delito en grado distinto a la "comisión". Tal conducta puede adoptar la forma de "tentativa" de comisión del delito, o de actuación como "cooperador" o "cómplice" en la comisión del delito o la tentativa de su comisión. Por lo que respecta a la "tentativa" de comisión del

[1063] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y Otras Violaciones de Esa Naturaleza Cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo, art. 6, párr. 1.

[1064] Véase Estatuto de Roma (nota 1054 *supra*), art. 25, párrs. 2 y 3 a).

[1065] Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el Establecimiento del Tribunal Especial Residual para Sierra Leona (con el Estatuto) (Freetown, 16 de enero de 2002), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, núm. 38342, pág. 137, art. 6, párr. 1 (en adelante, "Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona").

[1066] Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental, Reglamento núm. 2000/15 sobre el establecimiento de salas con competencia exclusiva sobre delitos graves (UNTAET/REG/2000/15), art. 5 (2000) (en adelante, "Estatuto del Tribunal para Timor Oriental").

[1067] Ley de Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya para el Procesamiento de los Crímenes Cometidos durante el Período de la Kampuchea Democrática, 27 de octubre de 2004 (NS/RKM/1004/006), art. 5, que puede consultarse en www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-establishment-extraordinary-chambers-amended (consultada el 22 de junio de 2016, en adelante "Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya"). Véase también Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al Procesamiento con arreglo al Derecho de Camboya de los Crímenes Cometidos durante el Período de la Kampuchea Democrática (Phnom Penh, 6 de junio de 2003), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2329, pág. 117.

[1068] Estatuto del Tribunal Especial del Iraq, *International Legal Materials*, vol. 43, pág. 231, art. 10 b) (2004) (en adelante, "Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq"). El Gobierno Provisional del Iraq promulgó un nuevo estatuto en 2005, tomando como referencia el estatuto anterior, que cambió el nombre del tribunal por el de "Tribunal Penal Supremo del Iraq". Véase la Ley del Tribunal Penal Supremo del Iraq, Ley núm. 10, *Boletín Oficial* de la República del Iraq, vol. 47, núm. 4006 (18 de octubre de 2005).

[1069] Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias Creadas en los Tribunales del Senegal para Enjuiciar los Crímenes Internacionales Cometidos en el Chad entre el 7 de junio de 1982 y el 1 de diciembre de 1990, *International Law Materials*, vol. 52, pág. 1028, arts. 4 b) y 6 (2013) (en adelante, "Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias").

[1070] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, arts. III a) y IV.

delito, los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona no contienen ninguna disposición sobre ese tipo de responsabilidad. En cambio, el Estatuto de Roma prevé la responsabilidad penal de quien intente cometer el crimen, a menos que desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume[1071]. En la causa *Banda y Jerbo*, una sala de cuestiones preliminares afirmó que, para que existiera responsabilidad penal por la tentativa, era "preciso dilucidar si, en el curso normal de los acontecimientos, la conducta del autor habría dado lugar a la consumación del crimen de no haberse producido las circunstancias ajenas a su control"[1072].

11) En tercer lugar, con respecto a la responsabilidad "accesoria", dicho concepto se aborda en diversos instrumentos internacionales con expresiones como "ordenar", "proponer", "inducir", "instigar", "incitar", "ayudar y ser cómplice", "conspirar para la comisión", "ser cómplice en", "participar en" o "asociarse para delinquir". Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia establece que "[l]a persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen"[1073]. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda utiliza términos prácticamente idénticos[1074]. Ambos Tribunales han condenado a acusados por su participación en delitos de su respectiva competencia[1075]. Del mismo modo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona[1076], las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental[1077], las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya[1078], el Tribunal Penal Supremo del Iraq[1079] y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés[1080] establecen la responsabilidad penal de quien, de una forma u otra, participe en la comisión de crímenes de lesa humanidad.

12) En el Estatuto de Roma se prevé la responsabilidad penal de quien "cometa ese crimen […] por conducto de otro", de quien "ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa", de quien, "con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su

[1071] Estatuto de Roma (véase la nota 1054 *supra*), art. 25, párr. 3 f).

[1072] *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, causa núm. ICC-02/05-03/09, corrección de la decisión sobre la confirmación de los cargos de 7 de marzo de 2011, Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, párr. 96.

[1073] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (véase la nota 1062 *supra*), art. 7, párr. 1. El Tribunal ha analizado ese tipo de responsabilidad penal en diversas decisiones. Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, Sala de Apelaciones, fallo de 15 de julio de 1999, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1999*, párr. 220 (en adelante, *"Tadić 1999"*) (donde se afirmó que "la noción de propósito común como forma de responsabilidad en calidad de cómplice está firmemente establecida en el derecho internacional consuetudinario").

[1074] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (véase la nota 1063 *supra*), art. 6, párr. 1.

[1075] Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, Sala de Primera Instancia II, fallo de 10 de diciembre de 1998, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, párr. 246 (donde se señala que "si es consciente de que es probable que se cometa alguno de los crímenes, y uno de esos crímenes se comete efectivamente, entonces ha tenido la intención de facilitar la comisión de ese crimen y es culpable de complicidad").

[1076] Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (véase la nota 1065 *supra*), art. 6, párr. 1.

[1077] Estatuto del Tribunal para Timor Oriental (véase la nota 1066 *supra*), art. 14.

[1078] Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya (véase la nota 1067 *supra*), art. 29.

[1079] Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq (véase la nota 1068 *supra*), art. 15.

[1080] Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias (véase la nota 1069 *supra*), art. 10.

comisión", o de quien "contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común", con sujeción a ciertas condiciones[1081]. La Comisión decidió utilizar los distintos términos incluidos en el Estatuto de Roma como base de los términos empleados en el proyecto de artículo 5, párrafo 2.

13) Por lo general, se considera que en esos diversos instrumentos internacionales los conceptos conexos de "proponer", "inducir" y "ayudar y ser cómplice" en la comisión del crimen incluyen la planificación, la proposición, la conspiración y, lo que es más importante, la incitación directa a otra persona a que realice el acto constitutivo de delito. De hecho, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no solo aborda la comisión del genocidio, sino también la "asociación para cometer genocidio", la "instigación directa y pública a cometer genocidio", la "tentativa de genocidio" y la "complicidad en el genocidio"[1082]. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece, en términos generales, que: "[s]i se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración"[1083].

14) Además, en estos diversos instrumentos, el concepto de "ordenar" la comisión del crimen difiere del concepto de responsabilidad del "jefe" u otro superior (y lo complementa). En este caso, "ordenar" hace referencia a la responsabilidad penal del superior por dar instrucciones explícitas de que se cometa el acto constitutivo de delito. En cambio, la responsabilidad del jefe u otro superior hace referencia a la responsabilidad penal del superior por no actuar: en concreto, en situaciones en que el superior sabía o tenía motivos para saber que los subordinados se disponían a cometer esos actos, o los habían cometido ya, y no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir tales actos o castigar a los autores.

15) Los tratados que se ocupan de crímenes distintos de los crímenes de lesa humanidad suelen establecer la responsabilidad penal de las personas que participan en la comisión del delito utilizando una terminología amplia que no pretende exigir a los Estados que modifiquen terminología o modalidades preferidas que están consagradas en su legislación nacional. En otras palabras, esos tratados utilizan términos generales en lugar de un lenguaje detallado, lo que permite a los Estados establecer los detalles precisos de la responsabilidad penal mediante las leyes, la jurisprudencia y la tradición jurídica nacionales. Por ejemplo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, establece, en términos generales, que "[l]os Estados partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos […] [a] toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma"[1084]. El texto del proyecto de artículo 5, párrafo 2, sigue el mismo planteamiento.

[1081] Estatuto de Roma (véase la nota 1054 *supra*), art. 25, párr. 3 a) a d).

[1082] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. III b) a e).

[1083] Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. 2.

[1084] Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 1 a).

Responsabilidad de los jefes u otros superiores

16) El proyecto de artículo 5, párrafo 3, trata la cuestión de la responsabilidad de los jefes u otros superiores. En general, este párrafo establece que los superiores son penalmente responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos por sus subordinados cuando el superior haya incurrido en negligencia en el cumplimiento de sus funciones en relación con la conducta del subordinado.

17) Las jurisdicciones internacionales que se han ocupado de los crímenes de lesa humanidad imputan responsabilidad penal a los jefes militares u otros superiores por los delitos cometidos por sus subordinados en determinadas circunstancias[1085]. En particular, los Tribunales de Núremberg y Tokio recurrieron a la responsabilidad de los jefes en relación tanto con los mandos militares como con los civiles, enfoque que influyó en tribunales posteriores[1086]. Como señaló una sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda en la causa *Fiscalía c. Alfred Musema*, "[e]n cuanto a la cuestión de si el tipo de responsabilidad penal individual mencionado en el artículo 6 3) del Estatuto [del Tribunal Penal Internacional para Rwanda] es de aplicación también a personas tanto de la autoridad militar como civil, es importante señalar que, en los juicios ante el Tribunal de Tokio, las autoridades civiles fueron declaradas culpables de crímenes de guerra en aplicación de este principio"[1087].

18) Según el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, "el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si este sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron"[1088]. Varios acusados fueron condenados por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre esa base[1089]. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda está redactado en los mismos términos[1090], y dicho Tribunal también ha impuesto condenas sobre esa base[1091]. Los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona[1092], el Tribunal Especial para el Líbano[1093],

[1085] Véase, por ejemplo, *United States of America v. Wilhelm von Leeb, et al*. (causa del "Alto mando"), en *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. 11 (Washington D.C., Oficina de Impresión del Gobierno de los Estados Unidos, 1950), págs. 543 y 544.

[1086] *Ibid*., véase también *International Criminal Law: International Enforcement*, M.C. Bassiouni (ed.), vol. III, 3ª ed. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pág. 461); y K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 262 y 263.

[1087] Véase *The Prosecutor v. Alfred Musema*, causa núm. ICTR-96-13-A, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sala de Primera Instancia I, fallo y pena de 27 de enero de 2000, párr. 132.

[1088] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (véase la nota 1062 *supra*), art. 7, párr. 3.

[1089] Véase, por ejemplo, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, causa núm. IT-95-14/1-T, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, fallo de 25 de junio de 1999, párrs. 66 a 77; *The Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-T, fallo de 16 de noviembre de 1998, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, párrs. 330 a 400 y 605 a 810.

[1090] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (véase la nota 1063 *supra*), art. 6, párr. 3.

[1091] Véase *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, causa núm. ICTR-96-4-T, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sala de Primera Instancia, fallo de 2 de septiembre de 1998; *The Prosecutor v. Jean Kambanda*, causa núm. ICTR-97-23-S, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sala de Primera Instancia, fallo y pena de 4 de septiembre de 1998.

[1092] Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (véase la nota 1065 *supra*), art. 6, párr. 3.

[1093] Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007 (incluidos el anexo y el apéndice), art. 3, párr. 2.

las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental[1094], las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya[1095], el Tribunal Penal Supremo del Iraq[1096] y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés[1097] están redactados en términos similares.

19) El artículo 28 del Estatuto de Roma contiene una norma detallada que prevé la imputación de responsabilidad penal al jefe militar, o a quien actúe efectivamente como jefe militar, por los actos de otras personas[1098]. En general, la responsabilidad penal surge cuando: a) existe una relación de subordinación; b) el jefe sabía o debía haber sabido que sus subordinados estaban cometiendo o se disponían a cometer el delito; y c) el jefe no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para someter el asunto a investigación y enjuiciamiento. Esa norma ha comenzado a influir en el desarrollo de la "responsabilidad de los jefes" en los ordenamientos jurídicos nacionales, tanto en el contexto penal como civil. El artículo 28 también aborda la cuestión de las "relaciones entre superior y subordinado" en un contexto civil o no militar. Entre esos superiores figuran los civiles que "dirigen" pero no "participan" en actividades militares. En estos casos, la responsabilidad penal surge cuando: a) existe una relación de subordinación; b) el superior civil tuvo conocimiento o hizo caso omiso deliberadamente de información sobre los delitos; c) los delitos guardaban relación con actividades bajo la responsabilidad y el control efectivos del superior; y d) el superior no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de todos los delitos o para someter el asunto a investigación y enjuiciamiento.

20) Una sala de primera instancia de la Corte Penal Internacional aplicó esta norma cuando condenó a Jean-Pierre Bemba Gombo en marzo de 2016 por crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, la sala de primera instancia entendió que el Sr. Bemba actuaba efectivamente como jefe militar que tenía conocimiento de que las fuerzas del Mouvement de Libération du Congo bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer los crímenes imputados. Además, la sala de primera instancia entendió que el Sr. Bemba no había adoptado todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión de crímenes por sus subordinados durante las operaciones militares de 2002 y 2003 en la República Centroafricana ni para poner el asunto en manos de las autoridades competentes después de que se hubieran cometido los crímenes[1099].

21) Las leyes nacionales también suelen establecer este tipo de responsabilidad penal respecto de los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, pero se utilizan criterios distintos. Asimismo, hay Estados que no cuentan con tal norma en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Por ello, la Comisión consideró apropiado establecer un criterio claro a fin de promover la armonización de las leyes nacionales sobre

[1094] Estatuto del Tribunal para Timor Oriental (véase la nota 1066 *supra*), art. 16.

[1095] Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya (véase la nota 1067 *supra*), art. 29.

[1096] Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq (véase la nota 1068 *supra*), art. 15.

[1097] Estatuto de Roma (véase la nota 1054 *supra*), art. 28. Acuerdo relativo al Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias (véase la nota 1069 *supra*), art. 10.

[1098] Véase, por ejemplo, *The Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Cerkez*, causa núm. IT-95-14/2-T, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, fallo de 26 de febrero de 2001, párr. 369.

[1099] *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, causa núm. ICC-01/05-01/08, Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, fallo de 21 de marzo de 2016, párrs. 630, 638 y 734.

la cuestión[1100]. A tal fin, el proyecto de artículo 5, párrafo 3, se basa en el criterio establecido en el Estatuto de Roma.

22) Los tratados que se ocupan de delitos distintos de los crímenes de lesa humanidad también suelen recoger como delito la responsabilidad de los jefes u otros superiores[1101].

Órdenes de un superior

23) El proyecto de artículo 5, párrafo 4, dispone que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que el hecho de que uno de los delitos mencionados en el artículo se cometiera en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior, militar o civil, no sea motivo para eximir de responsabilidad penal a un subordinado.

24) Todas las jurisdicciones que recogen los crímenes de lesa humanidad prevén, en una u otra medida, circunstancias que eximen de la responsabilidad penal. Por ejemplo, la mayoría de las jurisdicciones excluyen la responsabilidad penal si el presunto autor tenía una enfermedad mental que le impedía apreciar la ilicitud de su comportamiento. En algunas jurisdicciones se establece que el estado de embriaguez también excluye la responsabilidad penal, al menos en algunas circunstancias. El hecho de que una persona actúe en defensa propia también puede eximirla de responsabilidad, al igual que actuar bajo coacción como resultado de una amenaza de muerte o daño inminente. En algunos casos, la persona ha de haber alcanzado una edad determinada para ser penalmente responsable. Las circunstancias concretas varían según la jurisdicción y, en lo que respecta a los sistemas nacionales, suelen inscribirse en el enfoque de esa jurisdicción respecto de la responsabilidad penal en general, no solo en el contexto de los crímenes de lesa humanidad.

25) Al mismo tiempo, la mayoría de las jurisdicciones que recogen los crímenes de lesa humanidad establecen que los autores de esos crímenes no pueden invocar como circunstancia eximente de la responsabilidad penal haber recibido de un superior la orden de cometer el delito[1102]. El artículo 8 del Estatuto de Núremberg establece que "[e]l hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su Gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige". De conformidad con el artículo 8, el Tribunal Militar Internacional entendió que el hecho de que "se haya ordenado a un soldado que mate o torture en vulneración del derecho internacional de la guerra jamás ha sido admitido como eximente para tales actos de brutalidad"[1103]. Del mismo modo, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Tokio establece que "ni el cargo oficial que haya ocupado un acusado en cualquier momento, ni el hecho de que un acusado haya actuado en

[1100] Véase informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre el sexagésimo primer período de sesiones, *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2005, Suplemento núm. 3* (E/2005/23-E/CN.4/2005/135), resolución 2005/81 sobre la impunidad, de 21 de abril de 2005, párr. 6 (donde se insta "a todos los Estados a que velen por que todos los mandos militares y otros mandos tengan conocimiento de las circunstancias en que puedan ser tenidos por responsables penalmente en virtud del derecho internacional por […] crímenes de lesa humanidad […] incluidos, en ciertas circunstancias, los delitos cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivos").

[1101] Véanse, por ejemplo, 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) (Ginebra, 8 de junio de 1977), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, art. 86, párr. 2; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 1.

[1102] Véase Comisión de Derechos Humanos, resolución 2005/81 sobre la impunidad (nota 1100 *supra*), párr. 6 (donde se insta a todos los Estados "a que garanticen que todo el personal pertinente esté informado de las limitaciones que el derecho internacional establece a las circunstancias eximentes de responsabilidad por cumplir órdenes superiores").

[1103] *Trial of the Major War Criminals…* (véase la nota 1051 *supra*), pág. 466.

cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior será, por sí mismo, suficiente para eximir a dichos acusados de responsabilidad por cualquiera de los crímenes de que se les acuse, pero tales circunstancias podrán ser consideradas como atenuantes de la pena si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere"[1104].

26) Si bien el artículo 33 del Estatuto de Roma prevé una eximente limitada de responsabilidad en el caso de órdenes de superiores, lo hace exclusivamente con respecto a los crímenes de guerra; las órdenes de cometer actos de genocidio o crímenes de lesa humanidad no entran en el ámbito de aplicación de la eximente. Los instrumentos que regulan el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[1105], el Tribunal Penal Internacional para Rwanda[1106], el Tribunal Especial para Sierra Leona[1107], el Tribunal Especial para el Líbano[1108], las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental[1109], las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya[1110], el Tribunal Penal Supremo del Iraq[1111] y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés[1112] excluyen también las órdenes de superiores como eximente. Si bien no se aceptan las órdenes de superiores como eximente del enjuiciamiento por un delito, algunas de las jurisdicciones internacionales y nacionales mencionadas anteriormente permiten que las órdenes de un superior sirvan de circunstancia atenuante en la fase de imposición de la pena[1113].

27) Esa exclusión de las órdenes de un superior como eximente existe en diversos tratados que se ocupan de delitos, a saber: la Convención contra la Tortura de 1984[1114]; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985[1115]; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994[1116]; y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006[1117]. En el contexto de la Convención contra la Tortura, el

[1104] Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tokio, 19 de enero de 1946) (enmendado el 26 de abril de 1946), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, C. Bevans (ed.) (Washington, D.C., Departamento de Estado, 1968), págs. 20 y ss., en especial pág. 23, art. 6 (en adelante, "Estatuto de Tokio").

[1105] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (véase la nota 1062 *supra*), art. 7, párr. 4.

[1106] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (véase la nota 1063 *supra*), art. 6, párr. 4.

[1107] Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (véase la nota 1065 *supra*), art. 6, párr. 4.

[1108] Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (véase la nota 1093 *supra*), art. 3, párr. 3.

[1109] Estatuto del Tribunal para Timor Oriental (véase la nota 1066 *supra*), art. 21.

[1110] Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya (véase la nota 1067 *supra*), art. 29.

[1111] Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq (véase la nota 1068 *supra*), art. 15.

[1112] Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias (véase la nota 1069 *supra*), art. 10, párr. 5.

[1113] Véanse, por ejemplo, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (nota 1062 *supra*), art. 7, párr. 4; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (nota 1063 *supra*), art. 6, párr. 4; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (nota 1065 *supra*), art. 6, párr. 4; Estatuto del Tribunal para Timor Oriental (nota 1066 *supra*), art. 21.

[1114] Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 3 ("No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura").

[1115] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 4 ("El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente").

[1116] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. VIII ("No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas").

[1117] Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 2 ("Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada"). En su fase de proyecto, este párrafo "fue ampliamente aprobado". Véase Comisión de Derechos Humanos, informe

Comité contra la Tortura ha criticado la legislación nacional que permite ese tipo de eximente o que es ambigua al respecto[1118]. En algunos casos, se plantea el problema de la presencia en el derecho nacional de un Estado de lo que se denomina eximente de "obediencia debida"[1119].

Prescripción

28) Una posible restricción para el enjuiciamiento de una persona por crímenes de lesa humanidad en el derecho interno es la aplicación de un "plazo de prescripción", a saber, una norma que prohíbe el enjuiciamiento del presunto infractor si entre la comisión del crimen y el inicio del enjuiciamiento ha transcurrido un período de tiempo superior a un número determinado de años. El proyecto de artículo 5, párrafo 5, dispone que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que los delitos mencionados en el proyecto de artículo no prescriban.

29) No se estableció ninguna norma sobre prescripción en relación con los delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad, en los Estatutos de Núremberg o Tokio, ni tampoco en los instrumentos constitutivos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda o el Tribunal Especial para Sierra Leona. En cambio, en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, aprobada en diciembre de 1945 por el Consejo de Control Interaliado de Alemania para el enjuiciamiento de presuntos infractores, se establecía que en los juicios o procesamientos por crímenes de lesa humanidad (así como crímenes de guerra y crímenes contra la paz) "el acusado no tiene derecho a acogerse a prescripción alguna respecto del período comprendido entre el 30 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945"[1120]. Asimismo, el Estatuto de Roma aborda expresamente la cuestión y establece que "[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán"[1121]. Los redactores del Estatuto de Roma apoyaron firmemente esta disposición en relación con los crímenes de lesa humanidad[1122]. Del mismo modo, la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales en Camboya, el Tribunal Penal Supremo

del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2004/59), párr. 72 (véase también la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, art. 6).

[1118] Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/61/44), cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Guatemala, párr. 32 13).

[1119] Véase, por ejemplo, informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/59/44), cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Chile, párr. 56 i); véase también, *ibid*., *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/60/44), cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Argentina, párr. 31 a) (donde se encomia a la Argentina por declarar la "nulidad absoluta" de su Ley de Obediencia Debida).

[1120] Ley núm. 10 del Consejo de Control, sobre el Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, art. II, párr. 5, 20 de diciembre de 1945, en *Boletín Oficial* del Consejo de Control de Alemania, vol. 3, pág. 52 (1946).

[1121] Estatuto de Roma (véase la nota 1054 *supra*), art. 29.

[1122] Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, documento A/CONF.183/13 (vol. II), pág. 151, segunda sesión (A/CONF.183/C.1/SR.2), párrs. 45 a 74.

del Iraq y el Estatuto del Tribunal para Timor Oriental definen expresamente los crímenes de lesa humanidad como delitos que no prescriben[1123].

30) Por lo que respecta a si el enjuiciamiento de un presunto infractor ante los tribunales nacionales puede estar sujeto a prescripción, en 1967 la Asamblea General señaló que "la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes"[1124]. El año siguiente, los Estados aprobaron la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en que se exige a los Estados partes que adopten "las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique" a esos dos tipos de crímenes[1125]. Del mismo modo, en 1974 el Consejo de Europa aprobó el Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, que utiliza esencialmente el mismo lenguaje[1126]. En la actualidad, no parece haber ningún Estado con legislación sobre crímenes de lesa humanidad que prohíba el enjuiciamiento después de transcurrido cierto tiempo. Por el contrario, numerosos Estados han aprobado legislación específica contra toda limitación de esa índole.

31) Muchos tratados que se ocupan de delitos tipificados en el derecho nacional que no sean crímenes de lesa humanidad no contienen ninguna prohibición acerca de la prescripción. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura no contiene ninguna prohibición de que se aplique la prescripción a los delitos relacionados con la tortura. Aun así, el Comité contra la Tortura ha afirmado que, habida cuenta de su gravedad, esos delitos no deben estar sujetos a prescripción[1127]. Asimismo, si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1128] no aborda directamente la cuestión, el Comité de Derechos Humanos ha exhortado a que se suprima la prescripción en relación con las violaciones graves del

[1123] Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya (véase la nota 1067 *supra*), art. 5; Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq (véase la nota 1068 *supra*), art. 17 d); Estatuto del Tribunal para Timor Oriental (véase la nota 1066 *supra*), art. 17.1; véanse también el informe de la Tercera Comisión (A/57/806), párr. 10 (Procesos contra el Khmer Rouge) y la resolución 57/228 B de la Asamblea General, de 13 de mayo de 2003. Cabe señalar, además, que se atribuyó a las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya competencia sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos decenios antes de su establecimiento, entre 1975 y 1979, cuando estaban en el poder los Khmer Rouge.

[1124] Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1967, titulada "Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad"; véanse también la resolución 2712 (XXV) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1970; y la resolución 2840 (XXVI) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1971.

[1125] Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. IV.

[1126] Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra (Estrasburgo, 25 de enero de 1974), Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 82, art. 1.

[1127] Véase, por ejemplo, informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/62/44), cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Italia, párr. 40 19).

[1128] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

Pacto[1129]. En cambio, en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas se aborda la cuestión de la prescripción y se establece que "[c]ada Estado parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito"[1130]. Los trabajos preparatorios de la Convención indican que la finalidad de esta disposición era distinguir entre los delitos que pudieran constituir un crimen de lesa humanidad (que no debían prescribir) y todos los demás delitos previstos en la Convención[1131].

Penas apropiadas

32) El proyecto de artículo 5, párrafo 6, establece que todo Estado deberá asegurarse de que los delitos mencionados en el artículo sean castigados con penas apropiadas que tengan en cuenta su gravedad.

33) La Comisión estableció, en su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, que "[e]l responsable de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será sancionado con una pena. La pena será proporcional a la naturaleza y la gravedad del crimen"[1132]. En el comentario se explicó además que "[e]l carácter del crimen es lo que lo distingue de otro […] La gravedad de un crimen se deduce de las circunstancias en que se comete y de los sentimientos que impulsaron a su autor"[1133]. Así pues, "aunque el acto criminal sea jurídicamente el mismo, los medios y métodos utilizados difieren, en función de los diversos grados de depravación y crueldad. Todos esos factores orientarán al tribunal al aplicar la sanción"[1134].

34) En la medida en que una corte o tribunal internacional tenga competencia respecto de los crímenes de lesa humanidad, las penas previstas para ese tipo de delitos podrán variar, pero se espera que sean acordes con la gravedad del delito. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dispone que "[l]a Sala de Primera Instancia solo podrá imponer penas de privación de la libertad. Para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general de los tribunales de la ex-Yugoslavia relativa a las penas de prisión"[1135]. Además, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia debe "tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado"[1136]. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda está redactado en términos idénticos, con la salvedad de que es preciso recurrir a "la práctica general de los tribunales de Rwanda

[1129] Véase, por ejemplo, informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/63/40), vol. I, cap. IV, examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto y de las situaciones de países en ausencia de informes que han dado lugar a observaciones finales públicas, Panamá (secc. A, párr. 79), párr. 7).

[1130] Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 8, párr. 1 a). Por el contrario, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

[1131] Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2004/59) (véase la nota 1117 *supra*), párrs. 43 a 46 y 56.

[1132] *Anuario…, 1996*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, art. 3.

[1133] *Ibid.*, párr. 3) del comentario del art. 3.

[1134] *Ibid.*

[1135] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (véase la nota 1062 *supra*), art. 24, párr. 1.

[1136] *Ibid.*, art. 24, párr. 2.

relativa a las penas de prisión"[1137]. Incluso en el caso de las condenas por los crímenes internacionales más graves de trascendencia internacional, este enfoque puede dar lugar a una gran diversidad de penas. El artículo 77 del Estatuto de Roma también prevé esta flexibilidad, al establecer la posibilidad de imponer una pena de reclusión de hasta 30 años o la reclusión a perpetuidad "cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado"[1138]. Hay fórmulas similares en los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona[1139], el Tribunal Especial para el Líbano[1140], las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental[1141], las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya[1142], el Tribunal Penal Supremo del Iraq[1143] y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés[1144]. Del mismo modo, en la medida en que en un ordenamiento jurídico nacional se hayan tipificado los crímenes de lesa humanidad, las penas previstas para ese tipo de delitos podrán variar, pero se espera que sean acordes con la gravedad del delito.

35) Los tratados internacionales que se ocupan de delitos no dictan a los Estados partes las penas que han de imponerse (o no), sino que, más bien, les conceden un margen de discrecionalidad para determinar el castigo en función de las circunstancias específicas del infractor y del delito[1145]. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio simplemente insta a que se establezcan "sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados..."[1146]. Los Convenios de Ginebra de 1949 también establecen una norma general y dejan margen a los Estados para fijar el castigo adecuado, al exigir simplemente que "[l]as Altas Partes Contratantes […] tom[en] todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar [por la comisión de] una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio…"[1147]. Tratados más recientes que se ocupan de delitos tipificados en los ordenamientos jurídicos nacionales indican generalmente que la pena debe ser "adecuada". Aunque la Comisión propuso inicialmente que se utilizara la expresión "penas severas" en su proyecto de artículos sobre los agentes diplomáticos y otras personas protegidas, los Estados utilizaron en su lugar la expresión "penas adecuadas" en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra

[1137] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (véase la nota 1063 *supra*), art. 23, párr. 1.
[1138] Estatuto de Roma (véase la nota 1054 *supra*), art. 77.
[1139] Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (véase la nota 1065 *supra*), art. 19.
[1140] Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (véase la nota 1093 *supra*), art. 24.
[1141] Estatuto del Tribunal para Timor Oriental (véase la nota 1066 *supra*), art. 10.
[1142] Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya (véase la nota 1067 *supra*), art. 39.
[1143] Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq (véase la nota 1068 *supra*), art. 24.
[1144] Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias (véase la nota 1069 *supra*), art. 24.
[1145] Véase el informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2004/59), párr. 58 (donde se indica que "[v]arias delegaciones expresaron su satisfacción por el margen de maniobra otorgado a los Estados" en esa disposición); informe del Comité *Ad Hoc* para la Elaboración de una Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 39* (A/32/39), anexo I (Actas resumidas de las sesiones 1ª a 19ª del Comité), 13ª sesión (15 de agosto de 1977), párr. 4 (observaciones similares del representante de los Estados Unidos de América); resolución 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la impunidad (véase la nota 1100 *supra*), párr. 15 (donde se pide a "todos los Estados [...] que velen por que las penas sean adecuadas y proporcionales a la gravedad del delito cometido").
[1146] Véase la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. V.
[1147] Convenio de Ginebra I, art. 49; Convenio de Ginebra II, art. 50; Convenio de Ginebra III, art. 129; Convenio de Ginebra IV, art. 146; véase el Comentario de 2016 del CICR sobre el artículo 49 (véase la nota 1060 *supra*), párrs. 2838 a 2846.

Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973[1148]. Esa expresión ha servido de modelo para tratados ulteriores. Al mismo tiempo, en la disposición relativa a las penas "adecuadas" de la Convención de 1973 se instó a que la pena tuviera en cuenta el "carácter grave" del delito. La Comisión comentó que esa referencia tenía por finalidad subrayar que la pena debía tener en cuenta los importantes "intereses mundiales" en juego al castigar ese delito[1149]. Desde 1973, este enfoque (que cada Estado parte haga que "esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos") ha sido adoptado en numerosos tratados, entre ellos la Convención contra la Tortura[1150]. En algunos tratados, la cuestión de la gravedad *(gravity)* se expresa con términos como la "extrema gravedad" *(extreme seriousness)*, la "gravedad" *(serious nature)* o la "extrema gravedad" *(extreme gravity)* de los delitos[1151].

Personas jurídicas

36) Los párrafos 1 a 6 del proyecto de artículo 5 versan sobre la responsabilidad penal de las personas físicas que han cometido un hecho delictivo, aunque no se utilice el término "física", lo que concuerda con el criterio adoptado en los tratados relativos a los delitos. El párrafo 7, en cambio, versa sobre la responsabilidad de las "personas jurídicas" por los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5.

37) En los últimos años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha convertido en una figura jurídica de la legislación nacional de muchos Estados, pero sigue siendo desconocida en muchos otros[1152]. En los Estados en que se trata de un concepto conocido, tal responsabilidad a veces existe con respecto a crímenes internacionales[1153]. Por supuesto, los actos que pueden generar esa responsabilidad son cometidos por personas físicas, que actúan como funcionarios, administradores, agentes o en virtud de algún otro cargo o representación de la persona jurídica. Tal responsabilidad, en los Estados en que el concepto existe, suele exigirse cuando el delito en cuestión ha sido cometido por una persona física por cuenta o en beneficio de la persona jurídica.

[1148] Véase Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 2, párr. 2 ("Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas...").

[1149] *Anuario..., 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1, cap. III, secc. B (Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas), párr. 12) del comentario del artículo 2, párr. 2.

[1150] Convención contra la Tortura, art. 4; véanse también Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 9, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 4 b); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 4 b); Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 2 a).

[1151] Véanse, por ejemplo, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 7, párr. 1; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 6; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III.

[1152] Véase, por ejemplo, Tribunal Especial para el Líbano, *New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1, Appeals Panel, Decision of 2 October 2014 on interlocutory appeal concerning personal jurisdiction in contempt proceedings*, en especial párr. 58 (en adelante "STL Appeals Decision") ("la práctica relativa a la responsabilidad penal de las sociedades y las penas con ella relacionadas varía según los ordenamientos jurídicos nacionales").

[1153] Véase, por ejemplo, Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador, *Registro Oficial, Suplemento, Año 1, núm. 180*, 10 de febrero de 2014, art. 90. Sanción para la persona jurídica (que dispone, en una sección titulada "Delitos contra la humanidad", que: "Cuando una persona jurídica sea la responsable de cualquiera de los delitos de esta Sección, será sancionada con la extinción de la misma").

38) La responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha ocupado por el momento un lugar especialmente destacado en los tribunales o cortes penales internacionales. La Carta de Núremberg, en los artículos 9 y 10, autorizó al Tribunal Militar Internacional a declarar durante el juicio de una persona que un grupo u organización era una organización criminal, lo que podía conducir al enjuiciamiento de otras personas por pertenencia a la organización. Durante los procesos incoados ante el Tribunal, así como en los llamados "subsecuentes Procedimientos de Núremberg" iniciados en virtud de la Ley del Consejo de Control Aliado núm. 10, varias organizaciones de esa índole fueron así designadas, pero solo se juzgó y castigó a personas físicas[1154]. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda no eran competentes para juzgar penalmente a personas jurídicas, como tampoco lo son el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales encargadas de conocer de los delitos graves cometidos en Timor Oriental, las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, el Tribunal Penal Supremo del Iraq ni las Salas Africanas Extraordinarias en el marco del sistema judicial senegalés. Los redactores del Estatuto de Roma señalaron que "[e]xiste una profunda divergencia de opiniones por lo que se refiere a la conveniencia de incluir en el Estatuto la responsabilidad penal de las personas jurídicas"[1155] y aunque se formularon propuestas sobre la inclusión de una disposición sobre esa responsabilidad, el Estatuto de Roma en definitiva no contiene tal disposición.

39) La responsabilidad de las personas jurídicas tampoco se ha incluido en muchos tratados que se ocupan de la comisión de delitos en el ámbito nacional, entre otros: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948; los Convenios de Ginebra de 1949; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973; la Convención contra la Tortura, de 1984; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, de 1997; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006. El Proyecto de Código de Crímenes de la Comisión, de 1996, solo se refería a la responsabilidad penal "individual"[1156].

40) Por otra parte, el Protocolo de 2014 por el que se modifica el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de la Unión Africana, aunque no ha entrado aún en vigor, establece la competencia de la Corte Africana Reformada para juzgar a personas jurídicas por delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad[1157]. Además, aunque la competencia para juzgar por la vía penal a personas jurídicas (así como para enjuiciar los crímenes de lesa humanidad) no se establece expresamente en el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, el Grupo de Apelación del Tribunal concluyó en 2014 que el Tribunal era competente para iniciar actuaciones penales contra una persona jurídica por desobediencia al Tribunal[1158].

[1154] Véase, por ejemplo, *United States v. Krauch and others*, en *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals (The I.G. Farben Case)*, vol. VII y VIII (Washington D.C., Tribunales Militares de Núremberg, 1952).

[1155] Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, vol. III (A/CONF.183/13), documento A/CONF.183/2, art. 23, párr. 6, nota 71.

[1156] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, pág. 21.

[1157] Véase *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, 27 de junio de 2014, art. 46C.

[1158] STL Appeals Decision (véase la nota 1152, *supra*). En definitiva, el Tribunal declaró no culpable a la persona jurídica, Al Jadeed TV. Véase *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, Case No. STL-14-05/T/CJ, Contempt Judge*, decisión de 18 de

41) Asimismo, existen varios tratados que se refieren a la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos, en particular: la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973[1159]; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación[1160]; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999[1161]; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000[1162]; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000[1163]; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003[1164]; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, de 2005[1165], y una serie de tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa[1166]. Otros

septiembre de 2015, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 55 (en adelante "STL Contempt Judge Decision"); *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, Case No. STL-14-05/A/AP, Appeals Panel*, decisión de 8 de marzo de 2016.

1159 Véase Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243, art. I, párr. 2 ("Los Estados partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*").

1160 Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989), *ibid.*, vol. 1673, núm. 28911, pág. 57, art. 2, párr. 14 ("A los efectos del presente Convenio: ... por 'persona' se entiende toda persona natural o jurídica") y art. 4, párr. 3 ("Las Partes considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es delictivo").

1161 Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 5. Por lo que respecta a las propuestas presentadas durante las negociaciones que llevaron al artículo 5, véase "Medidas para eliminar el terrorismo internacional: informe del Grupo de Trabajo" (A/C.6/54/L.2) (26 de octubre de 1999).

1162 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 10.

1163 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2171, núm. 27531, pág. 227.

1164 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 26. Por lo que respecta a los antecedentes, véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (publicación de las Naciones Unidas en formato electrónico, noviembre de 2012), págs. 253 a 256, y Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (segunda edición revisada, 2012), págs. 92 a 98. Por lo que respecta a la convención análoga adoptada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, véase OCDE, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (París, 21 de noviembre de 1997), art. 2 ("Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero"), que se puede consultar en http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf (consultada el 11 de julio de 2016).

1165 Protocolo de 2005 al Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental (Londres, 14 de octubre de 2005), art. 5 (para el texto de la Convención de 1988 y el Protocolo correspondiente, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, núm. 29004, pág. 201).

1166 Véase, por ejemplo, Consejo de Europa, *Criminal Law Convention on Corruption* (Estrasburgo, 27 de enero de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2216, núm. 39391, pág. 225, art. 18, complementada con el *Additional Protocol* (Estrasburgo, 15 de mayo de 2003) (relativo a la corrupción de árbitros y jurados), *ibid.*, vol. 2466, núm. 39391, pág. 168; *European Convention on the Suppression of Terrorism* (Estrasburgo, 27 de enero de 1977), *ibid.*, vol. 1137, núm. 17828, pág. 93, art. 10.

instrumentos regionales también se ocupan de esta cuestión, principalmente en relación con la corrupción[1167]. Esos tratados no suelen definir la expresión "persona jurídica", dejando que los ordenamientos jurídicos nacionales apliquen la definición que normalmente rija en ellos.

42) La Comisión decidió incluir una disposición sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por crímenes de lesa humanidad, en vista de la posible participación de personas jurídicas en actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. A este respecto, ha empleado una terminología comúnmente aceptada por los Estados en relación con otros crímenes y que ofrece a los Estados una gran flexibilidad en el cumplimiento de su obligación.

43) El párrafo 7 del proyecto de artículo 5 toma como modelo el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000. El Protocolo Facultativo fue aprobado por la Asamblea General en 2000 y entró en vigor en 2002. En agosto de 2016, 173 Estados eran partes en el Protocolo Facultativo y otros 9 Estados lo habían firmado pero no lo habían ratificado todavía. El artículo 3, párrafo 1, del Protocolo Facultativo dispone que los Estados partes están obligados a asegurarse de que determinados actos queden comprendidos en su legislación penal, como la venta de niños para su explotación sexual o el ofrecimiento de un niño con fines de prostitución. Más adelante, el artículo 3, párrafo 4, dice así: "Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa".

44) El párrafo 7 del proyecto de artículo 5 utiliza los mismos términos, pero sustituye las palabras "Estado parte" por "Estado" y la expresión "por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo" por la de "por los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo". El párrafo 7 impone al Estado la obligación de "[adoptar] medidas", en el sentido de que está obligado a procurar de buena fe adoptar esas medidas. Al mismo tiempo, el párrafo 7 concede al Estado una gran flexibilidad para configurar esas medidas en consonancia con su legislación nacional. En primer lugar, las palabras "[c]on sujeción a las disposiciones de su legislación nacional" deben interpretarse en el sentido de que el Estado dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a las medidas que se adopten; la obligación se entiende "con sujeción al" enfoque en materia de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos que exista en la legislación nacional del Estado. Por ejemplo, en la mayoría de los Estados, la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos solo será de aplicación, de conformidad con la legislación nacional, respecto de determinados tipos de personas jurídicas y no de otras. En la mayoría de las legislaciones nacionales, la expresión "personas jurídicas", en este contexto, probablemente excluya a los Estados, los Gobiernos u otros órganos públicos que ejerzan competencias del Estado, así como a las organizaciones internacionales públicas[1168]. Asimismo, la responsabilidad de las personas

[1167] Véase, por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, art. 8; *Southern African Development Community Protocol against Corruption* (Blantyre, Malawi, 14 de agosto de 2001), que puede consultarse en www.sadc.int/files/7913/5292/8361/Protocol_Against_Corruption2001.pdf, art. 4, parr. 2; *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*, art. 11, parr. 1.

[1168] El Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa enuncia explícitamente esa excepción (véase, por ejemplo, el art. 1 d), "a efectos del presente Convenio: ... por 'persona jurídica' se entenderá cualquier entidad que posea esta condición en virtud del derecho internacional aplicable, excepción hecha de los Estados o de otras entidades públicas en el ejercicio de sus prorrogativas de poder público y de las organizaciones internacionales públicas").

jurídicas con arreglo a las legislaciones nacionales puede variar en razón de la diversidad de personas físicas cuyo comportamiento puede atribuirse a la persona jurídica; las formas de responsabilidad de las personas físicas que pueden dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica; si es necesario demostrar el dolo de una persona física para establecer la responsabilidad de la persona jurídica; o si es necesario demostrar que una persona física concreta ha cometido el delito[1169].

45) En segundo lugar, todo Estado está obligado a tomar medidas, "cuando proceda", para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas. Aunque el Estado, en virtud de su legislación nacional, pueda en general imputar responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de un delito, podrá llegar a la conclusión de que tal medida no procede en el contexto específico de los crímenes de lesa humanidad.

46) En cuanto a las medidas adoptadas, la segunda oración del párrafo 7 dispone: "Con sujeción a los principios jurídicos del Estado, dicha responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa". Esa oración figura, no solo en el Protocolo Facultativo de 2000, como se ha señalado antes, sino también en otros tratados que han obtenido muchas adhesiones, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000[1170], y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003[1171]. La flexibilidad que pone de manifiesto la terminología empleada reconoce y tiene en cuenta una vez más la diversidad de los enfoques adoptados en los sistemas jurídicos nacionales. No hay, como tal, una obligación de establecer la responsabilidad penal si ello es incompatible con los principios jurídicos nacionales de un Estado; en esos casos, se puede recurrir como alternativa a una forma de responsabilidad civil o administrativa. En cualquier caso, ya sea penal, civil o administrativa, esa responsabilidad se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas establecida en el proyecto de artículo 5.

Artículo 6
Establecimiento de la competencia nacional

1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 en los siguientes casos:

a) cuando el delito sea cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) cuando el presunto infractor sea nacional de ese Estado o, si ese Estado lo considera apropiado, una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio;

[1169] Para una breve visión de conjunto de las diferencias entre los sistemas jurídicos de derecho anglosajón *(common law)* y los de inspiración romanista respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas, véase STL Contempt Judge Decision (nota 1152 *supra*), párrs. 63 a 67.

[1170] En especial el art. 10, párr. 2 ("Con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa"); véase también el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 5, párr. 1 ("Cada Estado parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa").

[1171] En especial el art. 26, párr. 2 ("Con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa").

c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado si este lo considera apropiado.

2. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 en los casos en que el presunto infractor se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extradite o lo entregue de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de artículos.

3. El presente proyecto de artículos no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por un Estado de conformidad con su derecho interno.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 dispone que todo Estado ha de establecer su competencia respecto de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 en una serie de casos, como cuando el delito tiene lugar en un territorio bajo su jurisdicción, ha sido cometido por uno de sus nacionales o el infractor se encuentra en un territorio bajo su jurisdicción.

2) Por regla general, los instrumentos internacionales han tratado de alentar a los Estados a que establezcan en la legislación nacional una gama relativamente amplia de fundamentos jurisdiccionales para reprimir los delitos más graves de trascendencia internacional, de modo que no haya refugio para quienes los cometan. Así, con arreglo al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996, elaborado por la Comisión, "cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes" previstos en el Proyecto de Código, que no sean el crimen de agresión, "sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores"[1172]. La amplitud de esa competencia era necesaria porque "[l]a Comisión consideró que la aplicación efectiva del código requería un planteamiento mixto de la jurisdicción, basado en la competencia más amplia de los tribunales nacionales combinada con la posible competencia de un tribunal penal internacional"[1173]. El preámbulo del Estatuto de Roma dispone que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional [...] para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia" y que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

3) Así pues, cuando los tratados que se ocupan de delitos tratan de la aplicación en la legislación nacional, incluyen generalmente una disposición sobre el establecimiento de la jurisdicción nacional. Por ejemplo, en los debates celebrados en un grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos establecido para elaborar un instrumento internacional sobre la desaparición forzada se señaló que "[e]l establecimiento de una competencia lo más amplia posible en beneficio de las jurisdicciones penales nacionales en materia de desapariciones forzadas parece ser necesario para que el futuro instrumento sea eficaz"[1174]. Al mismo tiempo, esos tratados suelen obligar únicamente al Estado parte a ejercer su jurisdicción cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio del Estado parte (véase el proyecto de artículo 8 *infra*), lo que da lugar a que se someta el caso a las autoridades competentes de ese Estado parte a efectos de enjuiciamiento o a que se

[1172] *Anuario..., 1996*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, art. 8.

[1173] *Ibid*., párr. 5) del comentario del art. 8.

[1174] Comisión de Derechos Humanos, informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2003/71), párr. 65.

extradite o entregue al presunto infractor a otro Estado parte o tribunal internacional competente (véase el proyecto de artículo 9 *infra*).

4) Reflexionando sobre la aceptación de esa obligación en los tratados y, en particular, en la Convención contra la Tortura, la Corte Internacional de Justicia observó lo siguiente en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*:

> "La obligación del Estado de tipificar la tortura y establecer su competencia al respecto encuentra su equivalente en las disposiciones de muchos instrumentos internacionales de lucha contra la delincuencia internacional. Esta obligación, que tiene que ser cumplida por el Estado en cuestión en el momento en que queda obligado por la Convención, tiene en particular una naturaleza preventiva y disuasoria, ya que al dotarse de las herramientas jurídicas necesarias para enjuiciar este tipo de delitos, los Estados partes se aseguran de que sus sistemas jurídicos funcionarán a tal fin y se comprometen a coordinar sus esfuerzos por eliminar todo riesgo de impunidad. Este carácter preventivo se hace más pronunciado a medida que aumenta el número de Estados partes."[1175]

5) Hay disposiciones comparables a las que figuran en el proyecto de artículo 6 en muchos tratados que se ocupan de delitos[1176]. Aunque aún no existe ningún tratado relativo a los crímenes de lesa humanidad, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal indicaron en su opinión separada conjunta que:

> "La serie de tratados multilaterales con disposiciones especiales en materia de competencia refleja la determinación de la comunidad internacional de que no queden impunes las personas involucradas en crímenes de guerra, secuestros, toma de rehenes [y] torturas. A pesar de que los crímenes de lesa humanidad no son todavía objeto de una convención independiente, no cabe dudar de una indignación internacional comparable ante esos actos."[1177]

6) El proyecto de artículo 6, párrafo 1 a), exige que se establezca la competencia cuando el delito se cometa en el territorio del Estado, un tipo de competencia que a menudo se denomina "competencia territorial". En lugar de referirse únicamente al "territorio" de un Estado, la Comisión consideró apropiado referirse al territorio "bajo su jurisdicción" con

---

[1175] Véase *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 451, párr. 75.

[1176] Véase, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 4; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 974, núm. 14118, pág. 177, art. 5, párr. 1 a) y b); Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 3; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 5; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 12; Convención contra la Tortura, art. 5; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 10; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. IV; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 6; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 7; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 6, párr. 1; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2225, núm. 39574, pág. 209, art. 15; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 9, párrs. 1 y 2; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VII, párrs. 1) a 3).

[1177] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3, opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 51.

objeto de englobar tanto el territorio *de jure* del Estado como el territorio bajo su jurisdicción o control *de facto*. Esa terminología se ajusta a la formulación empleada por los tratados pertinentes en la materia. El texto del proyecto de artículo 4 tendrá que revisarse en el futuro para asegurar la coherencia de la terminología[1178]. Además, la competencia territorial a menudo incluye la competencia para conocer de los delitos cometidos a bordo de un buque o una aeronave matriculados en el Estado; de hecho, los Estados que aprueban leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad generalmente establecen su competencia respecto de los actos ocurridos en esos buques o aeronaves.

7) El proyecto de artículo 6, párrafo 1 b), requiere que se establezca la competencia cuando el presunto infractor sea nacional de ese Estado, un tipo de competencia que en ocasiones se denomina "competencia en razón de la nacionalidad" o "competencia en razón de la personalidad activa". El párrafo 1 b) también indica que el Estado puede, a título facultativo, establecer la competencia cuando el infractor sea "una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio". Esa formulación se basa en el texto de algunas convenciones vigentes, como el artículo 5, párrafo 1 b), de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.

8) El proyecto de artículo 6, párrafo 1 c), se refiere a la competencia cuando la víctima sea nacional del Estado, un tipo de competencia que a veces se conoce como "competencia en razón de la personalidad pasiva". Dado que muchos Estados prefieren no ejercer ese tipo de competencia, es facultativa; un Estado puede establecer esa competencia "si [...] lo considera apropiado", pero no está obligado a hacerlo. Esa formulación también se basa en el texto de una amplia variedad de convenciones en vigor.

9) El proyecto de artículo 6, párrafo 2, se refiere a las situaciones en que los demás tipos de competencia pueden no existir, pero el presunto infractor "se encuentr[a]" en un territorio bajo la jurisdicción del Estado y este no lo extradita o lo entrega de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de artículos. En ese caso, aunque el delito no se haya cometido en su territorio, el presunto infractor no sea nacional de ese Estado y la víctima o las víctimas del delito tampoco lo sean, el Estado tiene la obligación de establecer la competencia dada la presencia del presunto infractor en su territorio. Esa obligación contribuye a impedir que un presunto infractor busque refugio en un Estado que, por lo demás, no tiene ninguna conexión con el delito.

10) El proyecto de artículo 6, párrafo 3, deja claro que, si bien todo Estado tiene la obligación de establecer esos tipos de competencia, ello no excluye el ejercicio de cualquier otra competencia prevista en la legislación nacional de ese Estado. A fin de preservar el derecho de los Estados partes a establecer una competencia nacional más allá del alcance del tratado, y sin perjuicio de cualquier norma de derecho internacional aplicable, los tratados que se ocupan de delitos generalmente prevén la posibilidad de que un Estado parte pueda haber determinado otros motivos para establecer su competencia que le permitan exigir responsabilidades a un presunto infractor[1179]. En su opinión separada

[1178] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), cap. VII, secc. C, art. 4, párr. 1 a) (en referencia a "todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control").

[1179] Véase Comité Especial encargado de Elaborar una Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, proyecto revisado de convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (A/AC.254/4/Rev.4), nota 102, pág. 21; véase también Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, *European Treaty Series*, núm. 173, párr. 83 ("La competencia se ha basado tradicionalmente en la territorialidad o la nacionalidad. No obstante, en el ámbito de la corrupción, esos principios pueden no bastar siempre para ejercer la competencia, por ejemplo, respecto de los casos que se han producido fuera del territorio de una Parte, sin participación de sus nacionales, pero que afectan a sus intereses (como la seguridad nacional). En el párrafo 4 del presente artículo permite a las Partes establecer, de conformidad con su legislación nacional, otros tipos de competencia").

conjunta en la causa relativa a la *Orden de detención*, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal citaron, entre otras, una disposición de esa índole que figura en la Convención contra la Tortura, y declararon lo siguiente:

> "Rechazamos la idea de que la lucha contra la impunidad se 'delega' en los tratados y tribunales internacionales y de que los tribunales nacionales no tienen ninguna competencia en esas cuestiones. Se ha prestado gran atención al formular las disposiciones convencionales en la materia a no excluir otros motivos de competencia que puedan ejercerse con carácter voluntario."[1180]

11) El establecimiento de los diversos tipos de competencia nacional citados en el proyecto de artículo 6 son importantes para apoyar la obligación *aut dedere aut iudicare*, enunciada en el proyecto de artículo 9 *infra*. En su opinión separada en la causa relativa a la *Orden de detención*, el Magistrado Guillaume observó lo siguiente con respecto al "sistema" establecido en virtud de los tratados de ese tipo:

> "Siempre que el autor de cualquiera de los delitos recogidos en esas convenciones se encuentre en el territorio de un Estado, este tiene la obligación de detenerlo y después extraditarlo o juzgarlo. *Antes debe haber conferido competencia a sus tribunales para juzgarlo si no es extraditado*. De este modo se asegura el castigo universal de todos esos delitos, ya que se deniega refugio a los infractores en todos los Estados."[1181]

Artículo 7
Investigación

Todo Estado velará por que las autoridades competentes procedan inmediatamente a una investigación imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se han cometido o van a cometerse actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en cualquier territorio bajo su jurisdicción.

Comentario

1) El proyecto de artículo 7 se ocupa de las situaciones en que hay motivos razonables para creer que se han cometido o van a cometerse actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en el territorio bajo la jurisdicción de un Estado. Ese Estado es el más indicado para realizar ese tipo de investigación a fin de determinar si, de hecho, los delitos se han cometido o se están cometiendo y, de ser así, si han sido cometidos por fuerzas gubernamentales bajo su control, fuerzas bajo el control de otro Estado o miembros de una organización no estatal. Esa investigación puede servir no solo para identificar a los presuntos infractores y localizarlos, sino también para contribuir a acabar con los delitos que se están cometiendo e impedir que vuelvan a cometerse identificando su origen. La investigación debe contrastarse con una investigación preliminar de los hechos en relación con el presunto infractor que se encuentre en el Estado, a la que se hace referencia en el proyecto de artículo 8, párrafo 2, *infra*.

2) Una obligación comparable ha figurado en algunos tratados sobre otros delitos[1182]. Por ejemplo, el artículo 12 de la Convención contra la Tortura dispone lo siguiente: "Todo

[1180] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 1177 *supra*), opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 51.

[1181] *Ibid*., opinión separada del Magistrado Guillaume, párr. 9 [sin cursiva en el original].

[1182] Véase, por ejemplo, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 8; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 12, párr. 2; Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011), Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 210, art. 55, párr. 1.

Estado parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial". Esa obligación es diferente de la obligación del Estado parte recogida en el artículo 6, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura de realizar una investigación de los hechos en relación con un presunto infractor en concreto. Como se ha señalado, el artículo 12 de la Convención contra la Tortura exige que se proceda a una investigación siempre que haya "motivos razonables para creer" que se ha cometido un delito, independientemente de si las víctimas han presentado una denuncia oficial ante las autoridades del Estado[1183]. Dado que es, en efecto, probable que cuanto más sistemática sea la práctica de la tortura en un determinado país, menor sea el número de denuncias oficiales de tortura que se presenten, es posible que se vulnere el artículo 12 de la Convención contra la Tortura aunque el Estado no haya recibido ninguna denuncia al respecto. El Comité contra la Tortura ha señalado que las autoridades de los Estados deben "proceder inmediatamente" a una investigación siempre que haya motivos razonables para creer que se han cometido actos de tortura o malos tratos, "sin que tenga mayor relevancia el origen de la sospecha"[1184].

3) El Comité contra la Tortura también ha determinado que se había producido una infracción del artículo 12 cuando la investigación del Estado no ha sido "pronta e imparcial"[1185]. La condición de que sea pronta significa que en cuanto exista la sospecha de que se ha cometido un delito, deben iniciarse de inmediato o sin demora las investigaciones. En la mayoría de los casos en que el Comité determinó que no se había actuado con prontitud, lo que había ocurrido es que no se había llevado a cabo ningún tipo de investigación o la investigación no se había iniciado hasta después de transcurrido mucho tiempo. Por ejemplo, el Comité consideró que "el transcurso de un período de 15 meses antes de iniciar una investigación de las alegaciones es excesivamente largo y no cumple el requisito del artículo 12 de la Convención"[1186]. Los motivos subyacentes al requisito de la prontitud son que las huellas físicas que podrían probar la tortura pueden desaparecer rápidamente y que las víctimas pueden estar en peligro de ser sometidas a nuevas torturas, algo que una pronta investigación puede prevenir[1187].

4) El requisito de la imparcialidad significa que los Estados deben proceder a realizar las investigaciones de manera seria, efectiva y justa. En algunas ocasiones, el Comité contra la Tortura ha recomendado que la investigación de los delitos "esté bajo la vigilancia directa de jueces independientes"[1188]. En otras ocasiones, ha afirmado la "prohibición

[1183] Véase *Encarnación Blanco Abad c. España*, comunicación núm. 59/1996, 14 de mayo de 1998, párr. 8.2, en el informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/53/44), anexo X, secc. A.3; *Danilo Dimitrijevic c. Serbia y Montenegro*, comunicación núm. 172/2000, 16 de noviembre de 2005, párr. 7.3, *ibid*., *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/61/44), anexo VIII, secc. A.

[1184] Véase *Dhaou Belgacem Thabti c. Túnez*, comunicación núm. 187/2001, 14 de noviembre de 2003, párr. 10.4, *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/59/44), anexo VII, secc. A.

[1185] Véase, por ejemplo, *Bairamov c. Kazajstán*, comunicación núm. 497/2012, 14 de mayo de 2014, párrs. 8.7 y 8.8, *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/69/44), anexo XIV.

[1186] *Qani Halimi-Nedzibi c. Austria*, comunicación núm. 8/1991, 18 de noviembre de 1993, párr. 13.5, *ibid.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/49/44), anexo V.

[1187] *Encarnación Blanco Abad c. España* (véase la nota 1183 *supra*), párr. 8.2.

[1188] Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/49/44), cap. IV, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Ecuador, párrs. 97 a 105, en especial párr. 105.

absoluta a todo organismo del Estado no habilitado para ello, de desarrollar investigaciones en asuntos de carácter penal"[1189]. El Comité ha señalado que una investigación imparcial da el mismo peso a las afirmaciones de que el delito se cometió o no se cometió y a continuación sigue las vías de investigación apropiadas, como comprobar los registros públicos disponibles, examinar a los funcionarios públicos competentes, u ordenar la exhumación de los cadáveres[1190].

5) Algunos tratados que no incluyen expresamente esa obligación de investigar han sido interpretados, no obstante, en el sentido de que la incluyen implícitamente. Por ejemplo, aunque en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no figura ninguna obligación expresa de ese tipo, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que los Estados deben investigar de buena fe las infracciones del Pacto[1191]. Los órganos regionales de derechos humanos también han interpretado que sus instrumentos jurídicos contienen una obligación implícita de llevar a cabo una investigación[1192].

Artículo 8
Medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio

1. Si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, todo Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre una persona sospechosa de haber cometido alguno de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales para asegurar su presencia. La detención y las otras medidas legales se llevarán a cabo de conformidad con la legislación de ese Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega.

2. Dicho Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

1189 *Ibid., quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/56/44), cap. IV, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Guatemala, párrs. 67 a 76, en especial párr. 76 d).

1190 *Khaled Ben M'Barek c. Túnez*, comunicación núm. 60/1996, 10 de noviembre de 1999, párrs. 11.9 y 11.10, *ibid., quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/55/44), anexo VIII, secc. A.

1191 Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 15 (informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/59/40), vol. I, anexo III); véase también *Nazriev c. Tayikistán*, comunicación núm. 1044/2002, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2006, párr. 8.2 (*ibid., sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/61/40), vol. II, anexo V, secc. P); *Kouidis c. Grecia*, comunicación núm. 1070/2002, dictamen aprobado el 28 de marzo de 2006, párr. 9 (*ibid*., secc. T); *Agabekov c. Uzbekistán*, comunicación núm. 1071/2002, dictamen aprobado el 16 de marzo de 2007, párr. 7.2 (*ibid., sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/62/40), vol. II, anexo VII, secc. I); *Karimov c. Tayikistán* y *Nursatov c. Tayikistán*, comunicaciones núms. 1108/2002 y 1121/2002, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2007, párr. 7.2 (*ibid*., secc. H).

1192 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ergi v. Turkey*, 28 de julio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions 1998-IV*, párrs. 82, 85 y 86; *Bati and Others v. Turkey*, demandas núms. 33097/96 y 57834/00, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-IV, párr. 133; *Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 37; *Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas c. Perú*, informe núm. 101/01, de 11 de octubre de 2001, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev., pág. 563.

3. Cuando un Estado, de conformidad con el presente proyecto de artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 6, párrafo 1. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente proyecto de artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su competencia.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 prevé la adopción de algunas medidas preliminares por el Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre un presunto infractor. El párrafo 1 insta al Estado a proceder a la detención de dicha persona o tomar otras medidas legales para asegurar su presencia, de conformidad con la legislación de ese Estado, pero solamente por el período que sea necesario a fin de permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega. Se trata de medidas habituales en los procedimientos penales nacionales, en particular para evitar nuevos actos delictivos y el riesgo de fuga del presunto infractor.

2) El párrafo 2 dispone que el Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos. El derecho penal nacional de los Estados suele disponer tal investigación preliminar para determinar si existe un delito perseguible.

3) El párrafo 3 dispone que el Estado notificará inmediatamente las medidas adoptadas a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 6, párrafo 1, e indicará si se propone ejercer su competencia. Ello permitirá a esos otros Estados plantearse si desean ejercer su competencia, en cuyo caso podrán solicitar la extradición. En algunas situaciones, un Estado puede no ser plenamente consciente de qué otros Estados han establecido su competencia (por ejemplo, un Estado que ha establecido, como opción, su competencia respecto de una persona apátrida que reside habitualmente en el territorio de ese Estado); en tales casos, la viabilidad del cumplimiento de la obligación puede depender de las circunstancias.

4) La Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas han reconocido la importancia de esas medidas preliminares en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Así, la Asamblea General ha instado "a todos los Estados a quienes concierna a que adopten las medidas necesarias para la investigación rigurosa de [...] los crímenes de lesa humanidad [...] así como para la identificación, detención, extradición y castigo de tod[a]s [...] las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y que no hayan sido enjuiciad[a]s ni castigad[a]s"[1193]. En ese mismo sentido, ha afirmado que "la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de [...] crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas del derecho internacional universalmente reconocidas"[1194]. El Consejo de Seguridad ha puesto de relieve que "los Estados tienen la responsabilidad de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y de investigar exhaustivamente y procesar a las personas responsables de [...] crímenes de lesa humanidad u otras infracciones graves del derecho internacional

[1193] Resolución 2583 (XXIV) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1969, sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, párr. 1.

[1194] Resolución 2840 (XXVI) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1971, sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, párr. 4.

humanitario, a fin de impedir dichas infracciones, evitar que se repitan y buscar la paz sostenible, la justicia, la verdad y la reconciliación"[1195].

5) Los tratados que se ocupan de delitos suelen prever esas medidas preliminares[1196], como el artículo 6 de la Convención contra la Tortura[1197]. Al examinar, entre otras, las disposiciones que figuran en el artículo 6, la Corte Internacional de Justicia ha explicado que "la incorporación de la legislación correspondiente en el derecho interno [...] permitirá al Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso proceder de inmediato a una investigación preliminar de los hechos [...], una medida necesaria para permitir a ese Estado, con conocimiento de los hechos, someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento..."[1198]. La Corte ha determinado que la investigación preliminar tiene por objeto, como cualquier investigación realizada por las autoridades competentes, corroborar o no las sospechas que pesan sobre una determinada persona. Las autoridades que realizan la investigación tienen encomendada la instrucción del sumario con los hechos y los elementos de prueba; "esas pruebas pueden consistir en documentos o declaraciones testimoniales relativas a los hechos del caso y la posible participación en ellos del sospechoso"[1199]. La Corte ha señalado además que "si bien la elección de los medios para la realización de la investigación sigue en manos de los Estados partes", es preciso adoptar las medidas "no bien se identifique al sospechoso en el territorio del Estado, a fin de proceder a la investigación del caso"[1200]. Asimismo, el propósito de esas medidas preliminares es "poder incoar un proceso contra un sospechoso, en caso de no concederse la extradición, y de lograr el objetivo y propósito de la Convención, que es hacer más eficaz la lucha contra la tortura evitando que queden impunes los autores de esos actos"[1201].

Artículo 9
Aut dedere aut iudicare

El Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, salvo que extradite o entregue a la persona a otro Estado o tribunal penal internacional competente. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 obliga al Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentra un presunto infractor a enjuiciarlo en el marco del sistema nacional del Estado. El único medio alternativo de cumplimiento de esa obligación es que el Estado extradite o

[1195] Resolución 1894 (2009) del Consejo de Seguridad, de 11 de noviembre de 2009, párr. 10.

[1196] Véase, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 6; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 6; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 6; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 8; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 7; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 9; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 7; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 10; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VIII.

[1197] Convención contra la Tortura, art. 6.

[1198] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 1175 *supra*), pág. 450, párr. 72.

[1199] *Ibid*., pág. 453, párr. 83.

[1200] *Ibid*., pág. 454, párr. 86.

[1201] *Ibid*., pág. 451, párr. 74.

entregue al presunto infractor a otro Estado o tribunal penal internacional competente que esté dispuesto a enjuiciarlo y tenga capacidad para hacerlo. Esa obligación suele conocerse como el principio *aut dedere aut iudicare*, un principio que ha sido estudiado recientemente por la Comisión[1202] y que figura en numerosos tratados multilaterales sobre delitos[1203]. Si bien una traducción literal de *aut dedere aut iudicare* tal vez no capte plenamente el sentido de la obligación, la Comisión decidió mantener esa expresión en el título, habida cuenta de la frecuencia de su uso, para referirse a una obligación de ese tipo.

2) En el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996, elaborado por la Comisión, se definían los crímenes de lesa humanidad en el artículo 18 y, en el artículo 9, se disponía además que "[s]in perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17, 18, 19 o 20 concederá la extradición de esa persona o la juzgará"[1204].

3) La mayoría de los tratados multilaterales en que se establece esa obligación[1205] emplean la denominada "fórmula de La Haya", que debe su nombre al Convenio de La

---

[1202] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), cap. IV.

[1203] "Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema 'La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)'", Estudio de la Secretaría (A/CN.4/630).

[1204] *Anuario..., 1996*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D (art. 9); véase también la resolución 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la impunidad (nota 1100 *supra*), párr. 2 (donde estima que "los Estados deben enjuiciar o extraditar a los autores, incluidos los cómplices, de delitos internacionales como [...] los crímenes de lesa humanidad [...] en cumplimiento de sus obligaciones internacionales para llevarlos ante la justicia, y exhorta a todos los Estados a que tomen medidas eficaces para cumplir estas obligaciones").

[1205] Véase Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional (Washington, D.C., 2 de febrero de 1971), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1438, núm. 24381, pág. 191, art. 5; Convención de la Organización de la Unidad Africana para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África (Libreville, 3 de julio de 1977), *ibid*., vol. 1490, núm. 25573, pág. 89, arts. 8 y 9, párrs. 2 y 3; Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 de enero de 1977), *ibid*., vol. 1137, núm. 17828, pág. 93, art. 7; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 14; Convención Regional de la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) sobre la Eliminación del Terrorismo (Katmandú, 4 de noviembre de 1987), en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión…* (véase la nota 1058 *supra*), pág. 186, en especial art. IV, pág. 188; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, art. 6; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 18 de marzo de 1994), OEA, *Treaty Series*, núm. 79, art. 9; Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996), art. 13, párr. 6; Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (Washington, D.C., 14 de noviembre de 1997), art. 19, párr. 6; Liga de los Estados Árabes, Convención Árabe sobre la Represión del Terrorismo (El Cairo, 22 de abril de 1998), en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión…* (véase la nota 1058 *supra*), pág. 191, en especial art. 6, párr. 195; Consejo de Europa, Convenio Penal sobre la Corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999), *European Treaty Series*, núm. 173, art. 27, párr. 5; Convención de la Organización de la Conferencia Islámica sobre la Lucha contra el Terrorismo Internacional (Uagadugú, 1 de julio de 1999), anexo a la resolución 59/26-P, que puede consultarse en www.oic-oci.org/english/convenion/terrorism_convention.htm, art. 6; Consejo de Europa, Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest, 23 de noviembre de 2001), *European Treaty Series*, núm. 185, art. 24, párr. 6; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003), que puede consultarse en www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7786-file-african_union_convention_preventing_combating_corruption.pdf, art. 15, párr. 6; Convenio del Consejo de Europa para la

Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970[1206]. En virtud de esa fórmula, la obligación surge siempre que el presunto infractor se encuentre en el territorio del Estado parte, independientemente de que algún otro Estado parte desee solicitar la extradición. Aunque habitualmente se alude a ella como la obligación de extraditar o "juzgar", la obligación consiste en "somete[r] el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento", esto es, someter el asunto a la fiscalía, que puede decidir o no proceder al enjuiciamiento. En particular, si las autoridades competentes determinan que no hay pruebas suficientes de culpabilidad, el acusado no debe ser imputado, enjuiciado o castigado[1207]. En los trabajos preparatorios del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves se indica que la fórmula establecía "la obligación de capturar al presunto delincuente, la posibilidad de su extradición, la obligación de remitir el caso a la autoridad competente y la posibilidad de enjuiciamiento"[1208].

4) En la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la Corte Internacional de Justicia analizó la fórmula de La Haya en el contexto del artículo 7 de la Convención contra la Tortura:

> "90. Tal como se desprende de los trabajos preparatorios de la Convención, el artículo 7, párrafo 1, se basa en una disposición similar que figura en el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. La obligación de someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (en adelante, la 'obligación de juzgar') se formuló a fin de permitir a esas autoridades decidir si corresponde o no iniciar el proceso, con lo cual se respeta la independencia de los sistemas judiciales de los Estados partes. Estos dos instrumentos ponen de relieve, además, que las autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación del Estado interesado (artículo 7, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y artículo 7 del Convenio de La Haya de 1970). En consecuencia, las autoridades competentes que intervengan siguen siendo responsables de decidir si corresponde iniciar un proceso, teniendo en cuenta las pruebas de que dispongan y las normas pertinentes de procedimiento penal.
>
> 91. La obligación de juzgar establecida en el artículo 7, párrafo 1, suele aplicarse en el contexto de la Convención contra la Tortura después de que el Estado haya cumplido las demás obligaciones establecidas en los artículos precedentes, que lo obligan a aprobar la legislación adecuada que le permita tipificar como delito la tortura, a establecer la jurisdicción universal en la materia de sus tribunales y a proceder a una investigación de los hechos. Esas obligaciones, en su conjunto, pueden considerarse elementos de un mismo mecanismo convencional que tiene por objeto evitar que los sospechosos puedan eludir las consecuencias de su responsabilidad penal, si se prueba [...].

Prevención del Terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005), *Council of Europe Treaty Series*, núm. 196, art. 18; Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005), *Council of Europe Treaty Series*, núm. 197, art. 31, párr. 3; y Convención de la ASEAN sobre la Lucha contra el Terrorismo (véase la nota 1058 *supra*), art. XIII, párr. 1.

[1206] Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 7.

[1207] Véase A/CN.4/630 (nota 1203 *supra*), págs. 77 y 78.

[1208] Declaración del Presidente Gilbert Guillaume (delegado de Francia), Organización de Aviación Civil Internacional, *Comité Jurídico, 17º período de sesiones, Montreal, 9 de febrero a 11 de marzo de 1970, Actas y documentos relativos al tema del apoderamiento ilícito de aeronaves* (Montreal, 1970), 30ª sesión (3 de marzo de 1970) (Doc. 8877-LC/161), párr. 15.

[...]

94. La Corte aclara que el artículo 7, párrafo 1, exige al Estado interesado que someta el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin que importe la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso. En consecuencia, el Estado está obligado a realizar una investigación preliminar (artículo 6, párrafo 2) en cuanto el sospechoso se halle en su territorio, en el entendimiento de que la obligación de someter el caso a las autoridades competentes, con arreglo al artículo 7, párrafo 1, puede dar lugar o no a que se inicie un procedimiento, según las pruebas con que se cuente relacionadas con los cargos que se imputen al sospechoso.

95. Sin embargo, si el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso ha recibido una solicitud de extradición en alguno de los casos previstos en las disposiciones de la Convención, puede eximirse de su obligación de juzgar accediendo a esa solicitud. Con arreglo a la Convención, la elección entre extradición o sometimiento a enjuiciamiento no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso porque, si bien la extradición es una opción que la Convención ofrece al Estado, el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida por la Convención, y su incumplimiento es un acto ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado.

[...]

114. El artículo 7, párrafo 1, de la Convención no contiene ninguna indicación sobre los plazos para el cumplimiento de las obligaciones allí establecidas; está necesariamente implícito en el texto que se deben cumplir dentro de un plazo razonable, de manera compatible con el objetivo y propósito de la Convención.

115. La Corte considera que la obligación de juzgar impuesta al Estado en el artículo 7, párrafo 1, de la Convención, tiene por finalidad que se puedan cumplir el objetivo y propósito de la Convención, a saber 'hacer más eficaz la lucha contra la tortura' (Preámbulo de la Convención). Ese es el motivo por el que el proceso ha de iniciarse sin demora.

[...]

120. El propósito de esas disposiciones convencionales es impedir que los presuntos actos de tortura queden impunes, asegurando que sus autores no puedan refugiarse en ninguno de los Estados partes. El Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso tiene ciertamente la opción de extraditarlo al país que lo haya solicitado, a condición de que sea un Estado que tenga algún tipo de competencia, con arreglo al artículo 5 de la Convención, para enjuiciarlo."[1209]

5) La Corte determinó también diversos factores que no podían justificar el incumplimiento de esas obligaciones: las dificultades financieras del Estado[1210]; la remisión del asunto a una organización regional[1211]; y las dificultades de aplicación en el marco del derecho interno del Estado[1212].

6) La primera oración del proyecto de artículo 9 reconoce que la obligación que incumbe al Estado puede cumplirse extraditando o entregando al presunto infractor no solo a otro Estado, sino también a un tribunal penal internacional competente para enjuiciarlo. Esta tercera alternativa ha surgido con el establecimiento de la Corte Penal Internacional y

[1209] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 1175 *supra*), párrs. 90, 91, 94, 95, 114, 115 y 120.
[1210] *Ibid*., pág. 460, párr. 112.
[1211] *Ibid*.
[1212] *Ibid*., pág. 460, párr. 113.

otros tribunales penales internacionales[1213]. Aunque el término "extradición" a menudo se asocia con el envío de una persona a un Estado y el término "entrega" se utiliza en general para la remisión de una persona a un tribunal penal internacional competente, el proyecto de artículo 9 está redactado de manera que no se limite el uso de los términos en ese sentido. La terminología empleada en los ordenamientos penales nacionales y en las relaciones internacionales puede variar[1214] y, por esa razón, la Comisión consideró que era preferible una formulación más general. Además, si bien el proyecto de artículo 9 podría condicionar la referencia a un tribunal penal internacional estableciendo que ha de ser un tribunal cuya jurisdicción haya reconocido el Estado que entrega a la persona, esa matización se consideró innecesaria[1215].

7) La segunda oración del proyecto de artículo 9 dispone que, cuando un Estado someta el caso a efectos de enjuiciamiento o extradite o entregue a la persona, sus "autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado". La mayoría de los tratados que contienen la fórmula de La Haya incluyen una cláusula de ese tipo, cuyo propósito es contribuir a que se apliquen los procedimientos y criterios probatorios establecidos para los delitos graves.

Artículo 10
Trato justo del presunto infractor

1. Toda persona respecto de la cual se adopten medidas en relación con uno de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 tendrá garantizados en todas las etapas del procedimiento un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluido el derecho de los derechos humanos.

2. Toda persona que esté en prisión, detenida o recluida en un Estado que no sea el de su nacionalidad tendrá derecho a:

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al cual o los cuales competa por otras razones la protección de sus derechos o, si dicha persona es apátrida, del Estado que, a solicitud de esa persona, esté dispuesto a proteger sus derechos;

b) recibir la visita de un representante de ese Estado o de esos Estados; y

c) ser informado sin demora de los derechos que la asisten de conformidad con el presente párrafo.

3. Los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, en el entendido de que dichas leyes y reglamentos han de permitir que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por el párrafo 2.

[1213] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), cap. VI, secc. C (Informe final sobre el tema), párr. 35), págs. 167 y 168.

[1214] Véase, por ejemplo, la Unión Europea, la decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *Diario Oficial* de las Comunidades Europeas, L 190, 18 de julio de 2002, pág. 1, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:es:HTML. El artículo 1 de la decisión marco dispone lo siguiente: "La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la *entrega* por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad" [sin cursiva en el original].

[1215] Véase la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 11, párr. 1.

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 se centra en la obligación del Estado de dispensar un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos, a todo presunto infractor que se encuentre en un territorio bajo su jurisdicción. Además, el proyecto de artículo 10 reconoce el derecho del presunto infractor que no sea de la nacionalidad del Estado, pero esté en prisión, detenido o recluido, a tener acceso a un representante de su Estado.

2) Todos los Estados prevén en su derecho interno salvaguardias de un grado u otro que amparan a quienes investigan, privan de libertad, juzgan o castigan por la comisión de un delito. Esas salvaguardias pueden especificarse en la constitución, una ley, una disposición administrativa o un precedente judicial. Además, pueden codificarse normas detalladas o establecerse criterios generales sobre los principios de "trato justo", "debidas garantías procesales", "garantías judiciales" o "igualdad de protección". Esas salvaguardias son sumamente importantes para que el extraordinario peso del sistema de justicia penal del Estado no caiga indebidamente sobre un sospechoso y, entre otras cosas, se preserve el derecho de esa persona a defenderse con todos los medios de las acusaciones del Estado ante un tribunal independiente (permitiendo, pues, la "igualdad de medios").

3) Actualmente, las salvaguardias importantes también se reconocen con claridad en el derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos. Al más general de los niveles, esas garantías se reconocen en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[1216], mientras que en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recogen normas más específicas vinculantes para los Estados. En general, los instrumentos que establecen normas destinadas a un tribunal o corte internacional tratan de precisar las normas enunciadas en el artículo 14 del Pacto, mientras que los tratados que tienen por objeto la legislación nacional enuncian una norma amplia cuya finalidad es reconocer e incorporar las normas específicas del artículo 14 y de otros instrumentos pertinentes "en todas las etapas" del procedimiento nacional relacionadas con el presunto infractor[1217].

[1216] Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217A(III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, arts. 10 y 11.

[1217] Véase, por ejemplo, Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 9; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 8, párr. 2; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 7, párr. 3; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (Roma, 10 de marzo de 1988), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, núm. 29004, pág. 201, art. 10, párr. 2; la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), *ibid*., vol. 1577, núm. 27531, pág. 3, art. 40, párr. 2 b); Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989), *ibid*., vol. 2163, núm. 37789, pág. 75, art. 11; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 14; Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (La Haya, 26 de marzo de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2253, núm. 3511, art. 17, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 17; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 13; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, núm. 42146, pág. 41, art. 44, párr. 14; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (Nueva York, 13 de abril de 2005), *ibid*., vol. 2445, núm. 44004, pág. 89, art. 12; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 11, párr. 3; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. 8, párr. 1.

4) Esos tratados que tienen por objeto la legislación nacional no definen qué ha de entenderse por "trato justo", pero se considera que dicha expresión incorpora los derechos concretos que corresponden al presunto infractor, como los previstos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, al elaborar el artículo 8 del proyecto de artículos sobre los delitos contra los agentes diplomáticos, la Comisión afirmó que la expresión "trato imparcial en todas las fases del procedimiento" tenía por objeto "incorporar todas las garantías que se reconocen generalmente al detenido o acusado" y que "[c]omo ejemplo de tales garantías puede citarse el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"[1218]. Además, la Comisión observó que "[l]a expresión 'trato imparcial' se prefirió, debido a su generalidad, a las expresiones más corrientes de 'las debidas garantías procesales', 'enjuiciamiento imparcial', etc., que podrían interpretarse en un sentido técnico estricto"[1219]. Por último, la Comisión también explicó que la expresión "en todas las fases del procedimiento" tenía por objeto "salvaguardar los derechos del presunto culpable desde el momento en que es encontrado y se adoptan medidas para asegurar su presencia hasta que se adopta una decisión final en el asunto"[1220].

5) Aunque la expresión "trato justo" incluye el concepto de "juicio imparcial", en muchos tratados se hace referencia expresa a ese juicio imparcial para destacar su importancia particular. El Comité de Derechos Humanos ha entendido, de hecho, que el derecho a un juicio imparcial es un "elemento fundamental de la protección de los derechos humanos" y un "medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley"[1221]. Así pues, el proyecto de artículo 10, párrafo 1, hace referencia a un trato justo, "incluido un juicio imparcial".

6) Además de un trato justo, el presunto infractor tiene derecho a la máxima protección de sus derechos, ya se desprendan de las disposiciones aplicables del derecho nacional o del derecho internacional, incluido el derecho de los derechos humanos. Esos derechos se recogen en las constituciones, las leyes o en otras disposiciones de los sistemas jurídicos nacionales de los Estados. En el plano internacional, se establecen en los tratados universales de derechos humanos, en los tratados regionales de derechos humanos[1222] o en otros instrumentos aplicables[1223]. Así pues, el proyecto de artículo 10, párrafo 1, también reconoce que el Estado ha de garantizar la plena protección de los derechos del infractor

[1218] *Anuario..., 1972*, vol. II, documento A/8710/rev.1, cap. III, secc. B (Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas), comentario del art. 8, pág. 350.

[1219] *Ibid*.

[1220] *Ibid*.

[1221] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), art. 14 (El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/62/40), anexo VI, párr. 2; véanse también los párrs. 18 a 28.

[1222] Véase, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Pacto de San José de Costa Rica" (San José, 22 de noviembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, pág. 123, art. 8; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), *ibid*., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217, art. 7; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), *ibid*., vol. 213, núm. 2889, pág. 221, art. 6.

[1223] Véase, por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos (nota 1216 *supra*); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948), adoptada por la IX Conferencia internacional de Estados Americanos (que puede consultarse en www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp); Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam, resolución núm. 49/19-P de la Organización de Cooperación Islámica, anexo, que puede consultarse en www.oic-oci.org/english/article/human.htm; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Diario Oficial* de las Comunidades Europeas, núm. C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1.

"de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluido el derecho de los derechos humanos".

7) El párrafo 2 del proyecto de artículo 10 se refiere a las obligaciones del Estado respecto de un presunto infractor que "esté en prisión, detenid[o] o recluid[o]" en un Estado que no sea el de su nacionalidad. Se debe entender que esa expresión abarca todas las situaciones en que el Estado restringe la capacidad de la persona de comunicarse libremente con un representante del Estado de que sea nacional y recibir su visita. En tales circunstancias, el Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor le debe permitir comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al cual o los cuales competa por otras razones la protección de sus derechos. El presunto infractor también tiene derecho a recibir la visita de un representante de ese Estado o de esos Estados. Por último, tiene derecho a ser informado sin demora de esos derechos. Además, el párrafo 2 hace extensivos esos derechos a los apátridas, al establecer su derecho a comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado que, a solicitud de esas personas, esté dispuesto a proteger sus derechos, y a recibir la visita de ese representante.

8) Esos derechos se explican con mayor detalle en el artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963[1224], que reconoce derechos tanto a la persona detenida como al Estado de que sea nacional[1225], y en el derecho internacional consuetudinario. Los tratados recientes sobre delitos no suelen tratar de entrar en esos detalles, sino que, al igual que el proyecto de artículo 10, párrafo 2, sencillamente reiteran que el presunto infractor tiene derecho a comunicarse con un representante del Estado de que es nacional y a recibir su visita (o, en el caso de una persona apátrida, del Estado en que resida habitualmente o que esté dispuesto a proteger sus derechos)[1226].

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo 10 dispone que los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, siempre que dichas leyes y reglamentos no impidan que esos derechos tengan pleno efecto. Esas leyes y reglamentos nacionales pueden referirse, por ejemplo, a la competencia de un juez de instrucción para imponer restricciones a la comunicación con objeto de proteger a las víctimas o los testigos, así como condiciones generales respecto de las visitas a una persona que se encuentre en un centro de reclusión. Existe una disposición similar en el artículo 36, párrafo 2, de la

[1224] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, núm. 8638, pág. 261, art. 36, párr. 1.

[1225] *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial pág. 492, párr. 74 ("El párrafo 1 del artículo 36 establece un régimen interrelacionado destinado a facilitar la puesta en práctica del sistema de la protección consular"), y pág. 494, párr. 77 ("Sobre la base del texto de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 36, la Corte considera que dichas disposiciones generan derechos individuales").

[1226] Véase, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 6; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 6, párr. 3; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 6, párr. 2; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 6, párr. 3; Convención contra la Tortura, art. 6, párr. 3; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 17, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 7, párr. 3; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 9, párr. 3; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 7, párr. 3; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 10, párr. 3; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VIII, párr. 4.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[1227] y también se han incluido en muchos tratados que se ocupan de delitos[1228]. La Comisión explicó la disposición en su comentario a lo que se convirtió en la Convención de Viena de la manera siguiente:

> "5) Todos los derechos que se mencionan deben ejercerse de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado de residencia. Así, pues, las visitas a las personas detenidas o encarceladas se permitirán de conformidad con las disposiciones de los códigos de procedimiento penal y de los reglamentos sobre régimen penitenciario. Por lo común, los códigos de procedimiento penal subordinan la visita a un detenido contra el cual se ha instruido un procedimiento o juicio criminal a la autorización del juez de instrucción, quien decidirá según las necesidades de la instrucción. En el caso citado, el funcionario consular debe solicitar la autorización del juez de instrucción. Si se trata de una persona que cumple una pena de prisión, el reglamento penitenciario en el que se determinan las visitas que pueden hacerse a los detenidos también se aplica a las visitas que el funcionario consular quiera hacer al nacional del Estado que envía que se halle en esa situación.
>
> [...]
>
> 7) El que los derechos enunciados en este artículo deban ejercerse con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado de residencia, no significa que tales leyes y reglamentos puedan hacer ilusorios tales derechos."[1229]

10) En la causa relativa a *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la referencia a los "derechos" que figura en el artículo 36, párrafo 2, de la Convención de Viena "ha de entenderse no solo respecto de los derechos del Estado que entrega a la persona, sino también de los derechos de la persona recluida"[1230].

[1227] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 36, párr. 2.

[1228] Véase, por ejemplo, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 4; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 7, párr. 4; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 9, párr. 4; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 7, párr. 4; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VIII, párr. 5.

[1229] *Anuario..., 1961*, vol. II, documento A/4843, proyecto de artículos sobre relaciones consulares y comentarios, comentario del art. 36, párrs. 5) y 7).

[1230] *LaGrand* (véase la nota 1225 *supra*), pág. 497, párr. 89.

Capítulo VIII
Protección de la atmósfera

A. Introducción

86. 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[1231].

87. La Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial en su 66º período de sesiones (2014)[1232] y el segundo informe en su 67º período de sesiones (2015)[1233]. Sobre la base de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en el segundo informe, la Comisión aprobó provisionalmente 3 proyectos de directriz y 4 párrafos del preámbulo, con los comentarios correspondientes[1234].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

88. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/692). Sobre la base de los dos informes anteriores, el Relator Especial analizó varias cuestiones fundamentales pertinentes para el tema, a saber, las obligaciones de los Estados de prevenir la contaminación atmosférica y mitigar la degradación atmosférica y el requisito de la debida diligencia, y la evaluación del impacto ambiental. También analizó cuestiones relativas a la utilización sostenible y equitativa de la atmósfera, así como los límites legales de determinadas actividades que tengan por objeto una modificación deliberada de la atmósfera. En consecuencia, el Relator Especial propuso proyectos de directriz sobre la obligación de los Estados de proteger la atmósfera, la evaluación del impacto ambiental, la utilización sostenible de la atmósfera, la utilización

[1231] En su 3197ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2013 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10)), párr. 168. La Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo, en el entendimiento de que: "a) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad *(liability)* de los Estados y sus nacionales, el principio de 'quien contamina, paga', el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual; b) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de 'llenar' lagunas en los regímenes convencionales; c) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formarán parte del tema; d) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos. Los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento". La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 68/112, de 16 de diciembre de 2013, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 63er período de sesiones (2011), sobre la base de la propuesta contenida en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 365).

[1232] Primer informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/667).

[1233] Segundo informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/681).

[1234] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párrs. 53 y 54.

equitativa de la atmósfera y la geoingeniería. También propuso un párrafo adicional para el preámbulo, que sería el cuarto párrafo del preámbulo, y la renumeración del proyecto de directriz sobre la cooperación internacional aprobado provisionalmente por la Comisión en 2015.

89. El Relator Especial indicó que la Comisión podía abordar, en 2017, la cuestión de la interrelación entre el derecho de la atmósfera y otros ámbitos del derecho internacional (como el derecho del mar, el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, y el derecho internacional de los derechos humanos) y, en 2018, las cuestiones relativas a la aplicación, el cumplimiento y el arreglo de controversias en relación con la protección de la atmósfera, con la idea de terminar la primera lectura del tema ese año.

90. La Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial en sus sesiones 3306ª, 3307ª, 3308ª y 3311ª, celebradas los días 27 y 31 de mayo y 1 y 7 de junio de 2016.

91. El debate de la Comisión estuvo precedido por un diálogo con científicos organizado por el Relator Especial, que tuvo lugar el 4 de mayo de 2016[1235]. Los miembros de la Comisión consideraron de utilidad el diálogo y las aportaciones.

92. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3311ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2016, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 3, 4, 5, 6 y 7, y el cuarto párrafo del preámbulo, como figuraban en el tercer informe del Relator Especial.

93. En su 3314ª sesión, el 4 de julio de 2016, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción. En su 3315ª sesión, el 5 de julio de 2016, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente cinco proyectos de directriz y un párrafo del preámbulo (véase la sección C.1 *infra*).

94. En sus sesiones 3341ª a 3343ª, celebradas los días 9 y 10 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

[1235] El diálogo con científicos sobre la protección de la atmósfera estuvo presidido por el Sr. Shinya Murase, Relator Especial. El Sr. Øystein Hov, Presidente de la Comisión de Ciencias Atmosféricas de la Organización Meteorológica Mundial (OMM), abordó el tema "Geoingeniería: ¿una solución?"; el Sr. Peringe Grennfelt, Presidente del Grupo de Trabajo sobre los efectos (Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia) de la Comisión Económica para Europa, estudió "Los vínculos entre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático"; el Sr. Christian Blondin, Jefe del Gabinete del Secretario General y Director del Departamento de Relaciones Exteriores de la OMM, analizó "Los aspectos científicos del Acuerdo de París de 2015"; el Sr. Valentin Foltescu, Director de la Dependencia de Evaluación Temática de la División de Evaluación y Alerta Temprana del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), hizo la presentación "Panorama general de las últimas conclusiones y estimaciones sobre los efectos de la contaminación atmosférica"; el Sr. Masa Nagai, Director Adjunto de la División de Derecho Ambiental y Convenios sobre el Medio Ambiente del PNUMA, debatió "Los vínculos entre la ciencia y el derecho". Tras el diálogo hubo un turno de preguntas. El resumen del debate oficioso puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

1. Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo

95. A continuación figura el texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento.

Preámbulo

[…]

Reconociendo que la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

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

Reconociendo, por tanto, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto,

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

Recordando que el proyecto de directrices no ha de interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y que tampoco pretende "llenar" lagunas de los regímenes convencionales ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos,

[Tal vez se añadan nuevos párrafos y se cambie el orden de los ya existentes en una fase ulterior.]

[…]

Directriz 1
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) Se entiende por "atmósfera" la envoltura de gases que circunda la Tierra;

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

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

Directriz 2[1236]
Ámbito de aplicación de las directrices

1. El presente proyecto de directrices [contiene principios rectores relativos] [se refiere] a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de "quien contamina, paga", el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la responsabilidad *(liability)* de los Estados y sus nacionales, y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.

3. El presente proyecto de directrices no aborda sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados.

4. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta a la condición jurídica del espacio aéreo prevista en el 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 aplicables del derecho internacional, 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 ocasionar perjuicios 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 en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.

[1236] Las formulaciones alternativas que figuran entre corchetes volverán a examinarse.

Directriz 7
Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

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

Directriz 8 [5][1237]
Cooperación internacional

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

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

2. Texto de los proyectos de directriz y de un párrafo del preámbulo, con los comentarios correspondientes, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones

96. A continuación figura el texto de los proyectos de directriz y de un párrafo del preámbulo, con los comentarios correspondientes, aprobado por la Comisión en su 68º período de sesiones.

Preámbulo

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

Comentario

1) 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. 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 del trabajo diferenciadas[1238]. 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

[1237] Se ha cambiado el número del proyecto de directriz en el actual período de sesiones. El número original se indica entre corchetes.

[1238] Tomando como referencia el art. 405, párr. 3, del Tratado de Versalles de 1919 (Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, 28 de junio de 1919), que se convirtió en el art. 19, párr. 3, de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (9 de octubre de 1946, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 229, pág. 35) (los convenios laborales "deberá[n] tener en cuenta" las circunstancias particulares de los países en los que las condiciones de trabajo sean "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.

proyecto de artículo 23 del Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, aprobado por la Comisión en 1978[1239].

2) La necesidad de tener especialmente en cuenta a los países en desarrollo en el contexto de la protección del medio ambiente ha encontrado respaldo en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, de 1972 (en adelante, "la Declaración de Estocolmo")[1240] y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992 (en adelante, "la Declaración de Río")[1241]. 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". Ese principio se menciona de manera similar en el artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992[1242], y en el artículo 2 del Acuerdo de París, de 2015[1243].

3) El enunciado del presente 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[1244].

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 aplicables del derecho internacional, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

Comentario

1) El proyecto de directriz 3 es una pieza fundamental del presente proyecto de directrices. En particular, los proyectos de directriz 4, 5 y 6 *infra* se derivan de esta directriz; esos tres proyectos de directriz tratan de aplicar diversos principios del derecho internacional ambiental a la situación específica de la protección de la atmósfera.

1239 Véanse el art. 23 (Cláusula de la nación más favorecida y trato en virtud de un sistema generalizado de preferencias) y el art. 30 (Nuevas normas de derecho internacional en favor de los países en desarrollo) del Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida aprobado por la Comisión en su 30º período de sesiones en 1978, *Anuario..., 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74; véanse también los párrs. 47 a 72. S. Murase, *Economic Basis of International Law* (Tokio, Yuhikaku, 2001), págs. 109 a 179 (en japonés). Véanse también las excepciones anteriores para los países en desarrollo especificadas en el artículo XVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 55, núm. 814, pág. 194.

1240 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* (A/CONF.48/14/Rev.1 y Corr.), primera parte, cap. I. 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.

1241 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, 3 a 14 de junio de 1992* (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I y Corr.1)), resolución I, pág. 3.

1242 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107.

1243 Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 21er período de sesiones, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015 (FCCC/CP/2015/10/Add.1), anexo.

1244 Aprobada por la Asamblea General en su resolución 51/229 (anexo), de 21 de mayo de 1997. La Convención entró en vigor el 17 de agosto de 2014.

2) El proyecto de directriz pretende acotar la obligación de proteger la atmósfera a la prevención, la reducción y el control de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, diferenciando así los tipos de obligaciones que corresponden a cada una. La formulación del presente proyecto de directriz tiene su origen en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, que recogía las conclusiones del arbitraje en el caso *Trail Smelter*[1245]. Así también queda reflejado en el principio 2 de la Declaración de Río de 1992.

3) La referencia a los "Estados" a los efectos del proyecto de directriz indica que cabe la posibilidad de que los Estados actúen "individualmente" o "conjuntamente", según corresponda. El proyecto de directriz remite a contextos tanto transfronterizos como globales. Se recordará que el proyecto de directriz 1 aprobado provisionalmente en 2015 contiene un elemento "transfronterizo" en la definición de "contaminación atmosférica" (introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que contribuyan a producir efectos nocivos "que se extiendan más allá del Estado de origen", de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra) y una dimensión "global" en la definición de "degradación atmosférica" (alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra).

4) En su formulación actual, el proyecto de directriz se entiende sin perjuicio de que la obligación de proteger la atmósfera sea o no una obligación *erga omnes* en el sentido del artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1246], un asunto sobre el que existen diferentes opiniones. Si bien hay quien reconoce que las obligaciones en materia de protección de la atmósfera frente a la contaminación atmosférica transfronteriza con repercusiones mundiales y la degradación atmosférica global son obligaciones *erga omnes*, también hay quien opina que aún no están totalmente claras las consecuencias jurídicas de ese reconocimiento en el contexto del presente tema.

5) Los efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera son fruto, en gran parte, de las actividades de las personas y las industrias privadas, que no suelen ser atribuibles a un Estado. A este respecto, la debida diligencia exige a los Estados que "velen" por que dichas actividades realizadas bajo su jurisdicción o control no ocasionen efectos perjudiciales sensibles, lo cual no quiere decir, no obstante, que la debida diligencia se aplique únicamente a las actividades privadas, ya que las propias actividades del Estado también están sometidas a la norma de la debida diligencia[1247]. La debida diligencia es una obligación que consiste en hacer cuanto sea posible de acuerdo con la capacidad del Estado que controla las actividades. Por ello, incluso cuando se materializan los efectos

[1245] Véase 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), en especial págs. 1965 y ss.; y el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667), párr. 43. Véase también A. K. Kuhn, "The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada", *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), págs. 785 a 788; *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.

[1246] 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 el Proyecto de artículos aprobado por la Comisión y sus correspondientes comentarios, véase *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte), y corrección, cap. IV, secc. E).

[1247] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial pág. 55, párr. 101 ("… el principio de prevención, como regla consuetudinaria, tiene su origen en la diligencia debida…").

perjudiciales sensibles, ello no supone automáticamente haber incumplido el deber de ejercer la debida diligencia. El incumplimiento se limita a los casos de negligencia del Estado para atender su obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir, reducir o controlar las actividades humanas cuando estas ocasionen o tengan probabilidades de ocasionar efectos perjudiciales sensibles. La obligación de los Estados de "velar" no requiere que se logre un determinado resultado (obligación de resultado), sino únicamente realizar todos los esfuerzos posibles para no causar efectos perjudiciales sensibles (obligación de conducta). Requiere que los Estados adopten medidas apropiadas para controlar las conductas públicas y privadas. La debida diligencia implica una obligación de vigilancia y prevención, y también compele a tener en cuenta el contexto y los estándares cambiantes, tanto en materia reguladora como tecnológica.

6) Por "prevenir, reducir o controlar" se entiende una serie de medidas que deben adoptar los Estados, individual o conjuntamente, de conformidad con las normas aplicables que puedan ser pertinentes, por una parte, para la contaminación atmosférica y, por otra, para la degradación atmosférica. La expresión "prevenir, reducir o controlar" se inspira en formulaciones recogidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[1248] y en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[1249].

7) Aun cuando las medidas apropiadas para "prevenir, reducir o controlar" se aplican tanto a la contaminación atmosférica como a la degradación atmosférica, se entiende que la referencia a "las normas aplicables del derecho internacional" tienen como fin poner 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 cada supuesto. En el contexto de la contaminación atmosférica transfronteriza, la obligación de los Estados de prevenir los efectos perjudiciales sensibles está consolidada como derecho internacional consuetudinario, como confirman, por ejemplo, los artículos de la Comisión sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas[1250] y la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales[1251]. No obstante, la existencia de

[1248] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 3, art. 194.

[1249] Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107, art. 4.

[1250] *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte), 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 art. 14, párr. 3, dispone que: "La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa..." (*ibid.*, cap. IV, secc. E). Según el comentario: "Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse" (*ibid.*, párr. 14) del comentario al art. 14, párr. 3). El comentario describió "la obligación de prevenir que se produzca un daño transfronterizo a causa de la contaminación atmosférica, en que se basó el arbitraje relativo a la *Fonderie de Trail* [Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (núm. de venta 1949.V.2), págs. 1905 a 1982]" como uno de los ejemplos de la obligación de prevención *(ibid.)*.

[1251] 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)*,

esta obligación sigue sin estar plenamente asentada en el caso de la degradación atmosférica global. La Corte Internacional de Justicia ha señalado que "la existencia de la obligación general de los Estados de garantizar 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* de normas internacionales"[1252] y ha concedido gran importancia al respeto del medio ambiente "no solo para los Estados, sino también para la humanidad en su conjunto"[1253]. El Tribunal arbitral del caso *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"[1254]. Al mismo tiempo, los miembros discreparon en cuanto a si se puede considerar que esos pronunciamientos respaldan plenamente el reconocimiento de que en el derecho internacional consuetudinario existe la obligación de prevenir, reducir o controlar la degradación atmosférica global. No obstante, esa obligación figura en convenciones sobre la materia[1255]. En ese contexto, cabe señalar que el Acuerdo de París, "[r]econociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad" en su preámbulo, observa "la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad..."[1256].

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 ocasionar perjuicios 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 dimanan del proyecto de directriz 3, de carácter general. En la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo*

fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 78, párr. 140). En el caso *Iron Rhine Railway*, el Tribunal arbitral también afirmó que "en la actualidad, en el derecho internacional ambiental se hace cada vez mayor hincapié en la obligación de la prevención" (*Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXVII, págs. 35 a 125, en especial pág. 116, párr. 222).

[1252] *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.

[1253] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 1251 *supra*), pág. 41, párr. 53; la Corte citó el mismo párrafo en la causa *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 1247 *supra*), pág. 78, párr. 193.

[1254] *Iron Rhine Railway* (véase la nota 1251 *supra*), págs. 66 y 67, párr. 59.

[1255] Véanse, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3; Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985), *ibid*., vol. 1513, núm. 26164, pág. 293; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992), *ibid*., vol. 1771, núm. 30822, pág. 107; Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992), *ibid*., vol. 1760, núm. 30619, pág. 79; Convención de las Naciones Unidas 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; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001), *ibid*., vol. 2256, núm. 40214, pág. 119; y Convenio de Minamata sobre el Mercurio (Kumamoto, 10 de octubre de 2013), que puede consultarse en https://treaties.un.org (Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, cap. XVII.17).

[1256] Art. 2, párr. 1.

del Río San Juan, la Corte Internacional de Justicia afirmó que "la obligación de un Estado de ejercer la debida diligencia en la prevención de daños transfronterizos sensibles requiere que dicho Estado determine si existe el riesgo de que se produzcan daños transfronterizos sensibles antes de emprender una actividad que pueda perjudicar al medio ambiente de otro Estado. En tal caso, el Estado en cuestión ha de realizar una evaluación del impacto ambiental"[1257]. En esta causa, la Corte concluyó que el Estado en cuestión "no ha[bía] cumplido la obligación establecida en el derecho internacional general de realizar una evaluación del impacto ambiental antes de construir la carretera"[1258]. En una opinión separada, el Magistrado Owada señaló que "las evaluaciones del impacto ambiental tienen una función importante, e incluso crucial, para asegurarse de que el Estado en cuestión está actuando con la debida diligencia de conformidad con el derecho internacional ambiental general"[1259]. Otros dos fallos, los emitidos en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*[1260] y en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay*[1261], aludieron a la importancia de realizar una evaluación del impacto ambiental. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar emitió una opinión consultiva sobre las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a las actividades realizadas en los fondos marinos* en 2011, en la que la Sala destacó la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental como una de las obligaciones directas que corresponden a los Estados patrocinadores[1262].

2) El proyecto de directriz está formulado en pasiva refleja —"Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental", en lugar de "Los Estados tienen la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental apropiada"— a fin de indicar que se trata de una obligación de conducta y que, dada la diversa naturaleza de los actores económicos, la obligación no comporta necesariamente que sea el Estado el que lleve a cabo la evaluación. Lo que se requiere es que el Estado adopte las medidas legislativas, normativas y de otra índole necesarias para que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas. La notificación y las consultas son fundamentales para la evaluación.

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

4) Se consideró necesario establecer un umbral para proceder a la evaluación del impacto ambiental. Por ello, se ha introducido la expresión "que tengan probabilidades de ocasionar perjuicios sensibles", que se inspira en la formulación del principio 17 de la Declaración de Río. Además, existen otros instrumentos, como el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo[1263], que utilizan un umbral similar. En la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay*, la Corte

[1257] *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo de 16 de diciembre de 2015, párr. 153.

[1258] *Ibid.*, párr. 168.

[1259] *Ibid.*, opinión separada del Magistrado Owada, párr. 18.

[1260] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 1251 *supra*).

[1261] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 1247 *supra*).

[1262] 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, párrs. 122 y 141 a 150.

[1263] 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.

señaló que "actualmente puede considerarse que existe, en derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada puede tener un importante impacto perjudicial en un marco transfronterizo, en particular, en un recurso compartido"[1264].

5) Al haber establecido el umbral de que existan "probabilidades de ocasionar perjuicios sensibles", el proyecto de directriz excluye una evaluación del impacto ambiental de actividades cuyos efectos probablemente sean de poca importancia. Los perjuicios que se puedan ocasionar deben ser "sensibles" tanto para "la contaminación atmosférica" como para "la degradación atmosférica". Lo que haya que entender por "sensibles" requiere una determinación mediante criterios fácticos[1265].

6) Se consideró que las palabras "en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica" eran importantes, puesto que relacionaban el proyecto de directriz con las dos principales cuestiones abordadas en el presente proyecto de directrices en materia de protección del medio ambiente: 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 perjuicios sensibles en la atmósfera global, como las actividades que suponen una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera[1266]. En cuanto a la protección de la atmósfera, esas actividades pueden conllevar un riesgo de daños graves más importante aún que las que ocasionan un daño transfronterizo, por lo que con mayor motivo deben aplicarse las mismas consideraciones a las actividades que pueden causar la degradación atmosférica global. Así, el Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo alienta la "evaluación estratégica medioambiental" de los efectos probables sobre el medio ambiente, incluida la salud, por lo que se entiende todo efecto sobre el medio ambiente, lo cual incluye la salud humana, la flora, la fauna, la diversidad biológica, el suelo, el clima, el aire, el agua, los paisajes, los lugares naturales, los bienes materiales, el patrimonio cultural y la interacción entre estos factores[1267].

7) Si bien se reconoce que la transparencia y la participación pública son componentes importantes para lograr el acceso a la información y la representación, se estimó que el proyecto de directriz en sí no debía referirse a las partes relativas a los aspectos de procedimiento de una evaluación del impacto ambiental. El principio 10 de la Declaración de Río de 1992 establece que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. Ello comprende el acceso a la información, la oportunidad de participar en los procesos de toma

---

[1264] *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 1247 *supra*), pág. 83, párr. 204.

[1265] La Comisión ha utilizado con frecuencia el término "sensibles" en sus trabajos, como en los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001). En ese caso, la Comisión optó por no definir el término, reconociendo que la cuestión de lo que había que entender por "sensible" requería una determinación mediante criterios más bien fácticos que jurídicos (véase el comentario general, párr. 4), *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. E). Véanse, por ejemplo, los párrafos 4) y 7) del comentario al art. 2 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas *(ibid.)*. Véase también el comentario al proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (comentario del proyecto de principio 2, párrs. 1) a 3), *Anuario..., 2006*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. E).

[1266] Véase el proyecto de directriz 7.

[1267] Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Kiev, 21 de mayo de 2003), documento ECE/MP.EIA/2003/2 (puede consultarse en: www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish), art. 2, párrs. 6 y 7.

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[1268] también se ocupa de estas cuestiones. El Protocolo de Kiev sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente anima a poner en marcha un proceso de participación y consulta del público y a tomar en consideración los resultados de ese proceso en un plan o un programa[1269].

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[1270]. 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 establece analogías con el concepto de "recurso compartido", al tiempo que admite que la unidad de la atmósfera mundial exige el reconocimiento de la comunidad de intereses. Así pues, este proyecto de directriz parte de la premisa de que la atmósfera es un recurso con una capacidad de asimilación limitada, cuya capacidad para hacer posible la vida en la Tierra resulta afectada por las actividades antropógenas. A fin de velar por su protección, es importante verla como un recurso que es objeto de explotación, lo que a su vez somete a la atmósfera a los principios de conservación y uso sostenible. Algunos miembros expresaron dudas con respecto a si la atmósfera podía tratarse de manera análoga a los cursos de agua transfronterizos y los acuíferos.

2) En el párrafo 1 se reconoce que la atmósfera es un "recurso natural con una capacidad de asimilación limitada". La segunda parte de ese párrafo pretende integrar la conservación y el desarrollo al objeto de que las modificaciones al planeta sigan permitiendo la supervivencia y el bienestar de los organismos en la Tierra. Para ello, remite a la idea de que la utilización de la atmósfera debe llevarse a cabo de manera sostenible. Se trata de una redacción basada en las expresiones empleadas por la Comisión en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación[1271] y el derecho de los acuíferos transfronterizos[1272].

[1268] 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.

[1269] Art. 2, párrs. 6 y 7.

[1270] Véase el párr. 2) del comentario al preámbulo del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera aprobado por la Comisión en su 67º período de sesiones en 2015, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), cap. V, secc. C.

[1271] Arts. 5 y 6. Por lo que respecta al proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobados por la Comisión, véase *Anuario…, 1994*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. E.

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 mayor parte 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[1273] constituyen ejemplos de la utilización de la atmósfera.

4) La formulación "su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible" del presente proyecto de directriz es simple y no excesivamente legalista, lo cual refleja con acierto un cambio de paradigma hacia una concepción de la atmósfera como recurso natural que debe ser utilizado de manera sostenible. Se presenta más como una declaración relativa a la política y la normativa internacionales que como un código operativo que establezca derechos y obligaciones para los Estados.

5) El párrafo 2 se basa en la terminología empleada 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"[1274]. La Comisión también señaló otros precedentes pertinentes[1275]. Al hacer

---

[1272] Resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo, arts. 4 y 5. Por lo que respecta al proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobados por la Comisión, véase *Anuario…, 2008*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. E.

[1273] Véase el proyecto de directriz 7 *infra*.

[1274] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 1251 *supra*), pág. 78, párr. 140.

[1275] 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 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 GATT de 1994 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 1251 *supra*), párrs. 58 y 59; en el laudo parcial de 2013 sobre el caso *Indus Waters Kishenganga (Pakistan v. India)* se afirma lo siguiente: "no cabe duda de que en virtud del derecho internacional consuetudinario contemporáneo los Estados tienen la obligación de tener en consideración la protección ambiental al planificar y elaborar proyectos que puedan lesionar a un Estado fronterizo. Desde la época del caso de la *Fundición de*

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

Directriz 6
Utilización equitativa y razonable de la atmósfera

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

Comentario

1) Aunque la utilización equitativa y razonable de la atmósfera es un elemento destacado de la sostenibilidad, tal y como refleja 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 elevado grado de abstracción y generalidad.

2) El proyecto de directriz ha sido formulado en términos generales a fin de aplicar el principio de equidad[1276] 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 del derecho de los acuíferos transfronterizos. Exige equilibrar los intereses y tener presentes todos los factores pertinentes que pueden ser exclusivos de la contaminación atmosférica o la degradación atmosférica.

3) La segunda parte de la oración se ocupa de cuestiones de equidad intrageneracional e intergeneracional[1277]. A fin de establecer la relación entre ambos aspectos de la equidad, la Comisión optó por recurrir a la fórmula “teniendo en cuenta los intereses de” en lugar de “y en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad”. Se han utilizado las palabras “los intereses de”, en vez de “beneficio de”, para poner de manifiesto la naturaleza integrada de la atmósfera, cuya “explotación” ha de tener en cuenta un equilibrio de intereses para asegurar el mantenimiento de los organismos vivos de la Tierra.

Trail, una serie de decisiones arbitrales... internacionales han aludido a la necesidad de gestionar los recursos naturales de manera sostenible. En particular, la Corte Internacional de Justicia ahondó en el principio de ‘desarrollo sostenible’ en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 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.

1276 Véase, por ejemplo, J. Kokott, “Equity in international law”, en *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, F. L. Toth (ed.) (Abingdon y Nueva York, Routledge, 2014), págs. 173 a 192; *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, fallo, *I.C.J Reports 1986*, pág. 554. Véanse, en general, P. Weil, “L’équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: Un mystère en voie de dissipation?”, en *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.) (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 1996), págs. 121 a 144; F. Francioni, “Equity in international law”, en *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 632 a 642.

1277 C. Redgwell, “Principles and emerging norms in international law: Intra- and Inter-generational equity”, en Cinnamon P. Carlarne, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook on International Climate Change Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 185 a 201; D. Shelton, “Equity” en D. Bodansky, *et al.*, *Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 639 a 662.

Directriz 7
Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

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

Comentario

1) El proyecto de directriz 7 se ocupa de las actividades cuya finalidad última consiste en alterar las condiciones atmosféricas. Tal y como indica el título del proyecto de directriz, 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[1278] 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 biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.

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

4) Según los 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 refleje al espacio una mayor parte del calor del Sol; los aerosoles estratosféricos, una técnica que consiste en introducir pequeñas partículas reflectantes en la atmósfera superior para reflectar la luz solar antes de que llegue a la superficie de la Tierra; y los reflectores espaciales, con los que se bloquea una pequeña proporción de la luz solar antes de que llegue a la Tierra.

5) Tal y como se ha señalado anteriormente, el término "actividades" se entiende en un sentido amplio. Existen otras actividades prohibidas por el derecho internacional que no están comprendidas en el presente proyecto de directriz, como la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles[1279] y el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949[1280]. Así

[1278] 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.

[1279] Véase el art. 1.

[1280] 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, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 8, párr. 2 b) iv).

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 exceden del ámbito de aplicación de la presente directriz.

6) Del mismo modo, otras actividades seguirán estando regidas por varios regímenes. Por ejemplo, la forestación ha sido incorporada al régimen del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[1281] y al Acuerdo de París (artículo 5, párrafo 2). De conformidad con algunos instrumentos jurídicos internacionales, se han adoptado medidas para regular la captura y el almacenamiento de carbono. El Protocolo de 1996 (Protocolo de Londres)[1282] del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972[1283] 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, se deben evaluar detenidamente las consecuencias posibles y deseables y se debe llegar a acuerdos internacionales satisfactorios"[1284].

8) Tampoco tiene el presente proyecto de directriz la intención de reprimir la innovación y el avance científico. Los principios 7 y 9 de la Declaración de Río reconocen la importancia de las tecnologías novedosas e innovadoras y de la cooperación en estos ámbitos, lo cual al mismo tiempo no quiere decir que estas actividades siempre tengan efectos positivos.

9) Así pues, el proyecto de directriz no pretende autorizar o prohibir esas actividades, salvo que haya un acuerdo entre los Estados para adoptar esa línea de actuación. Se limita a enunciar el principio de que esas actividades, si se realizan, deben llevarse a cabo con prudencia y cautela. La alusión a la "prudencia y cautela" se inspira en las palabras utilizadas por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la causa *Atún de aleta azul*

[1281] 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.

[1282] 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.

[1283] 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. 120.

[1284] Véase *Second Report on the Advancement of Atmospheric Science and Their Application in the Light of the Developments in Outer Space* (Ginebra, OMM, 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.

del sur[1285], la causa *Planta Mox*[1286] y la causa relativa a la *Reclamación de tierras*[1287]. En esta última causa, el Tribunal señaló lo siguiente: "*Considerando* que, dadas las posibles repercusiones de la reclamación de tierras en el entorno marino, la prudencia y la cautela obligan a Malasia y Singapur a establecer mecanismos para compartir información y evaluar los riesgos o efectos de la reclamación de tierras, e idear maneras de abordarlos en las esferas correspondientes". El proyecto de directriz se enuncia en términos exhortativos, con objeto de alentar a la elaboración de normas que regulen tales actividades, en el marco de los regímenes aplicables en los diversos ámbitos relacionados con la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

10) En la última parte de la directriz figura la expresión "de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables". Se entiende que el derecho internacional seguiría aplicándose en la esfera comprendida por el proyecto de directriz.

11) Es un hecho generalmente reconocido que una actividad de esa índole debe llevarse a cabo dándose a conocer de forma íntegra y transparente, y que tal actividad puede requerir la evaluación del impacto ambiental prevista en el proyecto de directriz 4. Se considera que un proyecto que conlleve una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera puede acarrear un riesgo considerable de daños graves, por lo que con mayor motivo se necesita una evaluación de dicha actividad.

12) Algunos miembros seguían sin estar convencidos de la necesidad de un proyecto de directriz sobre ese tema, que continúa siendo controvertido en esencia, cuyo debate está evolucionando y que se basa en una práctica escasa. Otros miembros opinaron que el proyecto de directriz podría pulirse en segunda lectura.

[1285] *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: "*Considerando* 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".

[1286] *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").

[1287] *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.

Capítulo IX
Ius cogens

A. Introducción

97. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema *"Ius cogens"* y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi[1288]. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

98. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/693), cuyo objeto era presentar el enfoque general del Relator Especial respecto del tema y, sobre esa base, recabar las opiniones de la Comisión en cuanto al enfoque preferido, así como ofrecer un panorama general de las cuestiones conceptuales relativas al *ius cogens* (normas imperativas de derecho internacional).

99. La Comisión examinó el primer informe en sus sesiones 3314ª a 3317ª, 3322ª y 3323ª, celebradas del 4 al 8, el 18 y el 19 de julio de 2016.

100. En su 3323ª sesión, celebrada el 19 de julio de 2016, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 y 3 que figuraban en el primer informe del Relator Especial.

101. En su 3342ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2016, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional del Comité sobre el *"Ius cogens"* en el que figuraban los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el 68º período de sesiones. El informe se presentó únicamente a título informativo y puede consultarse en el sitio web de la Comisión[1289].

1. Presentación del primer informe por el Relator Especial

102. El Relator Especial indicó que su primer informe versaba fundamentalmente sobre cuestiones conceptuales relativas a las normas imperativas *(ius cogens)*, en particular su naturaleza y definición. El informe también reseñaba la evolución histórica del *ius cogens* y la aceptación en derecho internacional de los elementos esenciales del concepto de *ius cogens*. Planteaba además una serie de cuestiones metodológicas sobre las cuales se invitaba a los miembros de la Comisión a pronunciarse. En el capítulo II del informe se pasaba revista a los debates mantenidos en la Sexta Comisión en 2014 y 2015. Se recordaba que la mayoría de los Estados habían expresado su apoyo al examen del tema por la Comisión. En dichos debates, los Estados Miembros habían planteado varias cuestiones.

103. Una de esas cuestiones era si la Comisión debía elaborar una lista ilustrativa de normas que ya hubieran alcanzado el estatus de normas de *ius cogens*. Algunos Estados respaldaron esa idea. Otros en cambio, manifestaron serias dudas al respecto. El Relator

[1288] En su 3257ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2015 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 286). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 66º período de sesiones (2014), con arreglo a la propuesta que figuraba en el anexo del informe de la Comisión (*ibid., sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10)).

[1289] http://legal.un.org/ilc.

Especial consideraba que la Comisión no debía basar la decisión de facilitar o no una lista ilustrativa en la posibilidad de que algunos pudieran interpretarla como *numerus clausus*. No obstante, expresó su preocupación ante la posibilidad de que, al tratar de elaborar una lista ilustrativa, se modificara sustancialmente la naturaleza del tema, difuminando su carácter fundamentalmente orientado al proceso y su metodología al desviar el centro de atención hacia el estatus jurídico de determinadas normas primarias. A su juicio, la Comisión podría contemplar la posibilidad de prescindir de una lista ilustrativa y contemplar otras formas de ofrecer orientación a los Estados y a los profesionales acerca de las normas que, en la actualidad, reúnen los requisitos para constituir *ius cogens*, sin facilitar necesariamente una lista ilustrativa.

104. Otra cuestión planteada por los Estados Miembros se refería a la metodología y, en particular, al material en el que basaría la Comisión su labor y sus conclusiones. En opinión del Relator Especial, la Comisión debía llevar a cabo un análisis exhaustivo de la gran variedad de prácticas existentes, que abarcara tanto la práctica estatal como la judicial. Asimismo, las opiniones de la doctrina en la materia, aunque no tenían carácter dispositivo, podían ayudar también a analizar las fuentes primarias.

105. El Relator Especial procedió a presentar en líneas generales el análisis que figuraba en el capítulo IV de su informe sobre los antecedentes históricos del *ius cogens*, tanto en el siglo XX como en épocas anteriores. Observó que la posición en derecho internacional de las normas fundamentales, en el momento de la Segunda Guerra Mundial, podía resumirse de la siguiente manera: la doctrina reconocía, ya desde el siglo XVII, la existencia de normas que los Estados no podían eludir. Es posible que hubiera desacuerdo acerca del fundamento de esa afirmación, pero la doctrina no cuestionaba seriamente la afirmación en sí. No obstante, había poca práctica que respaldara esta afirmación. La poca práctica que podía encontrarse concernía a normas convencionales imperativas y no a normas de derecho internacional general.

106. También se recordó que la propia Comisión había sido decisiva en el desarrollo, la aceptación y la incorporación del *ius cogens* en el derecho internacional y que gran parte de la práctica reciente, tanto judicial como estatal, se había inspirado en los trabajos de la Comisión. Desde el momento en que Sir Hersch Lauterpacht introdujo una disposición sobre la invalidez de un tratado cuando su cumplimiento implicase un "acto ilegal con arreglo al derecho internacional"[1290] hasta la inclusión de la expresión *"ius cogens"* en los respectivos informes de Sir Gerald Fitzmaurice[1291] y Sir Humphrey Waldock[1292], los miembros de la Comisión no habían puesto en tela de juicio la afirmación inicial. Hubo dudas con respecto a la redacción y el fundamento teórico de la afirmación de la invalidez en razón del *ius cogens*, pero no respecto de la afirmación en sí ni de su estatus en derecho internacional.

107. Con todo, lo que no se había previsto era la aceptación de la afirmación por parte de los Estados. El Relator Especial hizo alusión al resumen de la posición adoptada por los Estados que figuraba en el informe y, en particular, a la conclusión de que "se [podía] afirmar que casi todos los Estados expresaron su apoyo"[1293] al concepto de *ius cogens*. No obstante, algunos Estados habían expresado serias dudas acerca de la redacción de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la "Convención de Viena de 1969")[1294]. En particular, se recordó que, en la Conferencia de

[1290] Véase H. Lauterpacht, informe sobre el derecho de los tratados, *Yearbook…, 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, pág. 154.
[1291] Véase el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/693), párr. 29.
[1292] *Ibid.*, párr. 31.
[1293] Párr. 33.
[1294] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

Viena, algunos Estados habían expresado la inquietud de que, sin directrices claras sobre las normas que constituían *ius cogens*, era probable que se utilizara indebidamente el texto para poner en tela de juicio tratados válidamente celebrados. La solución que se halló entonces fue el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969, que establecía un papel importante de la Corte Internacional de Justicia en relación con la invocación del *ius cogens* para invalidar un tratado. Ahora bien, lo importante era que, en contra de lo que se pensaba, los Estados no pusieron en tela de juicio la idea del *ius cogens* ni el estatus de parte del derecho internacional de que gozaba en aquel momento.

108. El Relator Especial señaló además que, después de la aprobación de la Convención de Viena de 1969, los Estados habían invocado de manera constante el *ius cogens* en la comunicación diplomática y de otra índole. Además, la invocación del *ius cogens* por parte de los jueces también había aumentado, incluido su reconocimiento explícito por parte de la Corte Internacional de Justicia[1295] y de otros tribunales y cortes internacionales, regionales y nacionales.

109. El Relator Especial se refirió asimismo al capítulo V del informe, en el que presentaba un panorama general del debate teórico sobre la naturaleza del *ius cogens*, tal como se desprende de la doctrina y la práctica judicial. No se intentó resolver el debate. No obstante, a juicio del Relator Especial, toda tentativa de extraer los criterios para identificar las normas de *ius cogens* tenía que basarse en una valoración de sus fundamentos teóricos.

110. El Relator Especial propuso tres proyectos de conclusión[1296]: el primero se ocupaba del alcance del proyecto de conclusiones; el segundo tenía por objeto establecer una distinción entre el *ius cogens* y otras normas de derecho internacional que pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por acuerdo entre los Estados, es decir, normas que tienen carácter de derecho dispositivo *(ius dispositivum)*; y el tercero se proponía describir

[1295] Véase el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/693), párr. 46.

[1296] El texto de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su primer informe dice así:

Proyecto de conclusión 1
Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera en que las normas de *ius cogens* han de ser identificadas, y las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas.

Proyecto de conclusión 2
Modificación, derogación y abrogación de las normas de derecho internacional

1. Las normas de derecho internacional pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por acuerdo entre los Estados a los que la norma sea aplicable, a menos que tal modificación, derogación o abrogación esté prohibida por la norma en cuestión *(ius dispositivum)*. La modificación, derogación o abrogación pueden tener lugar mediante un tratado, derecho internacional consuetudinario u otro acuerdo.

2. Las normas imperativas de derecho internacional general, que solo pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por normas que tengan el mismo carácter, constituyen una excepción a la regla enunciada en el párrafo 1.

Proyecto de conclusión 3
Naturaleza general de las normas de *ius cogens*

1. Se entiende por normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)* las normas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admiten modificación, derogación ni abrogación.

2. Las normas de *ius cogens* protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.

el carácter general del *ius cogens*. Señaló que la alusión, en el segundo párrafo del tercer proyecto de conclusión, al carácter de las normas de *ius cogens* como normas concebidas para proteger los valores fundamentales de la comunidad internacional, y su naturaleza de normas jerárquicamente superiores y universalmente aplicables, estaba respaldada por la práctica y tenía una amplia aceptación en la doctrina.

111. El Relator Especial reiteró además su opinión de que un proyecto de conclusiones era la forma más apropiada que podía revestir el tema. En cuanto al futuro programa de trabajo, preveía que la Comisión examinara los criterios para la identificación de las normas de *ius cogens*, en 2017; sus consecuencias, en 2018; y cuestiones varias que pudieran quedar pendientes, en 2019.

2. Resumen del debate

112. Los miembros, que expresaron su satisfacción por el primer informe del Relator Especial, mencionaron el amplio apoyo que el examen del tema había obtenido entre los Estados Miembros en la Sexta Comisión. Al mismo tiempo, se alentó al Relator Especial a que tuviera presentes los diferentes puntos de vista expresados por los Estados Miembros y que, por consiguiente, abordase el tema con prudencia. También se afirmó que la Comisión debería procurar, desde el principio, evitar un resultado que pudiera redundar en una desviación de la Convención de Viena de 1969 o pudiera ser interpretado como tal. Varios miembros señalaron la importancia histórica del estudio emprendido por la Comisión. Se destacó que el alcance del tema iba más allá del derecho de los tratados e incluía esferas del derecho internacional como la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

113. Los miembros expresaron su apoyo a las recomendaciones del Relator Especial sobre la metodología que debía seguirse. Se compartió la opinión del Relator Especial de que, en principio, el estudio debía basarse en la práctica tanto estatal como judicial, complementado con las opiniones de la doctrina. El hecho de que la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes internacionales y regionales hubieran aludido al concepto en varias causas se mencionó como elemento que respaldaba la afirmación de que ya no se cuestionaba seriamente la existencia del *ius cogens*. Se dijo que, como la existencia del *ius cogens* estaba bien establecida, la tarea que quedaba por hacer era encontrar el punto de equilibrio entre las normas ordinarias de derecho internacional, que podían ser modificadas por los procedimientos normales, y determinadas normas fundamentales, que no podían ser modificadas de ese modo. Al mismo tiempo, algunos miembros advirtieron que la Comisión debía rehuir cualquier propósito de crear nuevas normas imperativas y dijeron que la Comisión debía partir de la hipótesis de que las normas imperativas, por naturaleza, constituían excepciones. También se sugirió que se distinguiera entre el examen de los pronunciamientos de los tribunales y cortes internacionales en la determinación de la existencia del *ius cogens* y la práctica de los Estados, que confería a esas normas su carácter imperativo.

114. Se afirmó que el fundamento teórico del *ius cogens* no se encontraba necesariamente en una corriente de pensamiento concreta (naturalista o positivista) ni se basaba necesariamente en el consentimiento, sino que su fuerza obligatoria respondía a una práctica general de los Estados, adoptada como derecho, que consideraba que tales normas eran inderogables (aun cuando pudieran ser sustituidas por otras normas que tuvieran el mismo carácter). Según otra opinión, era importante que la Comisión se atuviera en la medida de lo posible a la formulación acordada en la Convención de Viena de 1969. A este respecto, varios miembros dijeron que los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 ofrecían una base jurídica satisfactoria al hacer hincapié en la aceptación y el reconocimiento de una norma por la comunidad internacional de Estados. Según otra opinión, ese reconocimiento debería hacerse extensivo al de otras entidades, como las

organizaciones internacionales y no gubernamentales, y la sociedad internacional en sentido más amplio. También se sugirió que, si el Relator Especial iba a realizar un estudio más a fondo de los aspectos teóricos del *ius cogens*, podría examinar la relación entre el concepto de *ius cogens* y el de política pública transnacional. En opinión de otros, la Comisión no debía dejar de posicionarse respecto de algunas de las cuestiones teóricas, pues ello la ayudaría a orientarse, por ejemplo, en la elaboración de una lista ilustrativa de normas.

115. Se dijo que, a partir del análisis que figuraba en el informe del Relator Especial, podían identificarse los siguientes elementos del *ius cogens*: no estaba permitida la derogación de una norma imperativa; la norma o normas en cuestión formaban parte del derecho internacional general; esa norma una norma imperativa era reconocida como tal por la comunidad internacional; esa norma era aplicable universalmente; la inderogabilidad era consecuencia de su carácter imperativo; las normas de *ius cogens* eran jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional; y las normas de *ius cogens* tenían por objeto la protección del orden público internacional. Se señaló que las normas de *ius cogens* eran esencialmente normas de derecho internacional consuetudinario con una forma especial de *opinio iuris*, a saber, la convicción de la existencia de un derecho o una obligación jurídica de carácter imperativo. Por tanto, esas normas constituyen una práctica general aceptada como derecho imperativo. En otras palabras, una práctica general acompañada de *opinio iuris cogens*. Además, se dijo que los tratados podían crear normas de *ius cogens* o reflejarlas, y que las normas imperativas también podían basarse en principios generales del derecho, lo que merecía un examen más detenido. Asimismo, se pidió al Relator Especial que estudiara en profundidad los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969.

116. Los miembros expresaron diferentes opiniones sobre la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa de normas que habían adquirido el estatus de *ius cogens*. En el debate se mencionó que el concepto de *ius cogens* estaba reconocido en las constituciones de varios Estados, lo que confería especial importancia a la posibilidad de elaborar una lista indicativa de tales normas, reconocidas por el derecho internacional. A juicio de quienes expresaron esas opiniones, la utilidad de los trabajos sobre el tema se vería mermada si la Comisión no elaboraba una lista indicativa o si se limitaba a dar meros ejemplos. También hubo quien dijo que el examen del tema no debía circunscribirse a consideraciones metodológicas. Se dijo que una sociedad global requería normas globales y que la Comisión podía contribuir a su identificación por medio, entre otras cosas, de la preparación de una lista de normas imperativas, aunque fueran únicamente a título indicativo. Se observó que, a diferencia de cuando se aprobó la Convención de Viena de 1969, existía una serie de materiales jurídicos en los que basarse para elaborar una lista de tales normas. Además, a diferencia de la labor sobre el tema "Identificación del derecho internacional consuetudinario", en la que no habría sido factible elaborar una lista de normas consuetudinarias, el número relativamente reducido de normas de *ius cogens* hacía posible pensar en una lista de ese tipo. Se pensaba que la Comisión también podía tener en cuenta los ejemplos identificados en su labor anterior, como la relativa a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1297], la fragmentación del derecho internacional[1298], la responsabilidad de las organizaciones internacionales[1299] y las reservas a los tratados[1300]. También se recordó que la Comisión había elaborado una lista ilustrativa en

[1297] Véase *Anuario…, 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, cap. IV, secc. E.

[1298] Véanse *Anuario…, 2006*, vol. II (segunda parte), cap. XII, secc. D; y A/CN.4/L.682 y Corr.1.

[1299] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. V, secc. E.

[1300] *Ibid*., cap. IV, secc. F (por lo que respecta al comentario a los proyectos de directriz, véase A/66/10/Add.1).

el contexto de su labor sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[1301]. Con respecto a la posibilidad de elaborar una lista, algunos miembros señalaron también que la Comisión podía examinar los fallos y decisiones de los tribunales y cortes internacionales en los ámbitos mundial y regional.

117. También recibió apoyo la posibilidad de abordar la cuestión con un análisis de ejemplos ilustrativos en el comentario, o en un anexo, aunque también se dijo que había poca diferencia entre esas opciones y la elaboración de una lista ilustrativa. Se sugirió asimismo que la Comisión pospusiera una decisión al respecto a una fase posterior.

118. Otros miembros opinaron que no era aconsejable tratar de elaborar esa lista, ni siquiera dar ejemplos ilustrativos en el comentario, puesto que para ello la Comisión tendría que adoptar necesariamente una postura sobre el estatus de las normas en cuestión. También se apuntó como aspecto preocupante que, al intentar elaborar esa lista, probablemente se tendría que llevar a cabo una considerable labor adicional y un análisis detallado de los ámbitos sustantivos del derecho y ello podría dar lugar a controversias estériles sobre la inclusión o exclusión de normas. También se expresó preocupación por que la elaboración de una lista, aunque fuera a efectos ilustrativos, pudiera dar pie a que se atribuyese un estatus inferior a normas de derecho internacional igualmente importantes.

119. Varios miembros también expresaron dudas acerca de la existencia de un *ius cogens* regional. Se sostuvo que esa posibilidad, por definición, contradecía la aplicabilidad universal del *ius cogens*. Además, esa posibilidad llevaba a preguntarse por sus efectos jurídicos en relación, por ejemplo, con Estados no pertenecientes a la región de que se tratara, así como por la relación entre el *ius cogens* de ámbito universal y de ámbito regional. También preocupaba que, si se reconocía el concepto de *ius cogens* regional, no habría impedimento para reconocer igualmente, en principio, normas subregionales, lo cual podría socavar aún más el concepto y quizás dar lugar a la fragmentación del derecho internacional.

120. No obstante, otros miembros señalaron que se habían hecho algunas referencias al *ius cogens* regional con respecto a ciertas normas, por ejemplo, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se aludió también a la posibilidad de que existieran normas regionales de *ius cogens* en Europa. Por consiguiente, la posibilidad de que hubiera otras formas de normas imperativas, como las normas regionales, merecía seguir siendo estudiada y no debía ser excluida *a priori*. Se sugirió asimismo que, aunque tal vez no hubiera motivos, en principio, para limitar el concepto a las normas de aplicabilidad universal, la Comisión podría decidir simplemente limitar el alcance de su estudio al *ius cogens* de aplicabilidad universal.

121. Varios miembros destacaron la incompatibilidad de la noción de objetor persistente con las normas de *ius cogens*, que son, por definición, de carácter imperativo universal. A ese respecto, esos miembros añadieron que sería imposible admitir, por ejemplo, la existencia de un objetor persistente a la prohibición del crimen de genocidio. Con arreglo a otra opinión, era demasiado pronto para tomar una decisión sobre ese punto, ya que la Comisión no había examinado todavía el sentido de las palabras "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto". Se sugirió asimismo que se distinguiera entre un análisis de la fuente del *ius cogens* y el efecto de su aplicación, teniendo presente que el objetor persistente guardaba mayor relación con este que con aquel.

122. La propuesta de que la Comisión se centrara en la elaboración de proyectos de "conclusión" sobre el tema obtuvo un apoyo general. Al mismo tiempo, se expresó la

[1301] *Ibid*., cap. VI, secc. E.

opinión de que habría sido preferible que la Comisión estudiase el tipo de resultado después de analizar todos los elementos de las normas imperativas.

123. En cuanto al proyecto de conclusión 1 propuesto, se dijo que no quedaba claro si el proceso de "identificación" era simplemente una cuestión de reconocimiento o si incluía un ejercicio normativo de determinación de la existencia y contenido de una norma. También se sugirió que la disposición volviera a redactarse más claramente en forma de disposición relativa al alcance y que se ampliara a fin de abarcar las actividades de actores no estatales. Se propuso además que se mencionaran explícitamente no solo los criterios para la determinación del *ius cogens*, sino también su contenido.

124. En relación con el proyecto de conclusión 2, se expresaron dudas sobre la necesidad de establecer una comparación con el derecho dispositivo *(ius dispositivum)*. Varios miembros dijeron que esa cuestión se podría tratar en el comentario. También se expresaron dudas acerca de la conveniencia de incluir una referencia a la modificación, derogación o abrogación de las normas ordinarias de derecho internacional. Se señaló asimismo que resultaba confuso calificar el *ius cogens*, por una parte, de jerárquicamente superior y, por otra, de excepción a una norma ordinaria. También hubo quien se preguntó hasta qué punto la formulación propuesta daba a entender que las partes en un tratado podían obligarse simplemente proclamando que una norma determinada del tratado no podía ser cambiada de mutuo acuerdo. Se sostuvo que una norma no adquiría el carácter de *ius cogens* simplemente por el acuerdo de las partes en un tratado.

125. Varios miembros sugirieron que el proyecto de conclusión 3 volviera a redactarse a modo de definición del *ius cogens*, y se propuso que la disposición se ajustara al enunciado del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 en la mayor medida posible. Varios miembros expresaron su apoyo al contenido del párrafo 2, mientras que otros expresaron dudas acerca de su inclusión. Se sostuvo que no había práctica que apoyara la inclusión de los elementos enumerados en el párrafo 2, que también parecía apartarse de la definición recogida en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Se dijo que el rasgo distintivo de las normas de *ius cogens* no era tanto su naturaleza jerárquica, sino más bien su especial importancia. Se advirtió a la Comisión del riesgo de crear, sin pretenderlo, nuevos requisitos para el reconocimiento del *ius cogens*. Se señaló que el concepto de "superioridad jerárquica" no era claro y podía inducir a error, entre otros motivos porque difuminaba la distinción entre la identificación del *ius cogens* y las consecuencias del conflicto con tales normas. Según otro punto de vista, la referencia a la "jerarquía" exigía que se ahondara en el tipo particular de jerarquía generado por el *ius cogens*, que se basaba en la nulidad de los tratados que lo contravenían, a diferencia de otras jerarquías en derecho internacional, como la que establecía el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. De acuerdo con otra opinión, la superioridad jerárquica de las normas imperativas estaba bien establecida y había sido reconocida por la propia Comisión en su labor sobre la fragmentación del derecho internacional. Se sugirió asimismo que se podría convertir el párrafo 2 en un proyecto de conclusión independiente.

126. Varios miembros también discreparon de la necesidad de hacer referencia a "los valores […] de la comunidad internacional", puesto que la existencia del *ius cogens* dependía de su aceptación y reconocimiento como tal por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto y no de una evaluación subjetiva de los valores. Según otro punto de vista, la referencia a los "valores fundamentales" era demasiado restringida si solo se refería a las normas de *ius cogens* de carácter humanitario y excluía otras, como la prohibición del uso de la fuerza. Por consiguiente, se propuso que, en vez de ello, el proyecto de conclusión se refiriese a "los principios fundamentales por excelencia". Conforme a otra opinión, la disposición, podría servir, de hecho, para complementar la Convención de Viena de 1969, aclarando la naturaleza del *ius cogens* mediante la inclusión

de una referencia a los "valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto".

127. No obstante las opiniones expresadas con respecto a la posibilidad de la existencia de un *ius cogens* regional, contó con apoyo el elemento de la "aplicabilidad universal", enunciado en el párrafo 2.

128. Entre otras sugerencias, se propuso elaborar un nuevo proyecto de conclusión sobre la definición del *ius cogens*. Se recomendó también que hubiera más coherencia en la versión en inglés del texto que se refería indistintamente a *"norms"* o *"rules"*. Se expresó preferencia por el primero, siguiendo el ejemplo de la Convención de Viena de 1969. Otra sugerencia fue que se cambiara el título del tema por "El *ius cogens* en derecho internacional", "Las normas imperativas" o "El *ius cogens* en el ordenamiento jurídico internacional". Se propuso también que el proyecto de conclusiones se ocupara del efecto invalidante del *ius cogens*, incluida la cuestión de quién determina si existe un conflicto con el *ius cogens*.

129. Recibió apoyo el plan de trabajo futuro sobre el tema expuesto por el Relator Especial. Se sugirió que el Relator Especial investigara también la relación entre los principios generales del derecho y el *ius cogens*. Entre otras sugerencias que se hicieron sobre la labor futura cabe mencionar el análisis de los siguientes aspectos: la fórmula "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto" y el grado en que tal concepto era sinónimo de consentimiento; la relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*; el grado en que la inderogabilidad era una característica definitoria del *ius cogens*; el proceso mediante el cual una norma imperativa ulterior podía sustituir a una norma anterior del mismo carácter; la relación entre la existencia de valores fundamentales subyacentes al *ius cogens* y la expresión de su existencia; el mecanismo de arreglo de controversias del artículo 66 de la Convención de Viena de 1969; y la cuestión de cómo regular el conflicto entre normas imperativas contradictorias.

3. Conclusiones del Relator Especial

130. Al recapitular el debate, el Relator Especial se refirió a los comentarios sobre el fundamento teórico del *ius cogens* y expresó su desacuerdo con quienes opinaban que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 resolvía la cuestión. No obstante, seguía sosteniendo que no era necesario que la Comisión zanjara el asunto.

131. Se tomó nota de que había acuerdo general sobre la necesidad de basar el estudio principalmente en la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y las opiniones de la doctrina, según correspondiera. En respuesta a las opiniones expresadas en el debate de que algunos de los elementos que aparecían en su primer informe no estaban plenamente respaldados por la práctica de los Estados, o que la relativa falta de esa práctica hacía necesario apoyarse en construcciones teóricas, el Relator Especial recordó que existía una cantidad importante de práctica estatal y judicial.

132. En cuanto a la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa, el Relator Especial tomó nota de las diferencias de opinión en el seno de la Comisión y reconoció que la idea de elaborar una lista de esa índole parecía atractiva. No obstante, recordó que le preocupaba que ello fuera en detrimento del énfasis metodológico del tema. Con todo, seguía abierto a la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa que se centrara en las normas imperativas de mayor aceptación.

133. En lo que respecta a la cuestión del *ius cogens* regional, el Relator Especial reiteró su intención de estudiar el asunto en futuros informes. Al mismo tiempo, si bien no creía que el concepto de una norma de *ius cogens* regional estuviera bien asentado en derecho internacional, a su juicio, el carácter universal del *ius cogens*, que estaba bien establecido, no excluía *a priori* la posibilidad de que haya normas imperativas regionales.

134. El Relator Especial confirmó además que no tenía la intención de pasar por alto las implicaciones del *ius cogens* en el contexto de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Tal y como se había indicado en la sinopsis, el tema iba más allá del derecho de los tratados. Su idea inicial era ocuparse de esas cuestiones en informes posteriores sobre las consecuencias del *ius cogens*. No obstante, no compartía la opinión de que la naturaleza y la definición del *ius cogens* podían variar según el ámbito del derecho internacional.

135. En cuanto a la labor futura, el Relator Especial había tomado nota de las opiniones concernientes a la posibilidad de un *ius cogens* basado en los tratados. Confirmó asimismo su intención de examinar la relación entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

136. En relación con los proyectos de conclusión propuestos, el Relator Especial tomó nota de las diferentes propuestas de redacción formuladas en el debate. También aceptó la crítica de que el proyecto de conclusión 2 abordaba cuestiones que excedían del alcance del tema. Explicó que, con la redacción propuesta, había pretendido poner de manifiesto que las normas imperativas eran, por su propia naturaleza, excepcionales en relación con otras normas de derecho internacional. No obstante, aceptaba la opinión de la Comisión de que no había que remitir el proyecto de conclusión propuesto al Comité de Redacción.

137. Respecto del proyecto de conclusión 3, el Relator Especial, si bien estaba abierto a sugerencias para mejorar el párrafo 1, también para ajustarlo a los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, discrepaba de los miembros de la Comisión que habían sugerido que, en la práctica de los Estados y en los pronunciamientos de los tribunales y cortes, había escaso o ningún fundamento que apoyase la inclusión de los elementos de los valores fundamentales, la superioridad jerárquica y la aplicabilidad universal del *ius cogens*. Además de las incluidas en su primer informe, el Relator Especial ofreció nuevas referencias autorizadas en relación con las posiciones adoptadas por los Estados en relación con el *ius cogens*, principalmente en el contexto de las Naciones Unidas, así como con los pronunciamientos de los tribunales y cortes.

138. El Relator Especial dijo, además, que valía la pena estudiar las sugerencias de modificación del título del proyecto y que ello podría abordarse en un futuro informe.

Capítulo X
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

A. Introducción

139. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados" en su programa de trabajo y nombró Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson[1302].

140. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el informe preliminar presentado por la Relatora Especial (A/CN.4/674 y Corr.1)[1303]. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/685)[1304] y tomó nota de los proyectos de disposiciones introductorias y los proyectos de principio I-(x) a II-5 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.870).

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

141. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/700), que examinó en sus sesiones 3318ª a 3321ª y 3324ª, celebradas del 12 al 15 de julio y el 20 de julio de 2016.

142. En su tercer informe, la Relatora Especial se centró en la determinación de las normas particularmente pertinentes en situaciones posteriores a un conflicto y abordó también algunas cuestiones relativas a las medidas preventivas que deben adoptarse en la fase anterior al conflicto, así como la situación particular de los pueblos indígenas (capítulo II). La Relatora Especial propuso 3 proyectos de principio sobre medidas preventivas[1305], 5 proyectos de principio relativos a la fase posterior al

---

1302 La decisión se adoptó en la 3171ª sesión de la Comisión, celebrada el 28 de mayo de 2013 (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 167). Para consultar la sinopsis del tema, véase *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), anexo E.

1303 *Ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 186 a 222.

1304 *Ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párrs. 130 a 170.

1305 El texto de los proyectos de principio I-1, I-3 y I-4 propuestos por la Relatora Especial en su tercer informe dice lo siguiente:

> **Proyecto de principio I-1**
> **Aplicación y cumplimiento**
>
> Los Estados deben hacer todo lo necesario para adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas que mejoren efectivamente la protección del entorno natural en relación con los conflictos armados, de conformidad con el derecho internacional.
>
> **Proyecto de principio I-3**
> **Acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones**
>
> Se alienta a los Estados y a las organizaciones internacionales a incluir disposiciones relativas a los reglamentos y las responsabilidades ambientales en sus acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones. Tales disposiciones pueden comprender medidas preventivas, evaluaciones de los efectos y medidas relativas a la restauración y la limpieza.

conflicto[1306] y 1 proyecto de principio sobre los derechos de los pueblos indígenas[1307], que figura en la cuarta parte del proyecto de principios. En su informe, la Relatora Especial

Proyecto de principio I-4
Operaciones de paz

Los Estados y las organizaciones participantes en operaciones de paz considerarán los efectos de esas operaciones sobre el medio ambiente y adoptarán todas las medidas necesarias para prevenir, mitigar y remediar las consecuencias ambientales nocivas de estas.

[1306] El texto de los proyectos de principio III-1 a III-5 propuestos por la Relatora Especial en su tercer informe dice lo siguiente:

Proyecto de principio III-1
Acuerdos de paz

Se alienta a las partes en un conflicto a resolver las cuestiones relativas a la restauración y protección del medio ambiente dañado por el conflicto armado en sus acuerdos de paz.

Proyecto de principio III-2
Evaluaciones y exámenes ambientales posteriores al conflicto

1. Se alienta a los Estados y las antiguas partes en un conflicto armado a cooperar entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes con miras a emprender evaluaciones ambientales y medidas de recuperación posteriores al conflicto.

2. En los exámenes realizados al final de las operaciones de paz se debería determinar, analizar y evaluar todo efecto ambiental dañino de esas operaciones sobre el entorno, con miras a mitigar o remediar dichos efectos en operaciones futuras.

Proyecto de principio III-3
Restos de guerra

1. Sin demora alguna tras el cese de las hostilidades activas, se deberán limpiar, retirar, destruir o mantener de conformidad con las obligaciones que impone el derecho internacional todos los campos de minas, zonas minadas, minas, armas trampa, municiones explosivas y otros artefactos.

2. Siempre que sea necesario, las partes se esforzarán por llegar a un acuerdo entre sí y, cuando proceda, con otros Estados y organizaciones internacionales acerca del suministro de asistencia técnica y material, incluida, en las circunstancias adecuadas, la organización de las operaciones conjuntas que sean necesarias para cumplir esas responsabilidades.

Proyecto de principio III-4
Restos de guerra en el mar

1. Los Estados y las organizaciones internacionales cooperarán para garantizar que los restos de guerra no constituyan un peligro para el medio ambiente, la salud pública o la seguridad de la gente de mar.

2. Con este fin, los Estados y las organizaciones se esforzarán por estudiar las zonas marítimas y pondrán la información a disposición del público.

Proyecto de principio III-5
Acceso a la información e intercambio de información

A fin de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, los Estados y las organizaciones internacionales concederán acceso a la información y compartirán esta con arreglo a sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

[1307] El texto del proyecto de principio IV-1 propuesto por la Relatora Especial en su tercer informe dice lo siguiente:

Proyecto de principio IV-1
Derechos de los pueblos indígenas

1. Los conocimientos y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas en relación con sus tierras y entorno natural deberán respetarse en todo momento.

también realizó un breve análisis de la labor llevada a cabo hasta el momento y formuló algunas sugerencias para el programa de trabajo futuro sobre el tema (capítulo III).

143. En su 3324ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2016, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de principio I-1, I-3, I-4, III-1 a III-5 y IV-1 que figuraban en el tercer informe de la Relatora Especial.

144. En esa misma sesión, la Comisión también decidió volver a remitir al Comité de Redacción los proyectos de disposiciones introductorias y los proyectos de principio que figuraban en el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.870), de los que la Comisión había tomado nota en su período de sesiones anterior, para que se ocupara de algunas cuestiones técnicas del texto relacionadas con el uso de corchetes y ciertas incoherencias en la terminología empleada.

145. En sus sesiones 3337ª y 3342ª, celebradas los días 5 y 9 de agosto de 2016, respectivamente, el Presidente del Comité de Redacción presentó[1308] dos informes del Comité de Redacción sobre la "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados". En el primero figuraban los proyectos de disposiciones introductorias y los proyectos de principio de los que la Comisión tomó nota en el 67º período de sesiones (2015), que habían sido renumerados y revisados por razones técnicas por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.870/Rev.1). La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de principio 1, 2, 5 [I-x], 9 [II-1], 10 [II-2], 11 [II-3], 12 [II-4] y 13 [II-5] (véase la sección C.1 *infra*). En su 3344ª sesión, celebrada el 10 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de principio aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

146. En el segundo informe figuran los proyectos de principio 4, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 17 y 18 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.876). La Comisión tomó nota de los proyectos de principio presentados por el Comité de Redacción[1309]. Se prevé que los comentarios de los proyectos de principio se examinen en un futuro período de sesiones.

2. Los Estados tienen la obligación de cooperar y celebrar consultas con los pueblos indígenas y de recabar su consentimiento libre, previo e informado en relación con el uso de sus tierras y territorios que entrañe consecuencias importantes para las tierras.

[1308] La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión (http://legal.un.org/ilc).

[1309] El texto de los proyectos de principio aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción dice lo siguiente:

Introducción

[…]

Primera parte
Principios generales

Proyecto de principio 4
Medidas para mejorar la protección del medio ambiente

1. Los Estados, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

2. Además, los Estados deben adoptar medidas adicionales, en su caso, para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

[…]

Proyecto de principio 6
Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas

1. Los Estados deben adoptar medidas apropiadas, en caso de conflicto armado, para proteger el medio ambiente de los territorios que habiten pueblos indígenas.

2. Después de un conflicto armado que haya afectado de manera adversa el medio ambiente de territorios que habiten pueblos indígenas, los Estados deben mantener consultas y una cooperación efectivas con los pueblos indígenas afectados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que representen a esos pueblos, con el fin de adoptar medidas de reparación.

Proyecto de principio 7
Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados

Los Estados y las organizaciones internacionales deben, en su caso, incluir disposiciones acerca de la protección ambiental en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con los conflictos armados. Tales disposiciones pueden incluir medidas preventivas, evaluaciones de los efectos y medidas de reparación y de limpieza.

Proyecto de principio 8
Operaciones de paz

Los Estados y las organizaciones internacionales que participen en operaciones de paz en relación con un conflicto armado considerarán los efectos de esas operaciones sobre el medio ambiente y adoptarán medidas apropiadas para prevenir, mitigar y remediar las consecuencias ambientales negativas que se deriven.

Segunda parte
Principios aplicables durante un conflicto armado

[…]

Tercera Parte
Principios aplicables después de un conflicto armado

Proyecto de principio 14
Procesos de paz

1. Las partes en un conflicto armado deben, como parte del proceso de paz, incluido en su caso en los acuerdos de paz, ocuparse de las cuestiones relativas a la reparación y la protección del medio ambiente dañado por el conflicto.

2. Las organizaciones internacionales pertinentes deben, cuando proceda, desempeñar un papel facilitador al respecto.

Proyecto de principio 15
Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado

Se alienta a la cooperación entre los actores pertinentes, incluidas las organizaciones internacionales, en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

Proyecto de principio 16
Restos de guerra

1. Después de un conflicto armado, las partes en el conflicto se ocuparán de eliminar o inutilizar los restos de guerra tóxicos y peligrosos bajo su jurisdicción o control que estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente. Tales medidas se adoptarán con sujeción a las normas de derecho internacional aplicables.

2. Las partes también se esforzarán por alcanzar un acuerdo, entre ellas y, cuando proceda, con otros Estados y con organizaciones internacionales, sobre asistencia técnica y material, incluida, en su caso, la realización de operaciones conjuntas para eliminar o inutilizar tales restos de guerra tóxicos y peligrosos.

1. Presentación por la Relatora Especial de su tercer informe

147. La Relatora Especial dijo que el objetivo principal del tercer informe era determinar las normas particularmente pertinentes en situaciones posteriores a un conflicto y abordar también algunas medidas preventivas que no se habían examinado en los informes anteriores. Recordó que en el informe preliminar se había expuesto un panorama general de las normas y principios pertinentes aplicables a un posible conflicto armado (fase anterior al conflicto) y que en el segundo informe se habían determinado las normas vigentes aplicables a los conflictos armados directamente pertinentes para la protección del medio ambiente durante un conflicto armado. El objetivo de los tres informes era ofrecer una visión general de la legislación aplicable antes, y después de un conflicto armado y durante el mismo (fases I, II y III, respectivamente), en un intento de cerrar el círculo de las tres fases temporales. La oradora observó que no había límites bien definidos entre las distintas fases y que era importante leer los informes de manera conjunta para entender adecuadamente el tema.

148. En el tercer informe no se pretendía llevar a cabo una revisión detenida del derecho internacional en general, sino examinar convenciones específicas y cuestiones jurídicas que eran especialmente relevantes para el tema. En él se abordaban, entre otras cosas, aspectos pertinentes relativos a las convenciones sobre la responsabilidad jurídica, los acuerdos internacionales de inversión, los derechos de los pueblos indígenas, los restos de guerra, así como la práctica de los Estados en el contexto de acuerdos de paz y acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones. También había una sección dedicada a la práctica de las organizaciones internacionales, donde se hacía especial hincapié en el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Asimismo, la Relatora Especial dijo que el informe contenía una breve recapitulación del debate mantenido en la Comisión en el período de sesiones anterior, además de información sobre las opiniones y la práctica de los Estados y una selección de jurisprudencia en la materia. No obstante, señaló que, al igual que se concluyó en el segundo informe, la jurisprudencia en la materia rara vez abarcaba los daños ambientales en sí mismos; los daños casi siempre revestían la forma de daños a los recursos o los bienes naturales. La Relatora Especial destacó además la sección del informe que abordaba la cuestión del acceso a la información, su intercambio y la obligación de cooperar (párrs. 130 a 152), que consideraba de particular importancia para las tres fases del tema.

---

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden a reserva de cualquier derecho u obligación en virtud del derecho internacional de limpiar, eliminar, destruir o mantener campos de minas, zonas minadas, minas, minas trampa, artefactos explosivos y otros artefactos.

Proyecto de principio 17
Restos de guerra en el mar

Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deben cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente.

Proyecto de principio 18
Intercambio de información y concesión de acceso a esta

1. Para facilitar las medidas de reparación después de un conflicto armado, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes intercambiarán información relevante y concederán acceso a esta de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

2. Nada de lo previsto en el presente proyecto de principio obliga a un Estado o una organización internacional a intercambiar información esencial para la defensa o la seguridad nacionales o conceder acceso a dicha información. No obstante, ese Estado o esa organización cooperarán de buena fe con miras a proporcionar tanta información como sea posible habida cuenta de las circunstancias.

149. En el informe se proponían nueve proyectos de principio. Tres de ellos correspondían a la primera parte, dedicada principalmente a las medidas de prevención (fase anterior al conflicto). El proyecto de principio I-1 se refería a la necesidad de que los Estados adoptasen medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas a escala nacional para mejorar la protección del medio ambiente. El proyecto de principio era breve y de carácter general. El proyecto de principio I-3 reflejaba la tendencia que estaba surgiendo entre los Estados y las organizaciones de tratar cuestiones ambientales en acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones. El proyecto de principio I-4 se ocupaba de los efectos sobre el medio ambiente de las operaciones de paz y de la importancia de adoptar las medidas necesarias para prevenir, mitigar y remediar las consecuencias ambientales nocivas de esas operaciones.

150. Se proponían cinco proyectos de principio para la tercera parte, relativa a las medidas después de un conflicto. El proyecto de principio III-1 trataba de los acuerdos de paz, que, como se señaló, regulaban cada vez más cuestiones relacionadas con el medio ambiente. El proyecto de principio III-2 se refería a la necesidad de realizar evaluaciones y exámenes ambientales posteriores al conflicto, y constaba de dos párrafos. Mientras que el párrafo 1 alentaba a los Estados y las antiguas partes en un conflicto armado a cooperar entre sí a tal fin, incluso con Estados que no fueran parte en el conflicto, el párrafo 2 se refería a las medidas que debían adoptarse una vez concluidas las operaciones de paz. El propósito del proyecto de principio no era atribuir responsabilidades, sino asegurar que se pudieran llevar a cabo evaluaciones y adoptar medidas de recuperación. Los proyectos de principio III-3 y III-4 se ocupaban de los restos de guerra y los restos de guerra en el mar, respectivamente. El proyecto de principio III-3 era de carácter general y reflejaba fundamentalmente obligaciones que ya existían en el derecho aplicable a los conflictos armados. Se hacía hincapié en la necesidad de actuar sin demora y de cooperar para eliminar los peligros que pudieran entrañar los restos de guerra. El proyecto de principio III-4 se ocupaba específicamente de los restos de guerra en el mar. La Relatora Especial observó que esos restos no estaban regulados de forma directa por el derecho aplicable a los conflictos armados y resultaban particularmente complejos, habida cuenta de los diferentes regímenes jurídicos de las diversas zonas marítimas. Los dos proyectos de principio tenían por objeto abarcar todos los tipos de restos que constituían una amenaza para el medio ambiente. El proyecto de principio III-5 se refería a la necesidad de que los Estados y las organizaciones internacionales permitieran el acceso a la información y la compartieran a fin de mejorar la protección del medio ambiente. Esos aspectos se consideraban requisitos esenciales para asegurar una cooperación eficaz.

151. Se proponía un proyecto de principio para la cuarta parte. El proyecto de principio IV-1 reflejaba la situación jurídica actual de los pueblos indígenas y de sus tierras y territorios con arreglo a los instrumentos jurídicos internacionales y la jurisprudencia en la materia. La Relatora Especial preveía la posibilidad de añadir nuevos proyectos de principio a esa parte.

152. La Relatora Especial también puso de manifiesto algunas cuestiones que el tercer informe no abarcaba, como la cláusula de Martens y aspectos relacionados con la ocupación, y señaló que la Comisión tal vez deseara examinar esos asuntos en su labor futura sobre el tema. Asimismo, destacó varias cuestiones más que podían ser pertinentes para el tema, como las relativas a la responsabilidad y la responsabilidad civil, así como la responsabilidad y la práctica de los actores no estatales y los grupos armados organizados en los conflictos armados no internacionales. La Relatora Especial también señaló que podría ser conveniente incluir una referencia clara en un futuro preámbulo a los artículos

sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[1310] elaborados por la Comisión, que eran de especial relevancia para el presente tema.

153. Por último, la Relatora Especial alentó a que se siguieran celebrando consultas con otras entidades, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), otros interlocutores pertinentes del sistema de las Naciones Unidas y organizaciones regionales, e indicó que la Comisión tal vez considerase útil seguir recibiendo información de los Estados sobre la legislación nacional y la jurisprudencia pertinentes para el tema.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

154. La importancia del tema fue reiterada por algunos miembros, que no solo pusieron de manifiesto su pertinencia actual, sino también los problemas que presentaba, en particular porque que se situaba en la confluencia de varios ámbitos jurídicos. El hecho de que la Relatora Especial, en sus informes, hubiera dado la misma importancia a las tres fases temporales había contribuido al desarrollo del tema. Aunque algunos miembros apreciaron el propósito del tercer informe, también señalaron que su estructura había hecho difícil discernir claramente la pertinencia del material presentado en relación con la fase temporal correspondiente. En ese sentido, se dijo que era necesario distinguir de manera clara las tres fases temporales y determinar el derecho aplicable a cada una de ellas. Para facilitar el examen del tema, se propuso que las fases anterior y posterior al conflicto se limitaran al período inmediatamente anterior o posterior a las hostilidades, respectivamente.

155. Si bien algunos miembros celebraron la riqueza de material que figuraba en el informe, otros señalaron que era excesiva e incluía información de relevancia limitada. Ello había dificultado el entendimiento adecuado de la dirección que estaba tomando el tema. Habría sido mejor que en el informe se hubiera hecho un análisis en profundidad del material pertinente en que se basaban los proyectos de principio para justificar su contenido.

156. Algunos miembros convinieron con la Relatora Especial en que no estaba justificado llevar a cabo un examen de todos los tratados sobre el medio ambiente para determinar si seguían siendo aplicables durante un conflicto armado. Se recordó que la Comisión ya había estudiado esta cuestión en el contexto de la labor relativa a los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. Los acuerdos relativos al medio ambiente figuraban en la lista indicativa de tratados que, en razón de su materia, seguían aplicándose[1311]. Los artículos y los comentarios correspondientes eran ciertamente pertinentes para el tema.

157. Algunos miembros pidieron cautela contra toda tentativa de limitarse a trasladar las obligaciones existentes en tiempo de paz a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Aunque se reconoció que no era preciso examinar todos los tratados de derecho ambiental para comprobar si seguían siendo aplicables durante los conflictos armados, esa labor sí debía realizarse en relación con las normas que se consideraban pertinentes para el tema. En ese contexto, el término “aplicabilidad” planteaba dos cuestiones que era necesario abordar, a saber, si la norma se aplicaba o no en el sentido formal, y si la aplicabilidad de la norma podía transponerse a situaciones de conflicto

[1310] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. VI, secc. E.

[1311] Véase la lista indicativa a que se hace referencia en el artículo 7, que figura en el anexo de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados *(ibid.)*.

armado o era preciso adaptar esa norma. Se señaló que ese tipo de análisis parecía no haberse hecho en relación con algunos de los proyectos de principio propuestos.

158. También respecto de la metodología, se señaló que los proyectos de principio debían distinguir entre los conflictos armados internacionales y no internacionales, pues las normas aplicables a ambas categorías de conflicto diferían, al igual que las partes interesadas.

159. En cuanto al alcance del tema, mientras que algunos miembros celebraron el enfoque amplio propuesto por la Relatora Especial, otros opinaron que el informe y los proyectos de principio iban mucho más allá de la protección del medio ambiente en sí, ya que también abordaban el medio ambiente como recurso natural y como entorno humano, incorporando una perspectiva de derechos humanos. Además, mientras que algunos miembros consideraban que el alcance del tema debía limitarse al medio ambiente natural, otros eran partidarios de un enfoque más amplio.

160. También se planteó la necesidad de emplear una terminología uniforme en todos los proyectos de principio. Ello era especialmente pertinente en relación con las expresiones "medio ambiente" y "medio ambiente natural".

161. En cuanto a la forma final del tema, aunque algunos miembros reiteraron su apoyo al proyecto de principios, también se sugirió que podría contemplarse un enfoque más prescriptivo, como un proyecto de artículos. Varios miembros insistieron en la importancia de asegurar que la terminología empleada en los proyectos de principio se correspondiera con el rango normativo previsto para el tema. En ese sentido, se hizo referencia al empleo incoherente en la versión en inglés de *"shall"*, *"should"* y *"are encouraged"*.

162. Algunos miembros se felicitaron de la información detallada sobre la práctica de los Estados y el análisis de las normas aplicables que figuraban en el informe. Algunas referencias se consideraron de particular interés para dar a conocer la opinión de las víctimas de daños ambientales causados por conflictos armados.

b) Proyecto de principio I-1 – Aplicación y cumplimiento

163. Aunque varios miembros consideraron que el contenido del proyecto de principio I-1 era pertinente para el tema, otros señalaron que el proyecto de principio no se veía respaldado por el material que figuraba en el informe, por lo que era difícil valorarlo adecuadamente. En general, los miembros señalaron que las medidas preventivas previstas en el proyecto de principio debían concretarse más, ya que esa disposición estaba redactada en términos excesivamente amplios. También se observó que el alcance temporal del proyecto de principio no estaba claro. A ese respecto, algunos miembros opinaron que el proyecto de principio era tan pertinente para la fase posterior a un conflicto como para la anterior. Además, era preciso aclarar la relación del proyecto de disposición con los proyectos de principio subsiguientes de la primera parte, en particular si estos últimos eran diferentes formas de aplicación del primero. Asimismo, se sugirió que se modificara el título para ajustarlo más al contenido del proyecto de principio.

c) Proyecto de principio I-3 – Acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones

164. Varios miembros pusieron en tela de juicio la pertinencia del proyecto de principio I-3 para el tema. En su opinión, los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones no se ocupaban de la conducta de las fuerzas destacadas, como se preveía en la disposición propuesta, ni estaban directamente relacionados con el conflicto armado en sí. Se sugirió reemplazar la referencia a esos acuerdos por la expresión "acuerdos especiales" si se mantenía esa disposición. Sin embargo, se señaló que los acuerdos actuales sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones parecían incluir disposiciones sobre la protección del medio ambiente, por lo que las

medidas propuestas en el proyecto de principio podrían contemplarse. Aun admitiendo que los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones no se ocupaban de los conflictos armados, algunos miembros consideraron, no obstante, que el proyecto de principio constituía una importante medida preventiva que podía abarcar otras posibles consecuencias ambientales, como la contaminación de las bases militares. Se destacó además que el principio "quien contamina, paga" debía reflejarse en ese proyecto de principio. También se dijo que la última oración del proyecto de principio, donde se enumeraban diversas medidas, inducía a confusión respecto de la fase temporal a que correspondía el proyecto de disposición.

d) Proyecto de principio I-4 – Operaciones de paz

165. Reconociendo que las operaciones de paz parecían tener cada vez más en cuenta las preocupaciones ambientales, varios miembros se mostraron partidarios de abordar esa cuestión en el contexto del tema. No obstante, cuestionaron que el proyecto de principio se situara en la fase anterior a los conflictos, ya que las medidas citadas en la disposición propuesta parecían ser de aplicación no solo durante la fase de prevención, sino también durante la fase operativa (mitigación) y la fase posterior al conflicto (reparación). Así pues, las obligaciones debían recogerse por fases o figurar en una sección común sobre los principios generales pertinentes para todas las fases temporales. También se señaló que las operaciones de paz podían desempeñar un papel importante en la recuperación después de un conflicto, por lo que el proyecto de principio debía centrarse en las medidas de reparación y de recuperación. Para definir mejor el alcance del proyecto de principio, se sugirió definir la expresión "operación de paz" a efectos del proyecto de principio o, al menos, explicarla en el comentario. Además, la formulación del proyecto de principio tenía que ser más flexible para reflejar mejor la situación actual del derecho —no parecía existir aún ninguna obligación equivalente en derecho internacional. A ese respecto, algunos miembros señalaron que el informe no contenía un nivel de investigación y análisis de la práctica relativa a las operaciones de paz suficiente para fundamentar el contenido de la disposición propuesta. Asimismo, se señaló que la premisa en que se basaban las operaciones de mantenimiento de la paz, en particular el no uso de la fuerza y el consentimiento de las partes, las distinguía de los conflictos armados. Si las operaciones de mantenimiento de la paz se incluían en el alcance del tema, se corría el riesgo de equipararlas con un conflicto armado, lo que pondría en peligro la viabilidad y utilidad de esas operaciones en su conjunto.

e) Proyecto de principio III-1 – Acuerdos de paz

166. Varios miembros expresaron su apoyo al proyecto de principio III-1 y coincidieron en que los acuerdos de paz debían contener disposiciones relativas a la reparación de los daños ambientales causados por los conflictos armados. No obstante, se hizo hincapié en que la gestión de la protección del medio ambiente después de un conflicto y la asignación de responsabilidades para dicha gestión quedaban fuera del alcance del tema. Refiriéndose a lo que consideraban una laguna en el proyecto de principio, algunos miembros opinaron que los acuerdos de paz también debían incluir disposiciones sobre cuestiones relativas a la penalización, la atribución de responsabilidad por daños ambientales y la indemnización. Se señaló que el papel de facilitación desempeñado por las organizaciones internacionales y regionales respecto de la inclusión de esas disposiciones en los acuerdos de paz también debía quedar reflejado.

167. Otros miembros observaron que el proyecto de principio se refería a los conflictos armados, sin ningún calificativo en cuanto a la naturaleza del conflicto ni distinción entre los actores estatales y no estatales. Ese enfoque era problemático, ya que la dinámica entre las partes en un conflicto difería mucho entre los conflictos armados internacionales y no internacionales; en el caso de esos últimos, una parte en el conflicto podía simplemente

desaparecer. Además, si se imponían a actores no estatales obligaciones similares a las de los Estados, se corría el riesgo de legitimar a una de las partes en el conflicto. En ese sentido, se sugirió que el alcance material del proyecto de principio se limitase a los conflictos armados internacionales, aunque observando que ello tal vez requiriera un estudio más detenido, ya que en el informe se habían examinado principalmente los acuerdos de paz en relación con los conflictos armados no internacionales. No obstante, también se señaló que, en la actualidad, rara vez se celebraban acuerdos de paz entre Estados y que, si se hacía, no solían contener disposiciones sobre la protección del medio ambiente. Por consiguiente, el alcance debía limitarse a los conflictos armados no internacionales.

f) Proyecto de principio III-2 – Evaluaciones y exámenes ambientales posteriores al conflicto

168. Los miembros de la Comisión reconocieron de manera general la importancia de las evaluaciones y exámenes ambientales posteriores al conflicto. Se señaló que el proyecto de principio no reflejaba obligaciones jurídicas recogidas en derecho internacional, pero proponía una consideración normativa importante. No obstante, se plantearon preguntas con respecto al alcance temporal del párrafo 1 del proyecto de principio, tanto sobre el momento en que tendrían que llevarse a cabo esas evaluaciones y exámenes como sobre su ubicación en la fase posterior al conflicto. En cuanto a las primeras, se dijo que era poco probable que los excombatientes cooperasen inmediatamente después del cese de las hostilidades, lo que dejaba una importante laguna temporal que había que llenar. Con respecto a las segundas, se dijo que las evaluaciones y los exámenes eran igualmente importantes durante la fase del conflicto armado, en especial cuando el daño requería medidas de mitigación inmediatas. Además, se dijo que el alcance del párrafo 1 del proyecto de principio debía limitarse a los Estados, ya que la necesidad de cooperar con los actores no estatales solo podía evaluarse caso por caso. En cuanto al párrafo 2, se observó que si la intención solo era llevar a cabo esas evaluaciones en beneficio de operaciones futuras, lo que se cuestionaba de por sí, sería mejor ubicar esa disposición en la fase de prevención o suprimirla por completo, pues quedaba englobada en el proyecto de principio I-4. Además, se dijo que el proyecto de principio también debía reflejar la necesidad de proteger al personal que realiza las evaluaciones y los exámenes ambientales.

169. Asimismo se indicó que era preciso analizar cómo y en qué medida era necesaria la norma ambiental en que se basaba el proyecto de principio a fin de evaluar adecuadamente su pertinencia y aplicabilidad en relación con los conflictos armados.

g) Proyecto de principio III-3 – Restos de guerra, y proyecto de principio III-4 – Restos de guerra en el mar

170. Varios miembros consideraron que los proyectos de principio III-3 y III-4 eran sumamente pertinentes para el tema. No obstante, algunos miembros señalaron que la relación con la protección del medio ambiente debía especificarse más en el proyecto de principios. Así ocurría, sobre todo, en el caso del proyecto de principio III-3, que parecía justificarse por el daño causado a seres humanos y bienes materiales, más que al medio ambiente. Por razones similares, se señaló que debía suprimirse la referencia a la salud pública y la seguridad de la gente de mar en el proyecto de principio III-4.

171. En el proyecto de principio III-3 también tenía que aclararse quién tenía la responsabilidad principal de cumplir las obligaciones enunciadas en él. En ese sentido, algunos miembros opinaron que esa responsabilidad debía corresponder al Estado que tuviera jurisdicción efectiva y a las organizaciones internacionales pertinentes; sería poco realista esperar que los actores no estatales que participasen en un conflicto armado aplicaran las medidas previstas en el proyecto de principio. También se sugirió que se

incluyera en el proyecto de principio el deber de notificación que figura en el artículo 5 de la Convención relativa a la Colocación de Minas Submarinas Automáticas de Contacto[1312].

172. Se hicieron varias referencias al uso de la expresión "sin demora" en el párrafo 1 del proyecto de principio III-3, que no parecía ni reflejar la práctica ni ser realista. La remoción de los restos de guerra solo se consideraría prioritaria tras el cese de las hostilidades si esa medida fuera necesaria para satisfacer las necesidades inmediatas de la población. También se señaló que el párrafo 2 del mismo proyecto de principio parecía establecer obligaciones incondicionales que iban más allá de la práctica de los Estados.

173. Otra esfera que requería un examen más detenido eran los tipos de restos de guerra que el proyecto de principio pretendía abarcar, ya que la formulación actual parecía demasiado inclusiva y poco inclusiva al mismo tiempo. En ese sentido, aunque varios miembros señalaron que era importante adoptar un enfoque amplio, no exhaustivo, también se indicó que tratar de abarcar todos los restos de guerra requería un estudio en mayor profundidad. Se dijo asimismo que el tipo de información prevista en el párrafo 2 del proyecto de principio III-4 debía especificarse más, posiblemente en los comentarios.

174. Algunos miembros subrayaron que tenía que aclararse más la relación entre los proyectos de principio III-3 y III-4. No estaba claro, por ejemplo, si el proyecto de principio III-3 era de carácter general. Se propuso fusionar ambas disposiciones en una. También se señaló que el proyecto de principio no establecía las obligaciones correspondientes y se preguntó por qué se había omitido la obligación de retirar los restos de guerra del proyecto de principio III-4. Asimismo, se señaló que la cuestión de la atribución de la responsabilidad respecto de la remoción de los restos de guerra en el mar debía reflejarse en el proyecto de principio.

h) Proyecto de principio III-5 – Acceso a la información e intercambio de información

175. Aunque en general se consideró que dar acceso a la información y compartirla era importante para el objeto del tema, algunos miembros opinaron que el proyecto de principio III-5 estaba redactado en términos demasiado amplios. El alcance de la obligación debía aclararse y ajustarse, en particular para tener en cuenta situaciones en que los Estados tenían motivos válidos para no compartir la información, por ejemplo, por razones de seguridad nacional. No obstante, también se señaló que, dado que la obligación se había formulado con la aclaración "con arreglo a sus obligaciones en virtud del derecho internacional", la disposición propuesta no conllevaba obligaciones tan amplias. Algunos miembros observaron que, puesto que el acceso a la información y su intercambio dependían del consentimiento del Estado, el proyecto de principio tenía que redactarse de manera menos prescriptiva. También se señaló que la concesión de acceso a la información y el intercambio de información eran dos obligaciones distintas y no podían abordarse de la misma manera.

176. Varios miembros indicaron que el alcance temporal del proyecto de principio tenía que especificarse, pues no estaba claro en qué momento debía compartirse la información. Habida cuenta del carácter general del proyecto de principio, algunos miembros consideraron que se aplicaba a las tres fases y que sería mejor ubicarlo en una parte dedicada a los "principios generales". En cambio, otros miembros destacaron que la obligación de dar acceso a la información y compartirla no podía aplicarse a la fase II (durante un conflicto armado). El principio de dar acceso a la información y compartirla se basaba en las normas aplicables en tiempo de paz y no podía transponerse simplemente a

[1312] Convención VIII relativa a la Colocación de Minas Submarinas Automáticas de Contacto, de 1907 (La Haya, 18 de octubre de 1907), *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, J. B. Scott (ed.) (Nueva York, Oxford University Press, 1915), pág. 151.

las situaciones de conflicto armado. No obstante, también se señaló que, si el proyecto de principio era aplicable a la fase de conflicto armado, se podían hacer las precisiones necesarias para aclarar el alcance de la obligación de manera que no afectara a cuestiones de seguridad o defensa nacionales. También se propuso especificar que el proyecto de principio solo se refería a la fase posterior a un conflicto. Se pidieron aclaraciones sobre a qué actores debía concederse acceso a la información y qué tipo de información debía compartirse en las respectivas fases.

i) Proyecto de principio IV-1 – Derechos de los pueblos indígenas

177. Varios miembros señalaron que las cuestiones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas escapaban al alcance del presente tema y que el hecho de que los pueblos indígenas tuvieran una relación especial con sus tierras y su entorno natural no justificaba que se abordara esa cuestión. Además, el contenido del proyecto de principio IV-1 no era pertinente para el tema que se estaba examinando; sencillamente no se ocupaba de los daños causados por los conflictos armados en relación con los pueblos indígenas. El tema se había abordado desde una perspectiva de derechos humanos que no explicaba la necesidad de ocuparse de esa cuestión. Otros miembros dijeron que, en el informe, se había analizado la cuestión desde una perspectiva muy limitada que no estaba a la altura. Aunque reconocieron ese punto y que el contenido del proyecto de principio IV-1 no abordaba adecuadamente la cuestión, consideraron, no obstante, que era importante reflejar la situación de los pueblos indígenas en el proyecto de principios. Insistieron en que esos pueblos eran especialmente vulnerables a las injerencias externas y, por tanto, necesitaban que se les prestara una atención especial en lo referente a la protección de su entorno natural, entre otras cosas, en relación con los conflictos armados. En ese sentido, se hizo referencia a las disposiciones pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[1313] y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[1314]. En lugar de excluir por completo la cuestión, el proyecto de principio debería reformularse para centrarse en la necesidad de proteger las tierras y el entorno natural de los pueblos indígenas. También se señaló que los pueblos indígenas se veían particularmente afectados por las medidas de reparación posteriores a un conflicto y que tenían un papel importante que desempeñar en ellas. Así pues, el proyecto de principio debía centrarse en esa fase y referirse de manera más concreta a las obligaciones de los Estados a la hora de hacer frente a las consecuencias ambientales de los conflictos armados. Asimismo, se dijo que la cuestión podía abordarse en el contexto del proyecto de principio I-(x), relativo a las zonas protegidas, del que había tomado nota la Comisión el año pasado[1315]. Se observó que el proyecto de principio sobre los derechos de los pueblos indígenas era pertinente para las tres fases temporales, por lo que debía ubicarse en una parte sobre “principios generales”.

j) Programa de trabajo futuro

178. Algunos miembros reiteraron la importancia que concedían a ese tema y expresaron su firme deseo de que siguiera examinándose en el próximo quinquenio, observando que la Relatora Especial estaba a punto de terminar su mandato con la Comisión. En cuanto a las cuestiones específicas que debían tratarse en el futuro, varios miembros subrayaron la importancia de abordar aspectos relacionados con la responsabilidad, la responsabilidad civil y la indemnización en el contexto del proyecto de principios. No obstante, también se dijo que el intento de incluir esas cuestiones en el proyecto de principios podía hacer que el

[1313] Resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007.

[1314] Organización de los Estados Americanos, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), de 15 de junio de 2016.

[1315] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 134.

resultado fuera mucho más prescriptivo. Algunos miembros coincidieron con la opinión de la Relatora Especial de que tal vez fuera pertinente examinar la cuestión de la ocupación. Además, algunos miembros señalaron que las cuestiones referentes a la responsabilidad de los actores no estatales y los grupos armados organizados, así como los conflictos armados no internacionales, también podían ser de interés. En ese sentido, se observó, no obstante, que el proyecto de principios actual ya parecía incluir los conflictos armados no internacionales en su alcance, lo que llevaba a preguntarse si, en espera de ese examen futuro, ello repercutiría en la labor ya realizada. Asimismo, se sugirió añadir un proyecto de principio que estableciera que los Estados debían ser cautelosos a la hora de probar armas nuevas y que debían elaborar manuales militares adecuados en previsión de futuros conflictos armados. También, se dijo que podía ser útil examinar la manera en que se tenía en cuenta el medio ambiente en las actividades de diversas instituciones financieras y de inversión, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y la Corporación Financiera Internacional, en particular la cuestión de si los daños al medio ambiente podían ser objeto de un seguro.

179. Algunos miembros coincidieron con la Relatora Especial en la conveniencia de que la Comisión siguiera celebrando consultas con otras entidades, como el CICR, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el PNUMA, así como con organizaciones regionales. También convinieron en que sería útil que los Estados siguieran proporcionando ejemplos de legislación y jurisprudencia pertinente.

3. Observaciones finales de la Relatora Especial

180. A la luz de las observaciones formuladas durante el debate en sesión plenaria sobre la metodología del informe y el tema en general, la Relatora Especial consideró útil aclarar que se había recurrido a una división temporal del tema para facilitar la investigación y el análisis de este, dada su amplitud. Estaba de acuerdo en que conservar la disposición del proyecto de principios en torno a epígrafes temporales, resultado de la labor llevada a cabo en el Comité de Redacción y que quedó reflejado en el resultado de los trabajos sobre el tema, planteaba problemas de fondo, ya que, como se había señalado en el debate, algunos proyectos de principio eran pertinentes para más de una fase. Si la Comisión decidía reflejar la división temporal en el proyecto de principios, convendría añadir al comienzo una nueva parte, titulada “Principios de aplicación general”. Esa parte reemplazaría la que se iba a titular provisionalmente “Cuarta parte – [Principios adicionales]”. La oradora estaba convencida de que las inquietudes expresadas sobre los límites temporales podían abordarse en el Comité de Redacción.

181. Con respecto a las observaciones sobre la idoneidad de algunas investigaciones que figuraban en el informe y su pertinencia para el tema, la Relatora Especial señaló que la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados era un nuevo ámbito de desarrollo legal. Por tanto, era importante mostrar cómo las preocupaciones ambientales en ese contexto se reflejaban cada vez más en diferentes ámbitos jurídicos, a veces en formas que podían considerarse relacionadas con el tema únicamente de manera indirecta. Ello se ponía especialmente de manifiesto en la jurisprudencia relativa a los daños ambientales, que a menudo se desviaba y parecía abordar solo los bienes materiales o los derechos humanos, por tratarse de un argumento jurídico más viable. Otra esfera del informe que había generado críticas similares era la sección sobre los acuerdos de inversión. Refiriéndose a los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados elaborados por la Comisión, la Relatora Especial recordó que los acuerdos de

inversión formaban parte de un grupo de tratados[1316] que seguía aplicándose durante los conflictos armados. Por tanto, servían para mostrar que la protección del medio ambiente se abordaba en tratados que podían seguir aplicándose durante un conflicto armado. La Relatora Especial afirmó que esas cuestiones eran tanto importantes como pertinentes para el desarrollo del tema. Asimismo, insistió que el tema no se limitaba a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado; toda su razón de ser radicaba en abordar también otros ámbitos del derecho internacional y no quedar limitado al derecho aplicable a los conflictos armados. El título del tema subrayaba claramente ese aspecto. No obstante, la Relatora Especial aceptó las críticas de que la conexión con la protección del medio ambiente podía mejorarse en varios proyectos de principio.

182. En respuesta a los comentarios de que la sección sobre la labor futura no era suficientemente detallada, la Relatora Especial señaló que le había parecido mejor limitarse a destacar algunas cuestiones que la Comisión tal vez deseara examinar, ya que la decisión sobre la manera de proceder correspondería al próximo Relator Especial.

183. La Relatora Especial también se refirió a algunas observaciones sobre los proyectos de principio. Con respecto al proyecto de principio I-1, reconoció que se había redactado en términos generales, sin especificar las diversas medidas previstas. Ello podía resolverse ofreciendo ejemplos de algunas de esas medidas, ya fuera en el proyecto de principio o en los comentarios.

184. En respuesta a las observaciones que cuestionaban la pertinencia de los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones, abordados en el proyecto de principio I-3, la Relatora Especial reiteró que el tema no se limitaba a la fase durante la cual se producía el conflicto armado y señaló que esos acuerdos podían tratar cuestiones vitales para la protección del medio ambiente. En ese sentido, las medidas de señalización, reconstrucción y prevención para ocuparse de las sustancias tóxicas se mencionaban como ejemplos pertinentes. En cuanto al proyecto de principio I-4, la Relatora Especial observó que la idea de abordar las operaciones de paz en el proyecto de principios parecía haber contado con el apoyo general. No obstante, en relación con la preocupación expresada de que la inclusión de las misiones de mantenimiento de la paz en el alcance del tema pudiera dar lugar a que se equiparasen con los conflictos armados, la oradora volvió a insistir en que el proyecto de principios no se limitaba a las situaciones de conflicto armado, sino que también abarcaba las fases anterior y posterior al conflicto. Asimismo, recordó que el derecho internacional humanitario era de aplicación a esas misiones.

185. En cuanto a los proyectos de principio III-3 y III-4, relativos a los restos de guerra, la Relatora Especial señaló que las observaciones formuladas al respecto se habían referido a la exhaustividad de la lista de restos de guerra mencionados en ellos, la asignación de la responsabilidad de su remoción, el aspecto temporal de los proyectos de disposición y los factores políticos relacionados con su aplicación. Con respecto a los tipos de restos mencionados en el proyecto de principio III-3, señaló que el proyecto de principio reflejaba el derecho aplicable a los conflictos armados en vigor. No obstante, le parecían bien las propuestas de volver a examinar la cuestión para que también se incluyeran otros restos tóxicos y peligrosos. La Relatora Especial aclaró asimismo que la asignación de la responsabilidad de retirar los restos de guerra estaba regulada en el derecho aplicable a los conflictos armados y, por consiguiente, no se había abordado en los proyectos de principio. Además, las disposiciones jurídicas pertinentes en la materia indicaban que esa responsabilidad no se limitaba a los Estados, sino que cabía interpretar que también

[1316] Tratados de amistad, comercio y navegación y acuerdos relativos a derechos privados (véase la lista indicativa de los tratados a que se hace referencia en el artículo 7, que figura en el anexo del proyecto de artículos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. VI, secc. E).

incumbía a otros actores participantes en un conflicto. En cuanto al aspecto temporal de los proyectos de principio, la Relatora Especial recordó que se habían ubicado en la fase posterior al conflicto y, por tanto, su finalidad era ser de aplicación en esa fase. Refiriéndose a las inquietudes expresadas por que la expresión "sin demora", recogida en el proyecto de principio III-3, impusiera una obligación poco razonable a los Estados, señaló que esa expresión se empleaba en el artículo 10 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos[1317].

186. En cuanto a las observaciones sobre la fase de aplicación del proyecto de principio III-5, la Relatora Especial dijo que, si se mantenían los epígrafes temporales del proyecto de principios, esa disposición encajaría mejor en las situaciones posteriores a un conflicto. También observó que las excepciones al principio de concesión de acceso a la información e intercambio de esta por motivos de seguridad y defensa nacionales podían reflejarse en la disposición propuesta, como habían sugerido algunos miembros. No obstante, señaló que, aunque esas excepciones se preveían en varios instrumentos jurídicos vigentes, ello no eximía a las partes de la obligación de cooperar de buena fe.

187. La Relatora Especial observó que el proyecto de principio IV-1 sobre los derechos de los pueblos indígenas había generado gran cantidad de observaciones que habían puesto de manifiesto la divergencia de opiniones entre los miembros sobre la conveniencia de abordar esa cuestión en el contexto del presente tema. Ella seguía convencida de que era una cuestión muy pertinente para el tema y citó diversos instrumentos en que la conexión de los pueblos indígenas con su entorno natural se había destacado, así como instrumentos que demostraban que esa conexión era particularmente relevante en el contexto de los conflictos armados[1318]. No obstante, reconoció que esa conexión debería quedar más patente en el proyecto de principio, que no solo debía centrarse claramente en la protección del medio ambiente de los pueblos indígenas, sino también establecer un vínculo directo con las situaciones de conflicto armado.

C. Texto de los proyectos de principio sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión

1. Texto de los proyectos de principio

188. A continuación figura el texto de los proyectos de principio aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión.

[1317] Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996) anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 3 de mayo de 1996), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2048, núm. 22495, pág. 93.

[1318] Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007, y Convenio (núm. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Ginebra, 27 de junio de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1650, núm. 28383, pág. 383.

Proyecto de principio 1
Alcance

El presente proyecto de principios se aplica a la protección del medio ambiente* antes o después de un conflicto armado y durante el mismo.

_____

* El empleo de la expresión "medio ambiente" o "medio ambiente natural" en todos los presentes proyectos de principio o en algunos de ellos volverá a examinarse en una fase ulterior.

Proyecto de principio 2
Propósito

El presente proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas, mediante medidas preventivas para reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado y medidas de reparación.

[…]

Primera parte
Principios generales

[…]

Proyecto de principio 5 [I-(x)]
Designación de zonas protegidas

Los Estados deben designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de gran importancia medioambiental y cultural como zonas protegidas.

[…]

[…]

Segunda parte
Principios aplicables durante el conflicto armado

Proyecto de principio 9 [II-1]
Protección general del medio ambiente natural durante un conflicto armado

1. El medio ambiente natural será respetado y protegido de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.

2. Se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves.

3. Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

Proyecto de principio 10 [II-2]
Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural

El derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, se aplicará al medio ambiente natural, con miras a su protección.

Proyecto de principio 11 [II-3]
Consideraciones ambientales

Las consideraciones ambientales se tendrán en cuenta al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar.

Proyecto de principio 12 [II-4]
Prohibición de las represalias

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

Proyecto de principio 13 [II-5]
Zonas protegidas

Una zona de gran importancia medioambiental y cultural designada zona protegida mediante acuerdo será protegida de cualquier ataque, siempre que no contenga un objetivo militar.

2. Texto de los proyectos de principio y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones

189 A continuación figura el texto de los proyectos de principio y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

Introducción

1) En lo que concierne a su estructura, el proyecto de principios se divide en tres partes, que figuran después de una parte inicial titulada “Introducción”, en la que se enuncian proyectos de principio sobre el alcance y el propósito del proyecto de principios. La primera parte contiene orientaciones para la protección del medio ambiente *antes* del comienzo de un conflicto armado, pero también proyectos de principio de natureleza más general pertinentes para las tres fases temporales: antes o después de un conflicto armado y durante el mismo. Más adelante se incorporarán proyectos de principio adicionales en esta parte. La segunda parte se refiere a la protección del medio ambiente *durante* los conflictos armados y la tercera parte versa sobre la protección del medio ambiente *después* de un conflicto armado.

2) Las disposiciones se han formulado como un proyecto de “principios” en la inteligencia de que su forma definitiva se determinará en una etapa ulterior. La intersección entre el derecho relativo al medio ambiente y el derecho de los

conflictos armados es inherente al presente tema. Por eso, los principios están formulados con carácter normativo en un plano general de abstracción[1319].

3) La Comisión tiene que elaborar todavía un preámbulo para que acompañe el proyecto de principios. Se da por supuesto que, en su momento, se preparará un preámbulo formulado de la manera habitual.

4) En el informe preliminar[1320] la Relatora Especial sugirió tentativamente que se definieran en una disposición sobre los "términos empleados" las expresiones "conflicto armado" y "medio ambiente", en caso de que la Comisión decidiera incluir tales definiciones. La Relatora Especial también dejó claro que no estaba convencida de la necesidad de aprobar una disposición de esa índole, sobre todo no en una etapa tan temprana de los trabajos. No obstante, el hecho de proponerla permitía poner de manifiesto algunas cuestiones que podrían surgir al definir esos términos y ofrecía la oportunidad de tener en cuenta las opiniones de los miembros a ese respecto[1321]. En su segundo informe la Relatora Especial incluyó la disposición sobre los "términos empleados", en el proyecto de principios propuesto[1322], pero pidió que esa disposición concreta no se remitiera al Comité de Redacción[1323]. Algunos miembros, entre ellos la Relatora Especial, seguían siendo reacios a la inclusión de definiciones, mientras que otros sostenían la opinión contraria. En vista de ello, se consideró prematuro suprimirla y la Relatora Especial mantuvo la propuesta a fin de valorar la necesidad de la disposición a la luz de los debates celebrados posteriormente.

Proyecto de principio 1
Alcance

El presente proyecto de principios se aplica a la protección del medio ambiente* antes o después de un conflicto armado y durante el mismo.

* El empleo de la expresión "medio ambiente" o "medio ambiente natural" en todos los presentes proyectos de principio o en algunos de ellos volverá a examinarse en una fase ulterior.

Comentario

1) Esta disposición, en la que se define el alcance del proyecto de principios, establece que este abarca tres fases temporales: antes o después de un conflicto armado y durante el mismo. Se consideró importante señalar con bastante anticipación que el alcance del proyecto de principios se refiere a esas tres fases. La conjunción disyuntiva "o" trata de subrayar que no todos los proyectos de principio serán aplicables durante todas las fases. No obstante, vale la pena poner de relieve que, a veces, se da cierto grado de coincidencia

[1319] La Comisión ha optado en otras ocasiones por formular el resultado final de sus trabajos como un proyecto de principios, por ejemplo el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Véase *Anuario..., 2006*, vol. II (segunda parte), proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

[1320] A/CN.4/674, párrs. 78 y 86.

[1321] Declaración preliminar de la Relatora Especial, el 18 de julio de 2014, en la 3227ª sesión de la Comisión (que no figura en el acta resumida provisional de la 3227ª sesión (A/CN.4/SR.3227)).

[1322] A/CN.4/685, anexo I.

[1323] Declaración introductoria de la Relatora Especial, el 6 de julio de 2015, en la 3264ª sesión de la Comisión (reflejada en parte en el acta resumida provisional de la 3264ª sesión (A/CN.4/SR.3264, pág. 5)).

entre esas tres fases. Además, el enunciado se basa en los debates de la Comisión y la Sexta Comisión de la Asamblea General[1324].

2) La división de los principios en las fases temporales descritas anteriormente (aunque sin líneas divisorias estrictas) establece la *ratione temporis* del proyecto de principios. Se consideró que abordar el tema desde una perspectiva temporal y no desde la perspectiva de las diversas esferas del derecho internacional, como el derecho internacional del medio ambiente, el derecho de los conflictos armados y el derecho internacional de los derechos humanos, haría que el tema fuera más manejable y fácil de configurar. Las fases temporales versarían sobre las medidas legales adoptadas para proteger el medio ambiente antes y después de un conflicto armado y durante el mismo. Ese planteamiento permitía que la Comisión determinara las cuestiones jurídicas concretas relacionadas con el tema que surgían en las diferentes fases de un conflicto armado, lo que facilitaba la elaboración del proyecto de principios[1325].

3) En cuanto a la *ratione materiae* del proyecto de principios, se hace referencia a la "protección del medio ambiente" en relación con los "conflictos armados". No se distingue entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales.

4) El asterisco que figura junto a la expresión "medio ambiente" indica que la Comisión no ha decidido aún si hay que incluir una definición de dicha expresión en el texto del proyecto de principios ni si, en caso afirmativo, la expresión que se defina debe ser la de "medio ambiente natural" o solo la de "medio ambiente"[1326].

Proyecto de principio 2
Propósito

El presente proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas, mediante medidas preventivas para reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado y medidas de reparación.

Comentario

1) Esta disposición enuncia el propósito fundamental de los proyectos de principio. Pone en claro que el objeto de los proyectos de principio es mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas mediante medidas preventivas (con objeto de reducir al mínimo los daños al medio ambiente) y también mediante medidas de reparación (destinadas a restablecer el medio ambiente después de que se hayan causado daños de resultas de un conflicto armado). Hay que señalar que el propósito de la disposición se refleja en el término "mejorar", que en este caso no debe interpretarse como una tentativa de desarrollo progresivo del derecho.

2) La disposición enuncia el propósito del proyecto de principios, que se explicará con más detalle en los principios siguientes. Las palabras "mediante medidas preventivas para reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado y medidas de

[1324] El tema se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en 2011 y pasó a formar parte del actual programa de trabajo en 2013, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), anexo E, e *ibid., sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 131.

[1325] Véase *ibid., sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 135, e *ibid., sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 192 a 213.

[1326] La propuesta preliminar sobre los términos empleados se remitió al Comité de Redacción a petición de la Relatora Especial en el entendimiento de que la disposición se remitía con objeto de facilitar los debates.

reparación" tienen por objeto señalar las clases de medidas que en general serán necesarias para ofrecer la protección debida.

3) Al igual que la disposición sobre el alcance, la presente disposición abarca las tres fases temporales. Si bien se ha reconocido tanto en la Comisión[1327] como en la Sexta Comisión de la Asamblea General[1328] que las tres fases están estrechamente relacionadas[1329], las palabras "medidas preventivas para reducir al mínimo los daños" conciernen principalmente a la situación existente antes del conflicto armado y durante el mismo, mientras que las palabras "medidas de reparación" se refieren principalmente, a su vez, a la fase posterior al conflicto. Hay que tener en cuenta que un Estado puede adoptar medidas de reparación para el restablecimiento del medio ambiente incluso antes de que haya terminado el conflicto.

4) En la versión inglesa, la expresión *"remedial measures"* se prefirió a *"restorative measures"* por considerarla más clara y de alcance más amplio, ya que abarca cualquier medida de reparación que se adopte para restablecer el medio ambiente. Estas pueden referirse, entre otras cosas, a la pérdida o el daño causados por deterioro del medio ambiente, los costos de las medidas razonables de restablecimiento y los costos razonables de limpieza relacionados con los costos de las medidas razonables de respuesta.

Primera parte
Principios generales

Proyecto de principio 5 [I-(x)]
Designación de zonas protegidas

Los Estados deben designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de gran importancia medioambiental y cultural como zonas protegidas.

Comentario

1) El proyecto de principio 5 [I-(x)] se titula "Designación de zonas protegidas" y dispone que los Estados deben designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de gran importancia medioambiental y cultural como zonas protegidas. Se utiliza la expresión "zonas protegidas" en vez de "zonas desmilitarizadas" porque esta última expresión se presta a diferentes interpretaciones. La primera parte ("Principios generales"), en la que figura esta disposición, versa sobre la fase previa al conflicto, cuando reina la paz, pero también contiene principios de naturaleza más general pertinentes para las tres fases temporales. Por tanto, el proyecto de principio 5 [I-(x)] no excluye los supuestos en que tales zonas podrían designarse bien durante un conflicto armado, o bien poco después. Se reconoció que habría proyectos de principio que transcendieran los límites de las distintas fases y se extendieran a varias de ellas, y el proyecto de principio 5 [I-(x)] constituye un ejemplo de un principio de esa índole. Además, el proyecto de principio 5 [I-(x)] tiene su equivalente en un proyecto de principio (el proyecto de principio 13 [II-5]) que figura en la segunda parte ("Principios aplicables durante el conflicto armado").

2) Un Estado puede haber adoptado ya las medidas necesarias para proteger el medio ambiente en general. Tales medidas pueden comprender, en particular, medidas preventivas en el caso de que se produzca un conflicto armado. No es raro que se atribuya a zonas físicas un estatus jurídico especial como medio para proteger y preservar una zona concreta.

[1327] Véase, por ejemplo, A/CN.4/685, párr. 18.

[1328] *Ibid.*, nota 18, Noruega (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/69/SR.25, párr. 133), Portugal (A/C.6/69/SR.26, párr. 6), Singapur (A/C.6/69/SR.26, párr. 66), Nueva Zelandia (A/C.6/69/SR.27, párr. 3) e Indonesia (A/C.6/69/SR.27, párr. 67).

[1329] Por ejemplo, pueden ser necesarias medidas de reparación durante una ocupación.

Ello puede hacerse mediante acuerdos internacionales o legislación nacional. En algunos casos tales zonas no solo están protegidas en tiempo de paz, sino que también están exentas de cualquier ataque durante un conflicto armado[1330]. Por lo general, así ocurre con las zonas desmilitarizadas y neutralizadas. Conviene señalar que la expresión "zonas desmilitarizadas" tiene un sentido especial en el contexto del derecho de los conflictos armados. Las partes en un conflicto establecen zonas desmilitarizadas, lo que significa que dichas partes tienen prohibido extender sus operaciones militares a esas zonas si tal extensión es contraria a lo estipulado en su acuerdo[1331]. También se pueden establecer y poner en funcionamiento zonas desmilitarizadas en tiempo de paz[1332]. Esas zonas pueden estar sujetas a diversos grados de desmilitarización, desde zonas plenamente desmilitarizadas a zonas que están parcialmente desmilitarizadas, como las zonas libres de armas nucleares[1333].

3) Al designar zonas protegidas en virtud de este proyecto de principio, habría que dar especial relieve a la protección de las zonas de gran importancia medioambiental susceptibles de sufrir las consecuencias adversas de las hostilidades[1334]. Durante la elaboración de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra se sugirió conceder una protección especial a las zonas de gran importancia ecológica[1335]. Aunque la propuesta no fue aprobada, hay que reconocer que se formuló cuando el derecho ambiental internacional estaba todavía en sus inicios. Más adelante se examinarán otros tipos de zonas que son también pertinentes en este contexto.

4) Las zonas a las que se refiere este proyecto de principio pueden designarse mediante acuerdo o de otro modo. La mención a "mediante acuerdo o de otro modo" tiene por objeto introducir cierta flexibilidad. Las situaciones previstas pueden ser de varios tipos, entre ellas un acuerdo celebrado verbalmente o por escrito, unas declaraciones recíprocas y concordantes y una declaración o designación unilateral a través de una organización internacional. Debe tenerse en cuenta que la referencia al término "Estado" no impide la

---

1330 A/CN.4/685, párr. 210.

1331 Véase el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, art. 60. Véase también J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Rules*, vol. I (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), pág. 120. El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario considera que se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario que se aplica a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

1332 Veáse, por ejemplo, el Tratado Antártico, hecho en Washington el 1 de diciembre de 1959 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 402, núm. 5778), art. I. Véase, por ejemplo, la definición que figura en M. Björklund y A. Rosas, *Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering* (Åbo, Åbo Academy Press, 1990). Las Islas Aland están desmilitarizadas y asimismo neutralizadas. Björklund y Allan Rosas enumeran como otros ejemplos de zonas desmilitarizadas y neutralizadas la Isla de Spitzbergen, la Antártida y el Estrecho de Magallanes (véase pág. 17). Véase también L. Hannikainen, "The Continued Validity of the Demilitarized and Neutralized Status of the Åland Islands" *Zeitschrift fur ausländiches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 54 (1994), pág. 616.

1333 *Ibid*.

1334 Véase A/CN.4/685, párr. 225. Véase también C. Droege y M.-L. Tougas, "The Protection of the Natural Environment in Armed Conflict – Existing Rules and Need for Further Legal Protection", *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pág. 43.

1335 El Grupo de Trabajo del Comité III de la Conferencia presentó una propuesta de proyecto de artículo 48 *ter* según la cual "las reservas naturales públicamente reconocidas con los correspondientes límites y signos notificados como tales al adversario serán protegidas y respetadas salvo cuando tales reservas se utilicen específicamente con fines militares". Véase C. Pilloud y J. Pictet, "Article 55: Protection of the Natural Environment", *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, en Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmerman (eds.) (Ginebra, Martinus Nijhoff, 1987), pág. 664, párrs. 2138 y 2139.

posibilidad de celebrar acuerdos con actores no estatales. La zona declarada como protegida tiene que ser "de gran importancia medioambiental y cultural". El enunciado no concreta, a propósito, el sentido exacto de este requisito, para dejar margen a la interpretación. Aun cuando la designación de zonas protegidas podría efectuarse en cualquier momento, debería hacerse preferiblemente antes o, por lo menos, al comienzo de un conflicto armado.

5) Ni que decir tiene que según el derecho internacional un acuerdo no puede obligar a terceros sin su consentimiento[1336]. Así pues, dos Estados no pueden designar una zona protegida en un tercer Estado. El hecho de que los Estados no puedan regular zonas no sujetas a su soberanía o jurisdicción de un modo que sea vinculante para terceros Estados, ya sea mediante acuerdos o de otro modo, se mencionaba también en el segundo informe de la Relatora Especial[1337].

6) Al principio se expresaron opiniones diferentes acerca de si debía incluirse o no el término "cultural". Finalmente, la Comisión optó por incluirlo. Se señaló que a veces es difícil trazar una clara línea divisoria entre las zonas que son de importancia medioambiental y las zonas que son de importancia cultural. Así se reconocía también en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (en adelante Convención sobre el Patrimonio Mundial)[1338]. El hecho de que los sitios protegidos conforme a esta Convención se seleccionen con arreglo a un conjunto de diez criterios, tanto culturales como naturales (sin diferenciar entre ellos) ilustra ese aspecto[1339].

7) Conviene recordar que, antes de un conflicto armado, los Estados partes en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado[1340], de 1954 (en adelante Convención de La Haya de 1954) y sus Protocolos están obligados a elaborar listas de los bienes culturales que desean que gocen de protección en caso de conflicto armado, de conformidad con el artículo 11, párrafo 1, del Protocolo de 1999 de la Convención[1341]. En tiempo de paz, los Estados partes están obligados a adoptar otras medidas que consideren apropiadas para la salvaguardia de sus bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado, de conformidad con el artículo 3 de la Convención.

8) El presente proyecto de principio no tiene por objeto modificar el régimen de la Convención de La Haya de 1954, cuyo alcance y propósito son diferentes. La Comisión subraya que la Convención de La Haya de 1954 y sus protocolos adicionales constituyen el régimen especial por el que se rige la protección de los bienes culturales tanto en tiempos de paz como durante un conflicto armado. Con el presente proyecto de principio no se

---

1336 Como reconoció la Corte Permanente en la causa relativa a la *Factory At Chorzów*, *P.C.I.J., Series A, No. 17*, pág. 45, y como aparece reflejado en el artículo 34 de la 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.

1337 A/CN.4/685, párr. 218.

1338 Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (Convención del Patrimonio Mundial) (París, 16 de noviembre de 1972), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1037, núm. 15511, pág. 151.

1339 UNESCO, *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention* (8 de julio de 2015), WHC.15/01, párr. 77.1. Actualmente, 197 lugares que representan el patrimonio natural en todo el mundo figuran en la Lista del Patrimonio Mundial. Algunos de ellos figuran también en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro de conformidad con el art. 11 4) de la Convención del Patrimonio Mundial.

1340 Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 14 de mayo de 1954), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 249, núm. 3511, pág. 215.

1341 Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (Segundo Protocolo de 1999) (La Haya, 26 de marzo de 1999), *ibid*., vol. 2253, núm. 3511, pág. 172.

pretende duplicar ese régimen. Lo que aquí se pretende es proteger las zonas de gran "importancia medioambiental". El objeto de la inclusión del término "cultural" es dar a entender que existe una estrecha relación con el medio ambiente. A este respecto, conviene señalar no obstante que el proyecto de principio no se extiende a los objetos culturales *per se*. Sin embargo, el término abarca, por ejemplo, las tierras ancestrales de los pueblos indígenas, que dependen del medio ambiente para su sustento y subsistencia.

9) La designación de las zonas previstas en este proyecto de principio puede guardar relación con los derechos de los pueblos indígenas, en particular si la zona protegida constituye también un lugar sagrado natural que justifica una protección especial. En algunos casos, la zona protegida puede servir asimismo para conservar la cultura, los conocimientos y el modo de vida particulares de las poblaciones indígenas que vivan en el interior de la zona de que se trate. La importancia de preservar la cultura y los conocimientos indígenas está reconocida ahora formalmente en derecho internacional en virtud del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)[1342]. El artículo 8 j) dispone que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, "[c]on arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas...". Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[1343], aunque no es un instrumento vinculante, se refiere al derecho a mantener y proteger los lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos.

10) La protección del medio ambiente natural en general y la protección de los lugares de importancia cultural y natural a veces se solapan o coinciden parcialmente. La expresión "importancia [...] cultural", que se utiliza también en el proyecto de principio 13 [II-5], se basa en el reconocimiento de la estrecha relación entre el medio ambiente natural, los objetos culturales y las características del paisaje en instrumentos de protección ambiental como el Convenio sobre Responsabilidad Civil por los Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, de 1993 (aprobado por el Consejo de Europa)[1344]. El artículo 2, párrafo 10, define la expresión "medio ambiente" a los efectos del Convenio como "los recursos naturales, bióticos y abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores, los bienes que forman parte del patrimonio cultural y los aspectos característicos del paisaje". Además, el artículo 1, párrafo 2, del Convenio sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales establece que los "efectos sobre el medio ambiente comprenden los relacionados con la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras construcciones, o los relacionados con la interacción entre dichos factores; incluyen asimismo los efectos sobre

[1342] Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992), *ibid*., vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.

[1343] Resolución 61/295 de la Asamblea General, anexo, art. 12.

[1344] Convenio sobre Responsabilidad Civil por los Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993), Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 150. Para más información sobre la aplicabilidad de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente en relación con las zonas de especial interés ambiental, véase B. Sjöstedt, *Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict: The Role of Multilateral Environmental Agreements* (tesis doctoral, Univesidad de Lund, 2016).

el patrimonio cultural y las condiciones socioeconómicas resultantes de las modificaciones de estos factores"[1345].

11) Por otra parte, el CDB se refiere al valor cultural de la biodiversidad. El preámbulo del CDB reafirma que las partes son "[c]onscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes"[1346]. De la misma manera, el primer párrafo del anexo I del CDB destaca la importancia de velar por la protección de los ecosistemas y hábitats que "contengan una gran diversidad, un gran número de especies endémicas o en peligro, o vida silvestre; sean necesarios para las especies migratorias; tengan importancia social, económica, cultural o científica; o sean representativos o singulares o estén vinculados a procesos de evolución u otros procesos biológicos de importancia esencial".

12) Además de estos instrumentos vinculantes, una serie de instrumentos no vinculantes contemplan la definición de las zonas protegidas con el prisma del valor y la importancia culturales. Por ejemplo, el proyecto de convenio sobre la prohibición de actividades militares hostiles en zonas protegidas internacionalmente (preparado por la Comisión del Derecho del Medio Ambiente de la UICM y el Consejo Internacional del Derecho del Medio Ambiente) define la expresión "zonas protegidas" de la manera siguiente: "zona natural o cultural *[sic]* de importancia internacional excepcional desde los puntos de vista de la ecología, la historia, el arte, la ciencia, la etnología, la antropología o la belleza natural, que puede incluir, entre otras cosas, zonas designadas en virtud de un acuerdo internacional o un programa intergubernamental que cumpla esos criterios"[1347].

13) En este contexto cabe mencionar también algunos ejemplos de legislación nacional relativa a la protección de las zonas ambientales y culturales. Por ejemplo, la Ley de Protección de los Bienes Culturales, de 29 de agosto de 1950, del Japón, dispone que los animales y plantas con un alto valor científico se han de incluir en una lista de "bienes culturales protegidos"[1348]. La Ley de Parques Nacionales y Flora y Fauna Silvestres, de 1974, de Nueva Gales del Sur (Australia) puede aplicarse a cualquier zona de importancia natural, científica o cultural[1349]. Por último, la Ley de Zonas Protegidas, de 6 de diciembre de 1991, de Italia, define los "parques naturales" como zonas de valor natural y medioambiental que constituyen sistemas homogéneos caracterizados por sus componentes naturales, sus paisajes y valores estéticos y la tradición cultural de las poblaciones locales[1350].

[1345] Convenio sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269.

[1346] Convenio sobre la Diversidad Biológica, preámbulo.

[1347] Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, proyecto de convenio sobre la prohibición de actividades militares hostiles en zonas protegidas internacionalmente (1996), art. 1.

[1348] Japón, Ley para la Protección de los Bienes Culturales, Ley núm. 214, 30 de mayo de 1950, que se puede consultar en http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/japan/japan_lawprotectionculturalproperty_engtof.pdf. (consultada el 28 de julio de 2016).

[1349] New South Wales Consolidated Acts, *National Parks and Wildlife Act*, Ley núm. 80 de 1974, que se puede consultar en http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/npawa1974247/ (consultada el 28 de julio de 2016).

[1350] Italia, Ley núm. 394 por la que se establece el marco jurídico de las zonas protegidas, de 6 de diciembre de 1991, que se puede consultar en http://faolex.fao.org.

Segunda parte
Principios aplicables durante el conflicto armado

Proyecto de principio 9 [II-1]
Protección general del medio ambiente natural durante un conflicto armado

1. El medio ambiente natural será respetado y protegido de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.

2. Se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves.

3. Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

Comentario

1) El proyecto de principio 9 [II-1] consta de tres párrafos que establecen en general la protección del medio ambiente natural durante un conflicto armado. Enuncia la obligación de respetar y proteger el medio ambiente natural, la obligación de vigilancia y la prohibición de los ataques contra cualquier parte del medio ambiente, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

2) El párrafo 1 establece la regla general según la cual, con respecto a un conflicto armado, el medio ambiente natural será respetado y protegido de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados. Se recuerda que la Comisión no ha decidido aún si hay que incluir una definición de la expresión "medio ambiente" en el texto del proyecto de principios ni si, en caso afirmativo, la expresión que se defina debe ser la de "medio ambiente natural" o solo la de "medio ambiente". Hay que señalar que la parte II, donde figura el principio 9 [II-1], se refiere a supuestos que se dan durante un conflicto armado y que los tratados sobre el derecho de los conflictos armados suelen referirse al "medio ambiente natural" como algo distinto del "medio ambiente"[1351].

3) Los términos "respetado" y "protegido" se consideraron adecuados para incluirlos en este proyecto de principio ya que han venido siendo utilizados en varios instrumentos del derecho del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos[1352]. La

[1351] Véase el Protocolo I, arts. 35 y 55. El comentario del CICR sobre el artículo 55 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra recomienda que el "medio ambiente natural" se interprete en un sentido amplio que abarque el medio biológico en el que vive una población. Véase Pilloud y Pictet (nota 1335 *supra*), pág. 662, el "medio ambiente natural" "no consiste simplemente en los objetos indispensables para la supervivencia [...] sino que incluye también los bosques y otra vegetación [...] así como la fauna, la flora y otros elementos biológicos o climáticos".

[1352] Un número considerable de instrumentos del derecho de los conflictos armados, el derecho del medio ambiente y el derecho de los derechos humanos incluyen los términos "respetar" y "proteger". Los de mayor relevancia son la Carta Mundial de la Naturaleza, resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 28 de octubre de 1982, en particular el preámbulo y el principio 1, y el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 48, párr. 1, que dispone que se garantice el respeto y la protección de los bienes de carácter civil. Véase asimismo, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1964), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171, art. 2; el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 55, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *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 en la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y correcciones), resolución 1, anexo I, principio 10.

Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, estimó que el "respeto del medio ambiente es uno de los elementos que permiten juzgar si una acción es conforme al principio de necesidad" y que los Estados deben "tener en cuenta las consideraciones ambientales al determinar lo que es necesario y proporcionado para la consecución de objetivos militares legítimos"[1353].

4) En lo que concierne al empleo de la expresión "derecho de los conflictos armados", cabe destacar que tradicionalmente se ha hecho una distinción entre las expresiones "derecho de los conflictos armados" y "derecho internacional humanitario"[1354]. Se podría considerar que, en sentido estricto, el derecho internacional humanitario se refiere solo a la parte del derecho de los conflictos armados que tiene por objeto proteger a las víctimas de un conflicto armado, mientras que el derecho de los conflictos armados puede considerarse más bien como una expresión que abarca la protección de las víctimas de los conflictos armados y la regulación de los medios y los métodos de guerra[1355]. Ambas expresiones son consideradas cada vez más como sinónimas en derecho internacional[1356]. No obstante, se optó por la expresión "derecho de los conflictos armados" debido a su sentido más amplio y para velar por la coherencia con la labor anterior de la Comisión acerca del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, en relación con la cual se señaló que el derecho de los conflictos armados evidentemente incluía también el derecho de la ocupación y el derecho de la neutralidad[1357]. Se debe poner de relieve la relación entre el presente tema y el tema de los efectos de los conflictos armados en los tratados.

5) En cuanto a la expresión "derecho internacional aplicable", hay que tener en cuenta que el derecho de los conflictos armados es una *lex specialis* en época de conflicto armado, pero que otras normas de derecho internacional relativas a la protección del medio ambiente siguen siendo pertinentes[1358]. Así pues, el párrafo 1 del proyecto de principio 9 [II-1] guarda relación con las tres fases (antes y después de un conflicto armado y durante el mismo) en la medida en que se aplica el derecho de los conflictos armados. Este párrafo pone de relieve que el proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados en conjunto basándose en las referencias a la protección del medio ambiente que existen en el derecho de los conflictos armados junto con otras normas de derecho internacional.

6) El párrafo 2 se inspira en el artículo 55 del Protocolo Adicional I, que establece la regla de que ha de velarse por la protección del medio ambiente contra daños extensos, duraderos y graves en los conflictos armados internacionales[1359]. La expresión "se velará

[1353] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párrs. 30 y 63.

[1354] Para una exposición de los aspectos semánticos, véase Y. Dinstein (ed.), *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, segunda edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), en especial párrs. 35 a 37 y 41 a 43.

[1355] Véase, por ejemplo, R. Kolb y R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts* (Oxford, Hart Publishing, 2008), págs. 16 y 17.

[1356] *Ibid.*

[1357] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), comentario del art. 2, pág. 195.

[1358] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 1353 *supra*), párrs. 25 y 27 a 30.

[1359] El artículo 55 (Protección del medio ambiente natural) dice así:

"1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.

2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias."

por" debe interpretarse en el sentido de que las partes en un conflicto armado están obligadas a mantenerse vigilantes respecto del posible impacto que puedan producir las actividades militares en el medio ambiente natural[1360].

7) De manera similar al artículo 55, el proyecto de principio 9 [II-1] utiliza la conjunción copulativa "y", lo que indica un triple estándar cumulativo. Sin embargo, el proyecto de principio 9 [II-1] difiere del artículo 55 en cuanto a su aplicabilidad y generalidad. En primer lugar, el proyecto de principio 9 [II-1] no establece una distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales, en el entendido de que el proyecto de principios tiende a aplicarse a todos los conflictos armados[1361]. Ello incluye a los conflictos armados internacionales, entendidos en el sentido tradicional de un conflicto armado que enfrenta a dos o más Estados, y los conflictos armados en los que pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y regímenes racistas en ejercicio de su derecho a la libre determinación, así como los conflictos armados no internacionales, que enfrentan a un Estado y a un grupo o grupos armados organizados o a tales grupos armados organizados entre sí en el territorio de un Estado (por lo tanto, sin la participación de un Estado)[1362].

8) Los términos "extensos", "duraderos" y "graves" no están definidos en el Protocolo Adicional I. Esos mismos términos se utilizan en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles[1363]. Ahora bien, se debe tener presente que esta Convención no comprende el triple requisito cumulativo que exige el Protocolo Adicional I, puesto que utiliza la conjunción disyuntiva "o" en vez de la copulativa "y", y también que el contexto de dicha Convención es mucho más restringido que el del Protocolo Adicional I.

9) En segundo lugar, el proyecto de principio 9 [II-1] se distingue del artículo 55 del Protocolo Adicional I en que tiene un carácter más general. A diferencia del artículo 55, el proyecto de principio 9 [II-1] no prohíbe explícitamente el empleo de métodos o medios de

---

1360 Pilloud y Pictet (véase la nota 1335 *supra*), pág. 663. Véase también K. Hulme, Taking Care to Protect the Environment Against Damage: A Meaningless Obligation? en *International Review of the Red Cross*, vol. 92, núm. 879 (2010) págs. 675 a 691.

1361 Véase el informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, A/CN.4/674, págs. 22 y 23.

1362 Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., vol. 75, núm. 970, pág. 31, art. 49 ("Convenio I de Ginebra"); Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 971, pág. 85, art. 50 ("Convenio II de Ginebra"); Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 972, pág. 135, art. 129 ("Convenio III de Ginebra"); Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 973, pág. 287, art. 146 ("Convenio IV de Ginebra"), artículos 2 y 3 comunes; Protocolo I, art. 1; y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 1977, *ibid*., núm. 17513, pág. 609, art. 1.

1363 Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976), *ibid*., vol. 1108, núm. 17119, pág. 151, art. 2. A tenor del entendimiento acerca del artículo 2, los términos "difundidos" [extensos], "duraderos" y "graves" han de interpretarse así: "'difundidos' [extensos]: que abarcan una región de varios centenares de kilómetros cuadrados"; "'duraderos': que duran un período de meses o, aproximadamente, una estación del año"; "'graves': que entrañan un grave o importante perjuicio o perturbación para la vida humana, los recursos naturales y económicos y otros aspectos del patrimonio" (*Informe de la Conferencia del Comité de Desarme, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 27* (A/31/27), vol. I, págs. 96 y 97).

hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. En el momento de su redacción, se expresó el temor de que esa exclusión pudiera debilitar el texto del proyecto de principios. No obstante, es necesario subrayar el carácter general del proyecto de principios, que no tiene por objeto volver a formular normas y principios que ya existen y están reconocidos por el derecho de los conflictos armados. Además, el párrafo 2 se debe leer conjuntamente con el proyecto de principio 10 [II-2], que se ocupa de la aplicación de los principios y normas del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural con miras a su protección.

10) A este respecto, debe subrayarse asimismo que el artículo 36 del Protocolo Adicional I exige que los Estados examinen las nuevas armas o los nuevos medios o métodos de guerra para asegurarse de que no contravienen las normas vigentes del derecho internacional, lo cual se aplica a todas las armas[1364]. Este requisito podría abordarse en relación con un próximo proyecto de principio.

11) El párrafo 3 del proyecto de principio 9 [II-1] trata de establecer una equiparación entre el medio ambiente natural y los bienes de carácter civil durante un conflicto armado. Este párrafo se basa en la regla fundamental de que hay que distinguir entre objetivos militares y bienes de carácter civil[1365].

12) El párrafo 3 del proyecto de principio 9 [II-1] puede vincularse al artículo 52, párrafo 2, del Protocolo Adicional I, que define la expresión "objetivo militar" como:

> "... [a]quellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida."[1366]

[1364] Véase, por ejemplo, K. Lawend, "Reviewing the Legality of New Weapons, Means and Methods of Warfare", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, núm. 864 (2006), pág. 925; J. McClelland, "The Review of Weapons in Accordance with Article 36 of Additional Protocol I", *International Review of the Red Cross*, vol. 85, núm. 850 (2003), pág. 397; PNUMA, *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law* (Nairobi, PNUMA, 2009) pág. 16.

[1365] Véase, en general, Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…* (nota 1331 *supra*), págs. 25 a 29 y 143.

[1366] Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 52, párr. 2. En los protocolos de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales que se indican a continuación figura una definición similar: Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, que figura en un anexo de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (Ginebra, 10 de octubre de 1980) (Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1342, núm. 22495, págs. 137 y ss., en especial pág. 168; el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II enmendado el 3 de mayo de 1996), que figura en un anexo de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 3 de mayo de 1996), *ibid*., vol. 2048, núm. 22495, pág. 93; y el Protocolo III sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias, que figura en un anexo de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales), *ibid*., vol. 1342, núm. 22495, pág. 171, así como el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (Segundo Protocolo de 1999) (La Haya, 26 de marzo de 1999), *ibid*., vol. 2253, núm. 3511, pág. 172.

La expresión “bienes de carácter civil” se define como “todos los bienes que no son objetivos militares”[1367]. A tenor del derecho de los conflictos armados, los ataques solo pueden dirigirse contra objetivos militares y no contra bienes de carácter civil[1368]. Existen varios instrumentos vinculantes y no vinculantes que indican que esta norma es aplicable al medio ambiente natural[1369].

13) El párrafo 3, sin embargo, está condicionado temporalmente por las palabras “se haya convertido en”, que ponen de relieve que esta norma no tiene carácter absoluto: el medio ambiente puede convertirse en un objetivo militar en ciertos casos y, así, puede ser lícitamente objeto de ataques[1370].

14) El párrafo 3 se basa en el primer párrafo de la Norma 43 del Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del CICR. Ahora bien, las demás partes de la Norma 43 no fueron incluidas en su presente enunciado, lo que suscitó cierta inquietud. A este respecto, es útil una vez más reiterar que el proyecto de principios tiene un carácter general y no tiene por objeto volver a formular normas y principios que ya han sido reconocidos por el derecho de los conflictos armados. Así pues, tanto el párrafo 2 como el párrafo 3 tienen que leerse conjuntamente con el proyecto de principio 10 [II-2], que se refiere explícitamente a la aplicación de los principios y normas del derecho de los conflictos armados sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque.

15) Como puede verse, el proyecto de principio 9 [II-1] trata de establecer un equilibrio entre la creación de principios de orientación para la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados sin volver a formular principios y normas ya reconocidos por el derecho de los conflictos armados.

1367 Véase el art. 52, párr. 1, del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, así como el art. 2, párr. 5, del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, el art. 2, párr. 7, del Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y el art. 1, párr. 4, del Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

1368 Véase, en general, Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…*, (nota 1331 *supra*), Norma 7, págs. 25 a 29. El principio de distinción está codificado, en particular, en los artículos 48 y 52, párrafo 2, del Protocolo Adicional I, así como en el Protocolo II enmendado y el Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales. Está reconocido como norma de derecho internacional humanitario consuetudinario en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

1369 Se han mencionado entre tales instrumentos el art. 2, párr. 4, del Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado, aprobadas por la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, Naciones Unidas, resoluciones 49/50 y 51/157, anexo, de la Asamblea General, los manuales militares de Australia y los Estados Unidos y la legislación nacional de Nicaragua y España. Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…* (nota 1331 *supra*), págs. 143 y 144.

1370 Véase, por ejemplo, M. Bothe, “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92 (2010), pág. 576; R. Rayfuse, “Introduction”, en *War and the Environment: New Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, R. Rayfuse (ed.) (Leiden, Brill Nijhoff, 2015), pág. 6; véase también C. Droege y M.-L. Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict-existing rules and need for further legal protection”, *ibid*., págs. 17 a 19; D. Fleck “The Protection of the Environment in Armed Conflict: Legal Obligations in the Absence of Specific Rules”, *ibid*., págs. 47 a 52; E. Koppe, “The Principle of Ambiguity and the Prohibition Against Excessive Collateral Damage to the Environment During Armed Conflict”, *ibid*., págs. 76 a 82; M. Bothe, “The Ethics, Principles and Objectives of Protection of the Environment in Times of Armed Conflict”, *ibid*., pág. 99.

Proyecto de principio 10 [II-2]
Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural

El derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, se aplicará al medio ambiente natural, con miras a su protección.

Comentario

1) El proyecto de principio 10 [II-2] se titula "Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural" y trata de la aplicación de los principios y las normas del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural con miras a su protección. Se ubica en la segunda parte del proyecto de principios (Principios aplicables durante el conflicto armado), lo que pone de manifiesto que está prevista su aplicación *durante* los conflictos armados. El proyecto de principio tiene por objeto general reforzar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, no reafirmar el derecho de los conflictos armados.

2) Se optó por las palabras "derecho de los conflictos armados" en lugar de "derecho internacional humanitario" por las mismas razones que se exponen en el comentario del proyecto de principio 9 [II-1]. El empleo de esa expresión también pone de relieve que el proyecto de principio 10 [II-2] se refiere exclusivamente al derecho de los conflictos armados en calidad de *lex specialis*, no a otras ramas del derecho internacional.

3) El proyecto de principio 10 [II-2] enumera algunos principios y normas específicos del derecho de los conflictos armados, a saber, los principios y normas de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque[1371]. El proyecto de principio mismo es de naturaleza general y no detalla cómo se deben interpretar los principios y las normas, puesto que se trata de principios y normas consolidados en el derecho de los conflictos armados cuya interpretación no persigue el proyecto de principios. Se incluyen explícitamente en el proyecto de principio 10 [II-2] porque han sido considerados los principios y normas más pertinentes en materia de protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados[1372]. No obstante, el hecho de que se haga referencia a ellos no debe interpretarse en el sentido de que conforman una lista cerrada, puesto que todas las demás normas del derecho de los conflictos armados que guardan relación con la protección del medio ambiente en el contexto de los conflictos armados siguen siendo aplicables y no pueden ser ignoradas[1373].

[1371] La mención de la norma de la necesidad militar en lugar del principio de necesidad refleja el parecer de algunos Estados de que la necesidad militar no constituye una exención general, sino que tiene que fundamentarse en la disposición de un tratado internacional.

[1372] Véase R. Rayfuse, "Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict", en *War and the Environment…*, Rayfuse (ed.) (nota 1370 *supra*), pág. 6; PNUMA, *Protecting the Environment During Armed Conflict…* (nota 1364 *supra*), págs. 12 y 13.

[1373] Se trata, entre otros, de los artículos 35 y 55 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, junto con otras disposiciones del Protocolo I y del Protocolo II, así como otros instrumentos del derecho de los conflictos armados que pueden contribuir indirectamente a la protección del medio ambiente, como los que prohíben ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (Protocolo I, art. 56; Protocolo II; art. 15), los que prohíben atacar bienes indispensables para la población civil (Protocolo I, art. 54; Protocolo II, art. 14); los que prohíben el pillaje (Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907), art. 28; Protocolo II, art. 4, párr. 2 g) y los que prohíben los desplazamientos forzados de civiles (Protocolo II, art. 17). Véase también PNUMA, *Environmental Considerations of Human Displacement in Liberia: A Guide for Decision Makers and Practitioners* (2006).

4) Uno de los pilares del derecho de los conflictos armados[1374] es el principio de distinción que obliga a las partes en un conflicto armado a distinguir en todo momento los bienes de carácter civil de los objetivos militares, de modo que los ataques solo pueden dirigirse contra objetivos militares[1375]. Se considera una norma de derecho internacional consuetudinario, aplicable a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales[1376]. Tal y como se explica en el comentario del proyecto de principio 9 [II-1], el medio ambiente natural no tiene carácter intrínsecamente militar y debería tratarse como bien de carácter civil. No obstante, hay determinadas circunstancias en las que parte del medio ambiente puede convertirse en objetivo militar, en cuyo caso resulta lícito atacar dicha parte.

5) En virtud del principio de proporcionalidad quedan prohibidos los ataques contra objetivos militares legítimos si es de prever que causarán daños incidentales a civiles o a bienes de carácter civil, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista[1377].

6) El principio de proporcionalidad es una norma del derecho de los conflictos armados igualmente importante por su relación con la norma de la necesidad militar[1378]. Está codificado en varios instrumentos del derecho de los conflictos armados y la Corte Internacional de Justicia también ha reconocido su aplicabilidad en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*[1379]. Se considera una norma de derecho internacional consuetudinario, aplicable a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales[1380].

7) En la medida en que el medio ambiente se ve afectado a menudo por los conflictos armados más de modo indirecto que de modo directo, resultan de especial importancia las normas relacionadas con la proporcionalidad al hablar de la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados[1381]. El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario

---

1374 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 257; M. Schmitt, "Military necessity and humanity in international humanitarian law: preserving the delicate balance", *Virginia Journal of International Law*, vol. 50 (2010), pág. 803.

1375 El principio de distinción se encuentra codificado actualmente en los arts. 48, 51, párr. 2, y 52, párr. 2, del Protocolo I; el art. 13, párr. 2, del Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949; el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; el Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; y la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.

1376 Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…* (nota 1331 *supra*), pág. 25.

1377 Art. 51, párr. 5 b) del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949. Véase también Yoram Dinstein, "Protection of the environment in international armed conflict", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), pág. 523 y ss., en especial págs. 524 y 525. Véase también L. Doswald-Beck, "International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", *International Review of the Red Cross*, vol. 37 (1997), pág. 52.

1378 Schmitt, "Military necessity and humanity…" (nota 1374 *supra*), pág. 804.

1379 Protocolo I, arts. 51 y 57; Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, así como Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8, párr. 2 b) iv). Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 296, párr. 30.

1380 Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…* (nota 1331 *supra*), pág. 46.

1381 *Ibid*., pág. 150; Droege y Tougas, "The protection of the natural environment in armed conflict" (nota 1370 *supra*), pág. 19; véase también PNUMA, *Desk Study on the Environment in Liberia* (PNUMA, 2004) y PNUMA, *Environmental Considerations of Human Displacement in Liberia…* (nota 1373 *supra*).

ha hecho hincapié en la especial importancia que reviste el principio de proporcionalidad en relación con la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados, hasta el punto de concluir que deben valorarse los posibles efectos de un ataque en las necesidades medioambientales[1382].

8) Si se aplican a la protección del medio ambiente natural las normas relativas a la proporcionalidad, quiere decir que hay que abstenerse de atacar objetivos militares legítimos si dicho ataque tendría efectos ambientales incidentales que serían excesivos en relación con el valor del objetivo militar en cuestión[1383]. Ahora bien, por otra parte, la aplicación de la norma también quiere decir que "si el objetivo es lo suficientemente importante, se podría justificar un mayor riesgo para el medio ambiente"[1384]. De ahí que se acepte que los "daños colaterales" al medio ambiente natural puedan ser lícitos en determinados supuestos.

9) De acuerdo con el derecho de los conflictos armados, la necesidad militar permite "medidas que sean realmente necesarias para alcanzar una finalidad militar legítima y no estén prohibidas de otro modo"[1385]. Esto significa que un ataque dirigido contra un objetivo militar legítimo que pueda tener efectos negativos sobre el medio ambiente solo estará permitido si tal ataque es realmente necesario para alcanzar una finalidad militar específica y si no se extiende a él la prohibición del empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural[1386], o no cumple los criterios contenidos en el principio de proporcionalidad[1387].

10) La norma relativa a las precauciones en el ataque dispone que hay que velar por preservar a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil durante las operaciones militares, así como por que se adopten todas las precauciones posibles para evitar y reducir al mínimo el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente esas operaciones. La norma está codificada en diversos instrumentos del derecho de los conflictos armados[1388] y también se considera una norma de derecho internacional

[1382] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…* (nota 1331 *supra*), Norma 44, pág. 150.

[1383] Véanse también Dinstein, "Protection of the environment…" (nota 1377 *supra*), págs. 524 y 525; Doswald-Beck, "International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice…" (nota 1377 *supra*); PNUMA, *Protecting the Environment During Armed Conflict…* (nota 1364 *supra*), pág. 13; Rayfuse, introducción en *War and the Environment…* (nota 1370 *supra*), pág. 6; Droege y Tougas, "The protection of the natural environment…" (nota 1370 *supra*), págs. 19 a 23.

[1384] Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia: Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, párr. 19. Puede consultarse en http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf. Véase también Dinstein, "Protection of the environment…" (nota 1377 *supra*), págs. 524 y 525.

[1385] M. Sassoli, A. Bouvier y A. Quintin, "How does law protect in war: online glossary". Puede consultarse en https://www.icrc.org/casebook/doc/glossary/military-necessity-glossary.htm (consultado el 28 de julio de 2016).

[1386] Protocolo I, art. 35, párr. 3.

[1387] *Ibid*., art. 51, párr. 5 b).

[1388] El principio de las precauciones en el ataque está codificado en el artículo 2, párr. 3, de la Convención IX de 1907 Relativa al Bombardeo por las Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra (La Haya, 18 de octubre de 1907); el art. 57, párr. 1, del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, así como en el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado.

consuetudinario en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales[1389].

11) La norma fundamental relativa a las precauciones en el ataque obliga a las partes en un conflicto armado a tomar las precauciones necesarias, de manera activa, al planificar y decidir llevar adelante un ataque. Así pues, en relación con la protección del medio ambiente, implica que las partes en un conflicto armado tienen la obligación de adoptar todas las precauciones posibles para evitar y reducir al mínimo los daños medioambientales colaterales[1390].

12) Por último, las palabras "se aplicarán al medio ambiente natural, con miras a su protección" introducen un objetivo que deben esforzarse por lograr quienes participen en un conflicto armado o en operaciones militares, y, por tanto, va más allá de limitarse a afirmar la aplicación de las normas de los conflictos armados al medio ambiente.

Proyecto de principio 11 [II-3]
Consideraciones ambientales

Las consideraciones ambientales se tendrán en cuenta al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar.

Comentario

1) El proyecto de principio 11 [II-3] se titula "Consideraciones ambientales" y dispone que las consideraciones ambientales se tendrán en cuenta al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar.

2) El texto encuentra su origen y fuente de inspiración en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que la Corte sostuvo que "los Estados deben tener en cuenta consideraciones ambientales cuando determinan qué es necesario y proporcional al perseguir objetivos militares legítimos. El respeto por el medio ambiente es uno de los elementos que permiten valorar si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad"[1391].

3) El proyecto de principio 11 [II-3] está estrechamente vinculado al proyecto de principio 10 [II-2]. El valor añadido de este proyecto de principio en relación con el proyecto de principio 10 [II-2] es que aporta especificidad en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar. Tiene, pues, una importancia práctica. No obstante, algunos miembros sugirieron que se suprimiera del todo.

4) La finalidad del proyecto de principio 11 [II-3] es ocuparse del comportamiento militar y no aborda el proceso de determinar qué constituye un objetivo militar como tal, puesto que es un aspecto ya regulado en el derecho de los conflictos armados y que a menudo está reflejado en los manuales militares y en el derecho interno de los Estados[1392].

[1389] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…* (nota 1331 *supra*), Norma 15.

[1390] *Ibid*., Norma 44.

[1391] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 30.

[1392] Véanse el Protocolo I, arts. 48, 50, 51 (en particular párr. 4), 52 (en particular párr. 2) y 57, párr. 2; y el Protocolo II, art. 13, párr. 2, a los Convenios de Ginebra de 1949. Véase Y. Dinstein, "Legitimate military objectives under the current *jus in bello*", *International Law Studies*, vol. 78 (2002), pág. 139; y L. R. Blank, "Extending positive identification from persons to places: terrorism, armed conflict, and the identification of military objectives", *Utah Law Review*, núm. 5 (2013), pág. 1227. Véase, por ejemplo, Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), párr. 5.4; Defensa Nacional del Canadá, *Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels* (2001) B-GJ-005-104/FP-021, págs. 405 a 427; Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, *Law of War Manual* (2015).

Las palabras "*al aplicar* el principio" se incluyeron precisamente para dejar claro este aspecto. También en aras de la claridad, y a fin de subrayar la relación entre los proyectos de principio 10 [II-2] y 11 [II-3], se decidió hacer referencia explícita al principio de proporcionalidad y a las normas sobre la necesidad militar, principios analizados en el comentario del proyecto de principio 10 [II-2] precedente.

5) El proyecto de principio 11 [II-3] se hace pertinente una vez identificado el objetivo militar legítimo. Dado que el conocimiento del medio ambiente y sus ecosistemas va en aumento constantemente, se entiende mejor y es más accesible en general para los seres humanos, las consideraciones ambientales no pueden permanecer estáticas en el tiempo, sino que deben evolucionar a medida que lo hace la capacidad del ser humano para entender el medio ambiente.

Proyecto de principio 12 [II-4]
Prohibición de las represalias

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

Comentario

1) El proyecto de principio 12 [II-4] se titula "Prohibición de las represalias" y reproduce exactamente el artículo 55, párrafo 2, del Protocolo Adicional I.

2) Aunque algunos miembros acogieron positivamente y respaldaron el proyecto de principio sobre la prohibición de las represalias contra el medio ambiente natural, otros plantearon diversas cuestiones relativas a su formulación y expresaron la opinión de que no se debería haber incluido en el proyecto de principios. Las discrepancias se referían a tres aspectos fundamentales: a) la relación entre el proyecto de principio 12 [II-4] y el artículo 51 del Protocolo Adicional I; b) si la prohibición de las represalias contra el medio ambiente reflejaba, o no, el derecho consuetudinario; y c) de ser así, si esa norma de derecho consuetudinario abarcaba los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

3) Quienes expresaron su apoyo a la inclusión del proyecto de principio hicieron hincapié en la relación entre el proyecto de principio 12 [II-4] y el artículo 51 del Protocolo Adicional I. A su juicio, el artículo 51 (ubicado en la sección "Protección general contra los efectos de las hostilidades") es uno de los más importantes del Protocolo Adicional I. Codifica la norma consuetudinaria según la cual las personas civiles deben ser protegidas del peligro que generan las hostilidades y, en particular, dispone también que "[s]e prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles"[1393]. Esto hacía imprescindible incluir el proyecto de principio 12 [II-4]. En su opinión, si el medio ambiente natural, o parte de él, se convirtiera en objeto de represalias, ello equivaldría a un ataque dirigido contra la población civil, las personas civiles o bienes de carácter civil, con lo que se vulneraría el derecho de los conflictos armados.

4) A este respecto, algunos miembros sostuvieron que la prohibición de las represalias forma parte del derecho internacional consuetudinario. En cambio, otros miembros

[1393] Protocolo I, art. 51, en particular párr. 6. Véase C. Pilloud y J. Pictet, "Article 51" en *ICRC Commentary on the Additional Protocols…*, Sandoz y otros (eds.) (nota 1335 *supra*), pág. 615.

pusieron en tela de juicio la existencia de esta norma y consideraron que la norma existe únicamente como obligación convencional en virtud del Protocolo Adicional I[1394].

5) Se expresó el temor de que incluir el proyecto de principio 12 [II-4] como una copia del artículo 55, párrafo 2, del Protocolo Adicional I implicara el riesgo de que el proyecto de principios fuera en contra de su objeto principal, que es su aplicación general. El Protocolo Adicional I, si bien ha sido ratificado por muchos Estados, que así reconocen la prohibición de las represalias contra el medio ambiente, no ha sido universalmente ratificado[1395]. Así pues, a algunos miembros les preocupaba que la reproducción literal del artículo 55, párrafo 2, en el proyecto de principio 12 [II-4] pudiera malinterpretarse en el sentido de que intentaba crear una norma vinculante para Estados que no son parte en el Protocolo. También se señaló a este respecto que el artículo 55, párrafo 2, había sido objeto de reservas y declaraciones de algunos Estados partes[1396].

[1394] Para un análisis sobre la condición de derecho consuetudinario de las represalias, véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…* (nota 1331 *supra*), págs. 523 a 530; Y. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law and its Interaction with International Human Rights Law* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009), págs. 285 a 289; M. A. Newton, "Reconsidering Reprisals", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20 (2010), pág. 361; S. Darcy, *Collective Responsibility and Accountability under International Law* (Leiden, Brill, 2007), págs. 154 a 156.

[1395] Actualmente hay 174 Estados partes en el Protocolo I. Consúltese la página web del CICR (www.icrc.org/ihl/INTRO/470).

[1396] Para una descripción de las declaraciones escritas y orales y las reservas formuladas por los Estados en relación con, entre otras disposiciones, el art. 55, véase A/CN.4/685, párrs. 129 y 130. Cabe señalar que el Reino Unido declaró lo siguiente: "Se aceptan las obligaciones enunciadas en los artículos 51 y 55 partiendo del principio de que toda parte adversa contra la cual pudiera combatir el Reino Unido cumplirá escrupulosamente con dichas obligaciones. Si una parte adversa emprende ataques graves y deliberados contra la población civil, personas civiles o bienes de carácter civil, en contravención de los artículos 51 y 52, o contra objetos o elementos protegidos por los artículos 53, 54 y 55, en contravención de dichos artículos, el Reino Unido se considerará amparado para adoptar las medidas que de otro modo quedan prohibidas en virtud de los artículos en cuestión en la medida en que considere necesarias esas medidas con el fin exclusivo de obligar a la parte adversa a poner fin al incumplimiento de esos artículos, pero únicamente después de que se haya ignorado la advertencia formal dirigida a la parte adversa en la que se le exija poner fin al incumplimiento y se haya adoptado una decisión en la más alta instancia de Gobierno. Las medidas adoptadas en tales circunstancias por el Reino Unido no serán desproporcionadas con respecto al incumplimiento que las haya originado ni comportarán ningún acto prohibido por los Convenios de Ginebra de 1949 ni se mantendrán una vez que haya cesado el incumplimiento. El Reino Unido notificará a las Potencias Protectoras toda advertencia formal dirigida a una parte adversa y, en el caso de que se ignore dicha advertencia, las medidas adoptadas en consecuencia". El texto de la reserva en versión inglesa puede consultarse en la página web del CICR en: http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument, párr. m). Las condiciones en las cuales se pueden adoptar represalias bélicas contra el medio ambiente natural están en parte descritas en Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1392 *supra*), párrs. 16.18 a 16.19.1. Para las declaraciones que guardan relación con la interpretación de que el Protocolo I es aplicable únicamente a las armas convencionales y no a las armas nucleares, véase A/CN.4/685, párr. 130. Véanse las declaraciones y las reservas de Irlanda: "Artículo 55: A fin de asegurar que en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves, y teniendo en cuenta la prohibición de la utilización de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población, Irlanda declara que las armas nucleares, aun cuando no estén directamente reguladas por el Protocolo Adicional I, siguen estando sujetas a las normas vigentes de derecho internacional, como confirmó en 1996 la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Irlanda interpretará y aplicará este artículo de forma tal que

6) Merece la pena, pues, resumir la posición del artículo 55, párrafo 2 (como disposición convencional) en los términos siguientes: la prohibición de los ataques contra el medio ambiente natural como represalias es una norma vinculante para los 174 Estados partes en el Protocolo Adicional I. Hay que evaluar caso por caso en qué medida los Estados han formulado declaraciones o reservas que guardan relación con su aplicación, dado que tan solo algunos Estados han hecho referencia explícita al artículo 55, párrafo 2[1397].

7) Otra cuestión muy controvertida que se planteó y que merece ser examinada es el hecho de que no exista en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ni en el Protocolo Adicional II una norma equivalente al artículo 55, párrafo 2, que prohíba explícitamente las represalias en los conflictos armados no internacionales (en particular contra las personas civiles, la población civil o los bienes de carácter civil). Los antecedentes en la elaboración del Protocolo Adicional II ponen de manifiesto que, en el momento en que se redactó, algunos Estados consideraron que quedaban prohibidas bajo cualquier circunstancia las represalias de toda índole en los conflictos armados no internacionales[1398]. No obstante, también hay argumentos válidos según los cuales las represalias pueden estar permitidas en conflictos armados no internacionales en determinadas situaciones[1399].

8) Ante esta incertidumbre, algunos miembros expresaron su preocupación por el hecho de que el proyecto de principio 12, al no diferenciar la posición en los conflictos armados internacionales y en los conflictos armados no internacionales, tratara de crear una nueva norma de derecho internacional. Se sugirió, pues, que se volviera a redactar el principio con las salvedades correspondientes o se excluyera totalmente del proyecto de principios.

9) En cuanto a las represalias contra el medio ambiente natural en particular, merece la pena mencionar que el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia estimó que la prohibición de las represalias contra la población civil constituye una norma de derecho internacional consuetudinario "en conflictos armados de cualquier índole"[1400]. En la medida

conduzca a la mejor protección posible de la población civil". Puede consultarse la declaración en la página web del CICR en www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?documentId=27BBCD34A4918BFBC1256402003FB43A&action=OpenDocument. Conviene señalar también que en la causa relativa a *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, (*I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 46), la Corte afirmó lo siguiente: "Algunos Estados declararon que el empleo de armas nucleares en el ejercicio de represalias sería lícito. La Corte no tiene que examinar, en este contexto, la cuestión de las represalias armadas en tiempos de paz, consideradas ilícitas, tampoco tiene que pronunciarse sobre la cuestión de las represalias bélicas, salvo para observar que en cualquier caso el derecho a recurrir a dichas represalias, como defensa propia, se regiría, entre otros, por el principio de proporcionalidad".

1397 Francia, Irlanda y el Reino Unido.

1398 Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados* (Ginebra, 1974-1977) vol. IX; puede consultarse en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/RC-dipl-conference-records.html, especialmente las declaraciones formuladas por el Canadá (pág. 428), la República Islámica del Irán (pág. 429), el Iraq (pág. 314), México (pág. 318) y Grecia (pág. 429). Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (nota 1331 *supra*), pág. 528.

1399 Véase V. Bílková, "Belligerent reprisals in non-international armed conflicts", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), pág. 31; Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 449 a 457.

1400 *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, de 2 de octubre de 1995, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 111 y 112. Véase también en general Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…* (nota 1331 *supra*), págs. 526 a 529.

en que el medio ambiente debe ser considerado bien de carácter civil salvo que parte de él se convierta en un objetivo militar, algunos miembros expresaron la opinión de que las represalias contra el medio ambiente natural en conflictos armados no internacionales quedan prohibidas.

10) Dada la polémica que envuelve la formulación de este proyecto de principio, se hicieron varias propuestas sobre cómo reformular el principio para tener en cuenta las cuestiones controvertidas. No obstante, en última instancia se consideró que cualquier formulación distinta a la aprobada era simplemente demasiado precaria, ya que se prestaba a una interpretación que debilitaba la norma existente en el derecho de los conflictos armados. Ello sería un resultado no deseado, ya que la norma existente es fundamental para el derecho de los conflictos armados. A pesar de las preocupaciones expresadas durante la redacción, se estimó que la inclusión de un proyecto de principio sobre la prohibición de las represalias contra el medio ambiente natural era particularmente pertinente y necesaria porque el proyecto de principios tiene por objeto general mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. En vista de las observaciones que anteceden, se puede considerar que la inclusión de este proyecto de principio promueve el desarrollo progresivo del derecho internacional, que es uno de los mandatos de la Comisión.

Proyecto de principio 13 [II-5]
Zonas protegidas

Una zona de gran importancia medioambiental y cultural designada zona protegida mediante acuerdo será protegida de cualquier ataque, siempre que no contenga un objetivo militar.

Comentario

1) Este proyecto de principio se corresponde con el proyecto de principio 5 [I-(x)]. Dispone que una zona de gran importancia medioambiental y cultural designada zona protegida mediante acuerdo será protegida de cualquier ataque, siempre que no contenga un objetivo militar. A diferencia de aquel proyecto de principio, abarca únicamente las zonas designadas mediante acuerdo. Debe haber un acuerdo expreso sobre la designación, que puede haberse celebrado en tiempos de paz o durante un conflicto armado. La referencia al término "acuerdo" debe interpretarse en su sentido más amplio, de modo que incluya las declaraciones tanto recíprocas como unilaterales aceptadas por la otra parte, los tratados y otros tipos de acuerdos, así como los acuerdos con actores no estatales. Estas zonas están protegidas de los ataques durante los conflictos armados. Mediante el empleo del verbo "contener" en la expresión "siempre que no contenga un objetivo militar" se pretende dar a entender que puede tratarse de la zona en su conjunto o únicamente de partes de ella. Lo que es más, la protección otorgada a una zona deja de existir si una de las partes infringe gravemente el acuerdo por el que se establece la zona.

2) Tal y como se ha mencionado antes, una zona designada que se estableció de conformidad con el proyecto de principio 5 [I-(x)] puede perder su protección si una parte en un conflicto armado tiene objetivos militares dentro de la zona o la utiliza para llevar a cabo actividades militares durante un conflicto armado. En el presente proyecto de principio se establece la salvedad con respecto a los objetivos militares diciendo "siempre que no contenga un objetivo militar", mientras que en el proyecto de principio 9 [II-1], párrafo 3, se expresa de manera diferente diciendo "a menos que se haya convertido en un objetivo militar". La relación entre estos dos principios es que el principio 13 [II-5] trata de mejorar la protección establecida en el proyecto de principio 9 [II-1], párrafo 3.

3) La protección condicional supone un intento por lograr el equilibrio entre los aspectos militares, humanitarios y medioambientales. Este equilibrio es un reflejo del

mecanismo de zonas desmilitarizadas establecido en el artículo 60 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Este artículo dispone que, si una parte en un conflicto armado utiliza una zona protegida con fines militares concretos, quedará revocado su estatus protegido.

4) De conformidad con la Convención de La Haya de 1954 anteriormente mencionada, los Estados partes tienen igualmente la obligación de no destruir bienes que hayan sido identificados como bienes culturales de conformidad con el artículo 4 de la Convención. No obstante, únicamente se puede conferir dicha protección mientras el bien cultural no sea utilizado con fines militares.

5) Las consecuencias jurídicas de la designación de una zona como zona protegida dependerán del origen y el contenido, así como de la forma, de la zona protegida propuesta. Por ejemplo, la norma *pacta tertiis* limitará la aplicación de un tratado formal a las partes. La designación de una zona como zona protegida podría servir, como mínimo, para alertar a las partes en un conflicto armado de que deben tenerlo en cuenta cuando apliquen el principio de proporcionalidad o el principio de precaución en el ataque. Además, puede resultar necesario ajustar las medidas de prevención y reparación para tener en cuenta el estatus especial de la zona.

Capítulo XI
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

190. 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[1401]. 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[1402].

191. 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)[1403]. La Comisión no pudo examinar el tema en su 61er período de sesiones (2009) ni en su 62º período de sesiones (2010)[1404].

192. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión[1405]. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014) y el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015)[1406]. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero y cuarto, la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta el momento seis proyectos de artículo con los comentarios correspondientes. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción[1407].

1401 En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/61/10), párr. 257).

1402 *Ibid*., *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1.

1403 A/CN.4/601 (informe preliminar); A/CN.4/631 (segundo informe); y A/CN.4/646 (tercer informe).

1404 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.

1405 *Ibid*., *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 266.

1406 A/CN.4/654 (informe preliminar); A/CN.4/661 (segundo informe); A/CN.4/673 y Corr.1 (tercer informe) y A/CN.4/687 (cuarto informe).

1407 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 48 y 49. En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 48 y 49). En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 e) y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios. En

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

193. La Comisión tuvo ante sí el quinto informe de la Relatora Especial, en el que se analiza la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3328ª a 3331ª, del 26 al 29 de julio de 2016. En el momento del examen, la Comisión solo dispuso del informe en dos de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Por ello, el debate celebrado en la Comisión tuvo un carácter preliminar, con la participación de los miembros que desearon intervenir en relación con el tema, y continuará en el 69º período de sesiones. En esas circunstancias, quedó claro que el examen del informe en el actual período de sesiones era una excepción y que no se pretendía sentar precedente. La Comisión subrayó que el debate mantenido en el actual período de sesiones solo era el comienzo del debate y que no ofrecería a la Asamblea General una base completa de la labor relacionada con el presente informe hasta que se concluyera el debate en el 69º período de sesiones.

194. En su sesión 3329ª, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2, apartado f), y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones (véase la sección C.1 *infra*).

195. En sus sesiones 3345ª y 3346ª, celebradas el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

1. Presentación por la Relatora Especial del quinto informe

196. En el quinto informe se analizaba la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En particular, el informe se ocupaba del tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, presentaba un estudio de la práctica pertinente, abordaba algunas cuestiones metodológicas y conceptuales relativas a los límites y excepciones, y examinaba los supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se aplica. La conclusión a la que se llegaba en el informe era que no había sido posible determinar, basándose en la práctica, la existencia de una norma consuetudinaria que permitiese la aplicación de límites o excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae*, ni identificar una tendencia a favor de una norma de esa índole. Por otra parte, en el informe se llegaba a la conclusión de que los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se aplicaba a los funcionarios del Estado en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Como consecuencia de ese estudio, el informe incluía una propuesta de proyecto de artículo 7 relativo a los "Crímenes respecto de los que la

su 3284ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe del Comité de Redacción sobre la "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", que contenía los proyectos de artículo 2 f) y 6 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones, de los que la Comisión tomó nota (*ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 176).

inmunidad no se aplica”[1408]. En el informe se señalaba asimismo que el sexto informe que la Relatora Especial debía presentar en 2017 trataría de los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

197. En su presentación del informe, la Relatora Especial recordó que el tema había sido objeto de debate de forma recurrente a lo largo de los años en la Comisión y la Sexta Comisión de la Asamblea General, suscitando opiniones diversas y, a menudo, opuestas. El quinto informe trataba de los límites y excepciones a las inmunidades después de que la Comisión completara el examen de todos los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

198. La Relatora Especial dijo que, al preparar su informe, había empleado los mismos planteamientos metodológicos que en informes anteriores, consistentes en un estudio de la práctica judicial (nacional e internacional) y la práctica convencional, teniendo en cuenta los trabajos anteriores de la Comisión, y señaló que el quinto informe contenía además un análisis de la legislación nacional, así como la información recibida de los Gobiernos en respuesta a las preguntas formuladas por la Comisión. La Relatora Especial subrayó que el quinto informe, como los informes anteriores, tenía que leerse e interpretarse junto con los informes precedentes sobre el tema, pues esos informes constituían un todo.

199. Con respecto a las principales cuestiones sustantivas y metodológicas que tenía en cuenta en el quinto informe, la Relatora Especial dijo que su propósito era: a) estudiar si había supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no producía efectos, aun cuando tal inmunidad fuese en principio aplicable por estar presentes todos los elementos normativos a que se referían los proyectos de artículo aprobados provisionalmente; y b) identificar, si la respuesta a la pregunta anterior era afirmativa, los supuestos en que tal inmunidad no produciría efectos, examinando en particular: i) los límites y excepciones a la inmunidad; y ii) los crímenes respecto de los cuales la inmunidad no se aplicaba.

200. La Relatora Especial hizo notar que las palabras “límites y excepciones” reflejaban, a su juicio, una distinción teórica que daba a entender que el “límite” era intrínseco al régimen de la inmunidad, mientras que la “excepción” era extrínseca a dicho régimen. En el informe se sugería que la distinción tenía repercusiones normativas, puesto que producía

[1408] El texto del proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial en el quinto informe decía lo siguiente:

Proyecto de artículo 7
Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica

1. La inmunidad no se aplicará en relación con los siguientes crímenes:

a) el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas;

b) los crímenes de corrupción;

c) los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes.

2. Lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.

3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:

a) cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;

b) la obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro.

consecuencias para la interpretación sistémica de la inmunidad. No obstante, la Relatora Especial insistió en que la distinción entre límites y excepciones no tenía transcendencia práctica, puesto que ambos llevaban a la misma consecuencia, esto es, la no aplicación del régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en el caso concreto. Por consiguiente, a los efectos del presente proyecto de artículos, la expresión "la inmunidad no se aplicará" abarca tanto los límites como las excepciones.

201. Además, el informe no consideraba la renuncia a la inmunidad como un "límite o una excepción". La renuncia a la inmunidad producía el mismo efecto que un límite o una excepción, pero esto no se debía a la existencia de normas generales autónomas, sino más bien al ejercicio de la prerrogativa del Estado del funcionario. Como la renuncia tenía carácter procedimental, se examinaría en el sexto informe, que estaría dedicado a los aspectos procesales de la inmunidad.

202. La Relatora Especial también había adoptado en el informe una perspectiva más amplia que la del mero estudio de los crímenes internacionales. Ofrecía un análisis de algunos otros delitos, como el de corrupción, que tenía gran importancia para la comunidad internacional. Además había casos en la práctica de los Estados relativos a la no aplicación de la inmunidad en circunstancias basadas en la primacía de la soberanía territorial en el ejercicio de la jurisdicción penal por el Estado del foro (similar a la excepción territorial *(territorial tort exception)* en relación con la inmunidad jurisdiccional de los Estados).

203. La Relatora Especial hizo hincapié también en una serie de elementos que había que tener en cuenta en la valoración del régimen para la aplicación de límites y excepciones a la inmunidad:

a) La inmunidad y la jurisdicción estaban relacionadas entre sí de manera inextricable. La Relatora Especial calificó la primera como una excepción al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales del Estado del foro. Aunque ambas se basaban en la igualdad soberana de los Estados, había que tener en cuenta el carácter excepcional de la inmunidad al definir la posible existencia de límites y excepciones.

b) El carácter procesal de la inmunidad significaba que esta no eximía a un funcionario del Estado de la responsabilidad penal individual. Por consiguiente, en un sentido formal, la inmunidad no podía ser equiparada a la impunidad. Sin embargo, había que poner de relieve que, en determinadas circunstancias, la inmunidad, en efecto, podía tener como resultado la imposibilidad de determinar la responsabilidad penal individual de un funcionario del Estado. Era ese efecto el que debía tenerse presente al estudiar los límites y excepciones a la inmunidad.

c) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado guardaba relación con los procedimientos penales que tenían por objeto determinar, en su caso, la responsabilidad penal individual del autor de ciertos crímenes. Esa inmunidad era diferente y distinguible de la inmunidad de los Estados, y estaba sujeta a un régimen jurídico distinto, también con respecto a los límites y excepciones a la inmunidad.

d) La aplicación horizontal de la inmunidad entre Estados, objeto del presente tema, era algo distinto y separado de la aplicación vertical de la inmunidad ante los tribunales y cortes penales internacionales. No obstante, al mismo tiempo, la mera existencia de tribunales y cortes penales no siempre podía ser considerada un mecanismo alternativo para determinar la responsabilidad penal de los funcionarios del Estado. Por consiguiente, la existencia de tribunales penales internacionales no podía considerarse un fundamento de la falta de excepciones.

204. En el tratamiento de la práctica pertinente incluido en el informe, la Relatora Especial ponía de relieve la pertinencia de esa práctica para identificar los límites y

excepciones a la inmunidad. Un enfoque sistémico de la interpretación de la inmunidad y los límites y excepciones a la inmunidad le servían de complemento. Por consiguiente, aunque la práctica era diversa, ponía de manifiesto una clara tendencia a considerar la comisión de crímenes internacionales como una barrera a la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Esto se basaba en que: a) esos crímenes no se consideraban actos oficiales o eran una excepción a la inmunidad, debido a la gravedad del crimen; o b) tales crímenes menoscababan los valores y principios reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto.

205. En cuanto al primer punto, se hizo notar que, aun cuando los tribunales nacionales habían reconocido a veces la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de crímenes internacionales, siempre lo habían hecho en el contexto de la inmunidad *ratione personae*, y solo en circunstancias excepcionales con respecto a la inmunidad *ratione materiae*. Esa práctica, unida a la *opinio iuris*, llevaba a la conclusión de que el derecho internacional contemporáneo permitía límites o excepciones a la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera cuando se cometían crímenes internacionales. Además, aunque podía haber dudas en cuanto a la existencia de una práctica general pertinente equiparable a una costumbre, había una tendencia clara que reflejaba una costumbre emergente.

206. Sobre la cuestión relativa a los "valores y principios jurídicos", el informe había tratado de abordar los límites y excepciones a la inmunidad sobre la base de una visión del derecho internacional como sistema normativo del que formaba parte el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Con objeto de eludir los efectos negativos ocasionados por la aplicación de un régimen de inmunidad, o la anulación de otros componentes del sistema del derecho internacional contemporáneo, se subrayaba que ese enfoque sistémico era necesario. Dicho enfoque determinaba asimismo la manera en que el informe abordaba la relación entre la inmunidad y otras categorías esenciales del derecho internacional contemporáneo, como la vulneración de normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*, así como la atribución de carácter jurídico a los conceptos de impunidad y rendición de cuentas, y a la lucha contra la impunidad, el derecho de acceso a la justicia, el derecho de las víctimas a la reparación o la obligación de los Estados de enjuiciar ciertos crímenes internacionales en un sentido similar.

207. En opinión de la Relatora Especial, tal enfoque, que respondía mejor a las preocupaciones expresadas por algunos Estados y miembros de la Comisión en los debates celebrados a lo largo de los años, era compatible con el derecho internacional contemporáneo. No modificaba los fundamentos básicos del derecho penal internacional que se habían edificado gradualmente desde el pasado siglo, especialmente el principio de la responsabilidad penal individual por los crímenes internacionales y la necesidad de garantizar la existencia de mecanismos eficaces para luchar contra la impunidad de tales crímenes. Al mismo tiempo, tenía en cuenta otros elementos importantes del derecho internacional, en particular el principio de igualdad soberana de los Estados.

208. La Relatora Especial presentó también los diversos elementos del proyecto de artículo 7 propuesto. Puso de relieve las tres categorías de crímenes con respecto a los cuales no se aplicaba la inmunidad, el hecho de que los límites y excepciones se aplicaban solo respecto de la inmunidad *ratione materiae* y la existencia de dos regímenes particulares considerados *lex specialis*.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

209. El debate celebrado en el actual período de sesiones solo fue el comienzo del examen de ese aspecto del tema. El debate proseguirá en el 69º período de sesiones de la Comisión. El resumen que figura a continuación debe entenderse teniendo presente esas consideraciones. Un resumen del debate completo, incluida la recapitulación de la Relatora Especial, estará disponible después de la conclusión del debate en 2017.

210. Los miembros que hicieron uso de la palabra acogieron favorablemente el quinto informe de la Relatora Especial por sus abundantes, sistemáticos y bien documentados ejemplos de la práctica de los Estados tal como aparecía reflejada en los tratados y la legislación nacional, así como en la jurisprudencia nacional e internacional. Se reconoció sin ningún reparo que esta materia, en particular la cuestión de los límites y excepciones, era jurídicamente compleja y planteaba a los Estados problemas importantes y muy delicados desde el punto de vista político. Se recordó asimismo que existían desacuerdos en el ámbito de la Comisión y entre las opiniones de los Estados, y algunos miembros señalaron que era necesario avanzar en el examen del tema con prudencia y cautela. Varios miembros dijeron que la Comisión debería centrarse en la codificación más que en el desarrollo progresivo de nuevas normas de derecho internacional al abordar la cuestión de los límites y excepciones. Otros miembros opinaron que esa cuestión debería tratarse teniendo en cuenta tanto la codificación como el desarrollo progresivo del derecho internacional.

b) Observaciones sobre las cuestiones metodológicas y conceptuales planteadas en el quinto informe

211. En sus observaciones, los miembros que hicieron uso de la palabra abordaron los diversos aspectos del informe. Se refirieron a los concernientes al tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones, hicieron observaciones sobre el estudio de la práctica pertinente, trataron algunas cuestiones metodológicas y conceptuales relativas a los límites y excepciones, abordaron algunas cuestiones concernientes a la naturaleza jurídica del régimen de inmunidad y examinaron los casos en que no se aplicaba la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en relación con el proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial. Mientras que algunos miembros manifestaron su apoyo a los puntos de vista expresados, algunos otros se opusieron a ellos.

Tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones

212. Algunos miembros valoraron el enfoque lúcido y equilibrado adoptado por la Relatora Especial en su tratamiento de los límites y excepciones, el cual agradecieron. Ello se había logrado mediante un examen de la práctica y la jurisprudencia pertinente y un cuidadoso equilibrio entre la observancia de la inmunidad de los funcionarios del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario y un examen prudente de las posibilidades de desarrollo progresivo coherente con el enfoque adoptado por la Relatora Especial desde el comienzo de su labor.

213. Algunos otros miembros recordaron con reconocimiento el estudio de la Secretaría y los trabajos anteriores realizados por el Relator Especial anterior. Se dijo que el punto de partida para el examen de los límites y excepciones tenían que haber sido las conclusiones del anterior Relator Especial, a partir de las cuales se habría podido demostrar si las conclusiones alcanzadas en 2008 seguían estando justificadas y podían mantenerse a la luz de la evolución ulterior del derecho internacional. Esos miembros indicaron también que la Relatora Especial se había desviado gradualmente de sus propios enfoques iniciales en el

tratamiento del tema, pasando de la codificación al desarrollo progresivo, con la consiguiente pérdida de equilibrio.

Estudio de la práctica

214. Algunos miembros criticaron el informe por no seguir fielmente el proceso analítico de identificación del derecho internacional consuetudinario en él mencionado. Además, las conclusiones a que a veces se llegaba eran a menudo incompatibles con otras afirmaciones que se hacían en el informe. En particular, se expresó preocupación por el tratamiento de la jurisprudencia, que era de origen diverso y cuya elección parecía selectiva, basada en algunos casos en opiniones separadas o disidentes, así como en una muestra reducida de legislación nacional, parte de la cual se sugirió que era de escasa pertinencia para el examen del tema. Se hizo notar además que la tendencia a una excepción en los tribunales nacionales, aun en caso de que existiera, no era una práctica general a los efectos de crear una norma de derecho internacional consuetudinario.

215. Por consiguiente, esos miembros consideraron que no estaba claro si el enfoque adoptado en los análisis respaldaba suficientemente las conclusiones a que se llegaba en el informe y que, en algunos casos, la jurisprudencia relativa al ejercicio de la jurisdicción penal internacional no servía para determinar si el derecho internacional consuetudinario reconocía la existencia de una excepción a la inmunidad *ratione materiae* ante una jurisdicción penal extranjera. La consecuencia del enfoque de la Relatora Especial era la ampliación de los límites y excepciones a la inmunidad para que los crímenes según el derecho internacional abarcaran incluso delitos comunes.

216. Se afirmó asimismo en ese sentido que, en vez de basar el informe en "valores y principios jurídicos" de la comunidad internacional, se tendría que haber centrado la atención en seguir estrictamente el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario, apoyado por fuentes normativas. Debería haberse aclarado que las propuestas formuladas se habían hecho en concepto de desarrollo progresivo del derecho internacional.

217. Por otra parte, los miembros de la Comisión que participaron en el debate consideraron en general que el informe contenía un análisis extenso y profundo de la práctica. Además, algunos miembros opinaron que el estudio de la práctica ponía de manifiesto la existencia de una tendencia clara hacia el reconocimiento de ciertos límites y excepciones a la inmunidad y aportaba fundamento suficiente a las propuestas hechas por la Relatora Especial.

218. Asimismo, en opinión de algunos miembros, aun cuando se produjera necesariamente una divergencia de opiniones sobre el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y su naturaleza, el informe tendría una importante repercusión en la comprensión y tratamiento de dicha inmunidad y ayudaría a los Estados y otros actores pertinentes en la elaboración de un régimen de inmunidad que tuviera en cuenta los diversos intereses jurídicos. Por consiguiente, manifestaron su apoyo al enfoque adoptado por la Relatora Especial y señalaron que los análisis y conclusiones sobre la doctrina estaban relacionados intrínsecamente con la práctica y los pronunciamientos judiciales, que sustentarían de manera concreta las propuestas sobre los límites y excepciones. El lector del informe tendría una visión general y completa del trasfondo de las cuestiones planteadas, las diversas posturas sobre la cuestión, los matices de la inmunidad en los planos nacional e internacional y las consideraciones de principio involucradas. Esos miembros coincidieron en la conclusión de que la práctica analizada en el informe ponía de manifiesto una tendencia hacia el reconocimiento de que la inmunidad no se aplicaba cuando se habían cometido crímenes internacionales.

219. Además, esos miembros consideraron que aportar una prueba incontestable de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario no era necesariamente el único medio de abordar la cuestión de los límites y excepciones. Por consiguiente, estimaron que la referencia a los "valores y principios jurídicos" era muy útil.

220. También se señaló que la Relatora Especial había hecho un esfuerzo digno de elogio para salvar las diferencias en la Comisión sobre la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, al mismo tiempo que presentaba un enfoque muy meditado, y que suponía un reto, acerca de cómo abordar la cuestión para que la Comisión la examinara. Al identificar una tendencia, la Relatora Especial había ofrecido un término medio entre quienes buscaban la concordancia del régimen de la inmunidad en los planos vertical y horizontal y quienes consideraban que la Comisión no debía identificar ningún límite ni excepción porque el derecho internacional consuetudinario no preveía tales excepciones.

Naturaleza jurídica de la inmunidad

La relación entre inmunidad y jurisdicción

221. Algunos miembros, refiriéndose al fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, señalaron que la inmunidad y la jurisdicción, aunque relacionadas entre sí, eran regímenes diferentes. El hecho de que los instrumentos internacionales encaminados a prevenir y castigar ciertos crímenes internacionales graves exigieran que los Estados partes estableciesen su jurisdicción para investigar, detener, enjuiciar o extraditar, y previesen otras formas de cooperación, no afectaba a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario. Esas inmunidades, como señaló la Corte en la causa relativa a la *Orden de detención*, seguían siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, aun cuando esos tribunales ejercieran su jurisdicción en virtud de los instrumentos en cuestión.

222. Por otra parte, se observó que la búsqueda de la rendición de cuentas no se consideraba ni debía considerarse un mecanismo para alterar la paz, inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados o constituir una transgresión de la soberanía de los Estados o la voluntad de su población. Por el contrario, la falta de justicia y la prevalencia de la impunidad contribuía a las tensiones en las relaciones internacionales y menoscababa los principios jurídicos esenciales de las relaciones entre Estados. Por consiguiente, se afirmó que era necesario lograr un equilibrio entre los diversos intereses legítimos en juego, teniendo en cuenta el derecho del Estado a proteger su soberanía, incluida su población, y la igualdad soberana de los Estados dentro del ámbito del derecho internacional.

223. Se subrayó asimismo que no había que subestimar el efecto del Estatuto de Roma en el proyecto de artículos que se estaba elaborando. Se observó en particular, en relación con el artículo 27 del Estatuto, que la inmunidad y la responsabilidad penal individual estaban relacionadas intrínsecamente y que considerar la inmunidad como una mera barrera procesal, en términos absolutos, la separaba de la cuestión de la responsabilidad individual, sin proporcionar una reparación efectiva.

La relación entre inmunidad y responsabilidad

224. Algunos miembros recordaron que la jurisprudencia, incluida la de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Orden de detención* y a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, ponía de manifiesto que la inmunidad no eximía a los funcionarios del Estado de cualquier responsabilidad penal individual en cuanto al fondo ni tenía por objeto fomentar la impunidad, dado que la causa relativa a la *Orden de detención* ofrecía posibles medidas para evitar la impunidad, consistentes en el enjuiciamiento en el ámbito nacional, la renuncia a la inmunidad, el enjuiciamiento una vez terminado el

mandato o el enjuiciamiento ante un órgano de la justicia penal internacional. Por consiguiente, no era acertado equiparar impunidad con inmunidad, puesto que la primera conllevaba consideraciones sustantivas que tenían que ver con la responsabilidad penal individual, mientras que la segunda guardaba relación con cuestiones procesales.

225. Al mismo tiempo, otros miembros hicieron suyo el planteamiento seguido por la Relatora Especial en el quinto informe. Se señaló que la inmunidad *ratione personae* difería de la inmunidad *ratione materiae*, lo cual exigía adoptar una postura más matizada a fin de lograr avances en el tema. Si bien el hecho de que un Estado se arrogara jurisdicción penal sobre personas que gozaban de inmunidad *ratione personae* en razón de su condición menoscababa la capacidad del Estado del que esas personas eran agentes en relación con su funcionamiento y el ejercicio de su soberanía, no siempre ocurría así en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, dado que su naturaleza se basaba en el comportamiento. El hecho de que se gozara de inmunidad *ratione materiae*, conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 6, aprobado provisionalmente en el actual período de sesiones, únicamente respecto de los actos realizados a título oficial suponía que su aplicación como barrera procesal no era automática.

La relación entre inmunidad del Estado e inmunidad de los funcionarios del Estado

226. Algunos miembros afirmaron que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tenía su origen en la inmunidad del Estado, lo cual reflejaba el principio *par in parem non habet imperium*. Cualquier afirmación de que las normas de *ius cogens* o las normas relativas a la lucha contra los crímenes internacionales graves entraban en contradicción con los derechos fundamentales de los Estados equivalía a subordinar el principio de igualdad soberana de los Estados, un pilar de las relaciones entre Estados, a otras normas, y se corría el riesgo de erosionarlo paulatinamente. Asimismo, las excepciones a la inmunidad socavarían probablemente el principio de no injerencia en los asuntos internos, lo que podía entrañar el riesgo de enjuiciamientos políticamente motivados contra Jefes de Estado u otros altos cargos, y darían pie a abusos de la jurisdicción universal. Se señaló que, en lugar de contribuir a combatir los crímenes y proteger los derechos humanos, esos cambios minarían la estabilidad de las relaciones entre Estados y frenarían los avances de la justicia internacional.

227. Por otra parte, algunos miembros observaron que los cambios a lo largo del último siglo en asuntos de la jurisdicción civil habían permitido alejarse en cierta medida del concepto de inmunidad absoluta del Estado. Además, la inmunidad soberana (de los Estados) no era lo mismo que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Es más, si bien los Estados eran responsables de los hechos internacionalmente ilícitos, incluidos los hechos cometidos por sus funcionarios, un Estado como tal no podía cometer un delito de acuerdo con el derecho de la responsabilidad de los Estados. Su responsabilidad no era de carácter penal, mientras que, a partir igualmente de los cambios registrados en el último siglo, sus funcionarios sí podían ser considerados penalmente responsables. Deberían tenerse presentes estas diferencias al examinar la inmunidad de los funcionarios del Estado, sus posibles límites y excepciones y el esquema general de equilibrio entre los intereses jurídicos legítimos.

La relación entre las jurisdicciones nacional e internacional

228. Se dijo que, para comprender las cuestiones presentadas en el quinto informe a tenor de los principios actuales del derecho internacional, era necesario lograr un equilibrio de intereses, empezando por el esquema esbozado en la Carta de las Naciones Unidas, que reflejaba determinadas aspiraciones de la humanidad, como la protección de los derechos humanos, la justicia y el respeto de las obligaciones compatibles con el derecho

internacional, a partir de algunos principios fundamentales, en particular la igualdad soberana de los Estados.

229. Partiendo de esa premisa, se adujo que ni la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales era un elemento periférico a la igualdad soberana, ni la justicia era incompatible con el respeto de las obligaciones dimanantes del derecho internacional. El informe presentado, leído conjuntamente con los informes anteriores, había intentado demostrar que los principios no pretendían ser mutuamente excluyentes en su aplicación, en la medida en que se complementaban y debían ser puestos en práctica de manera tal que un interés no perjudicara a otro.

230. Asimismo, a pesar de que en relación con este tema no se entraba en la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal internacional de los funcionarios, había consideraciones de política jurídica que era preciso tener en cuenta como parte del equilibrio de intereses, incluidos, de una parte, el interés de la comunidad internacional en su conjunto por protegerse contra la comisión de crímenes internacionales y las vulneraciones de normas de *ius cogens* y, de otra parte, el interés por preservar la integridad de las obligaciones de cooperación entre los tribunales nacionales e internacionales.

231. También se respaldó la existencia de una estrecha relación entre el ejercicio de la inmunidad ante tribunales *nacionales* y ante tribunales *internacionales*, que requería una interpretación sistémica de los regímenes. A este respecto se aludió al sistema de complementariedad del Estatuto de Roma, que no debía verse obstaculizado por las normas de la inmunidad.

232. Por otra parte, se recordó que la relación entre un Estado y un órgano jurisdiccional penal internacional, como la Corte Penal Internacional, difería de la relación horizontal entre Estados que caracterizaba al presente tema. Si bien el artículo 27 del Estatuto de Roma había establecido la improcedencia del cargo oficial, en virtud de la cual los funcionarios de los Estados partes no gozaban de inmunidad procesal ante la Corte Penal Internacional, esta disposición no podía citarse como prueba de la existencia de una excepción en la relación horizontal entre Estados que se salvaguardaba en el artículo 98 del Estatuto.

233. Asimismo, algunos miembros recordaron que un tratado no creaba obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento. Por consiguiente, la inaplicabilidad de la inmunidad convenida entre Estados en virtud de tratados regía únicamente para los Estados partes o en los supuestos previstos en la Convención, y no resultaría apropiado calificar dichas excepciones de pruebas de una norma consuetudinaria en una relación horizontal entre Estados si surgieran en una relación vertical con un tribunal penal internacional.

234. No obstante, se observó que, en lugar de obviar la práctica de los tribunales penales internacionales privándoles de incidencia en las relaciones horizontales, era necesario tener en cuenta los cambios con prudencia, en el contexto de cada caso. Por ejemplo, en algunos supuestos la cuestión planteada ante el tribunal nacional no se refería a la inmunidad con arreglo al derecho internacional, sino a la inmunidad con arreglo al derecho interno.

c) Observaciones sobre el proyecto de artículo 7

235. Varios miembros respaldaron la propuesta de identificar los crímenes respecto de los cuales no se aplicaba la inmunidad *ratione materiae*. En este sentido, algunos miembros apoyaron los planteamientos metodológicos seguidos por la Relatora Especial al tratar la inmunidad desde la concepción del derecho internacional como un sistema normativo completo, a fin de garantizar que el régimen de inmunidad no produjera efectos negativos ni anulara otros componentes del sistema actual del derecho internacional en su conjunto. Asimismo, algunos miembros suscribieron el análisis de la Relatora Especial según el cual

la atribución a un Estado de actos *ultra vires* de los funcionarios del Estado a efectos de la responsabilidad de este último difería de la cuestión de los actos *ultra vires* que no facultaban al funcionario en cuestión para beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*.

236. Se expresó igualmente la opinión de que la conclusión a que había llegado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*, según la cual no cabía ninguna excepción de derecho consuetudinario a la norma que otorgaba inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad a los Ministros de Relaciones Exteriores en el cargo, cuando se sospechara que habían cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, debía interpretarse de forma restringida, puesto que ese procedimiento se refería específicamente a la inmunidad *ratione personae*.

237. También se observó que la práctica estatal actual ponía de manifiesto que la inmunidad *ratione materiae* no venía al caso cuando un Estado del foro ejercía su legítima jurisdicción penal territorial. Cuando se cometía un crimen en un Estado del foro, ello afectaba a dicho Estado, que, por consiguiente, adquiría un interés legítimo en enjuiciarlo. La práctica indicaba además que no existía ninguna norma consuetudinaria que confiriera inmunidad a los funcionarios del Estado por *todos* los actos realizados a título oficial.

238. Otros miembros discreparon de la conclusión de la Relatora Especial según la cual existía una excepción a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a determinados crímenes y recordaron que el anterior Relator Especial había concluido que no había ninguna excepción a la inmunidad, salvo las situaciones en las que la jurisdicción penal era ejercida por un Estado en cuyo territorio se había cometido un presunto crimen y concurrían determinadas condiciones. Esos miembros reiteraron que la inmunidad tenía naturaleza procesal y no perseguía resolver la cuestión de fondo de la licitud o ilicitud de un comportamiento determinado, ni siquiera cuando un acto concreto vulnerara una norma de *ius cogens*. Se recordó que la Corte Internacional de Justicia había señalado en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* que la inmunidad del Estado y las normas de *ius cogens* pertenecían a diferentes categorías del derecho internacional. Por consiguiente, la violación de una norma de *ius cogens* no comportaba que no se pudiera alegar la inmunidad del Estado. Además, se hizo notar que ninguna distinción basada en la gravedad del delito era defendible, puesto que la inmunidad se aplicaría por igual a los crímenes graves y a los delitos comunes. Dado que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera tenía carácter preliminar y se resolvía *in limine litis*, resultaría extraño considerar que su invocación dependiese de la determinación de si un crimen era grave o si se había cometido en realidad.

239. En relación con el **párrafo 1**, algunos miembros elogiaron a la Relatora Especial por haber dado el valiente paso de presentar un proyecto de artículo sobre los límites y excepciones, una propuesta equilibrada e inequívoca, mientras que otros miembros lo consideraron poco convincente.

240. En cuanto al **párrafo 1, apartado a)**, algunos miembros expresaron su apoyo a que se hiciese referencia específicamente al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura y las desapariciones forzadas como crímenes internacionales respecto de los cuales no se aplicaba la inmunidad. Se estimaron útiles las referencias específicas a la "tortura" y las "desapariciones forzadas", a pesar de que formaban parte de los crímenes de lesa humanidad. Se apoyó igualmente que se incluyera el crimen de *apartheid*, al cual se aludía en el informe entre los demás crímenes incluidos en la presente propuesta.

241. A algunos miembros no les convencieron los motivos esgrimidos por la Relatora Especial para excluir el crimen de agresión de la lista, puesto que consideraban que la Comisión caería en un descuido si lo excluyera como excepción a la inmunidad a tenor del proyecto de artículo 7. Esos miembros habrían preferido incluir ese crimen, puesto que

algunos Estados ya promulgaban sus propias leyes para dar efecto a las Enmiendas de Kampala, que tipificaban la agresión como crimen, después de su ratificación. Asimismo, el crimen de agresión, considerado la forma más grave y peligrosa de uso ilegal de la fuerza, era cometido por funcionarios del Estado como acto realizado a título oficial.

242. En cambio, otros miembros respaldaron que no se hubiera incluido el crimen de agresión, ya que guardaba estrecha relación con los actos del Estado agresor y dependía de tales actos, lo cual tenía implicaciones para la soberanía y la inmunidad de los Estados. También se señaló que aún no habían entrado en vigor las Enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma, relativas a la definición del crimen de agresión.

243. En relación con los "crímenes de corrupción", mencionados en el **párrafo 1, apartado b)**, mientras que algunos miembros apoyaron su inclusión, otros expresaron sus reservas al respecto, ya que la naturaleza de esa categoría de crímenes era diferente de la de los crímenes internacionales graves. Al decidir si los actos de corrupción constituían excepciones a la inmunidad, se consideró importante determinar ante todo si los actos de corrupción eran "actos realizados a título oficial" y se dudó de que tales actos correspondieran al ámbito de la inmunidad *ratione materiae*. También se señaló que no había ningún elemento de la práctica que pusiera de manifiesto la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los actos de corrupción.

244. Se expresaron reservas acerca de los crímenes mencionados en el **apartado c)**, y algunos miembros consideraron que la expresión "excepción territorial" no era totalmente afortunada para referirse a las situaciones que implicaban el ejercicio de la jurisdicción penal. Aunque era pertinente en relación con las inmunidades jurisdiccionales del Estado, apenas había práctica de los Estados que justificara su inclusión con respecto a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. También se apuntó que el apartado estaba enunciado en términos absolutos, con el riesgo de que abarcara todo tipo de actividades realizadas por funcionarios del Estado en el Estado del foro, incluidos posiblemente actos de las fuerzas militares del Estado. No obstante, a juicio de algunos miembros era interesante examinar esa propuesta. Otros miembros aceptaron únicamente la excepción más limitada identificada por el anterior Relator Especial en su segundo informe.

245. Varios miembros respaldaron la formulación del **párrafo 2**, al estimar que su enunciado no generaba polémica alguna y reflejaba la práctica de los Estados. No obstante, se expresaron algunas reservas por cuanto se percibía como una "excepción a los límites y excepciones" del párrafo 2, por lo que se solicitó que se suprimiera. Se señaló que toda formulación debería ser compatible con el artículo 27 del Estatuto de Roma y que debería establecerse un claro vínculo entre el proyecto de artículo 7 y los proyectos de artículo 4 y 6 ya aprobados provisionalmente. También se propuso reexaminar el límite establecido en el proyecto de artículo 4, relativo al alcance de la inmunidad *ratione personae*, aprobado provisionalmente por la Comisión.

246. Algunos miembros consideraron aceptable la cláusula "sin perjuicio" del **párrafo 3**, que tenía en cuenta la obligación de cooperar dimanante de otros regímenes.

d) Trabajos futuros

247. En cuanto a los trabajos futuros, se hizo hincapié en la relación entre los límites y excepciones y los aspectos procesales de la inmunidad. A este respecto, varios miembros recalcaron la importancia, de cara al año siguiente, de las garantías procesales, a fin de tener en cuenta la necesidad de evitar actuaciones penales políticamente motivadas o un ejercicio ilegítimo de la jurisdicción.

248. El debate sobre el quinto informe continuará y finalizará en el próximo período de sesiones de la Comisión, en 2017.

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

249. El texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación.

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.

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones

250. El texto de los proyectos de artículo, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones figura a continuación.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículo:

[…]

f) se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Comentario

1) El párrafo f) del proyecto de artículo 2 define el concepto de “acto realizado a título oficial” a los efectos del presente proyecto de artículos. A pesar de la duda expresada por algunos de sus miembros sobre la necesidad de esta disposición, la Comisión ha

considerado útil incluir la definición en el proyecto de artículos teniendo en cuenta el lugar central que el concepto de "acto realizado a título oficial" ocupa en el régimen de la inmunidad *ratione materiae.*

2) En la definición contenida en el párrafo f) del proyecto de artículo 2 la Comisión ha incorporado los elementos que permiten identificar un determinado acto como "realizado a título oficial" a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y lo hace siguiendo en lo esencial los trabajos previos de la Comisión en relación con este tema. En este sentido, en la definición se emplea el término "acto" al igual que en el proyecto de artículo 4 y en el proyecto de artículo 6. Como ya se señaló en su momento, este término ha sido utilizado con anterioridad por la Comisión para referirse tanto a las conductas activas como omisivas y, además, es el término habitualmente empleado para referirse a las conductas de los individuos en el marco del derecho internacional penal[1409].

3) Mediante la expresión "en ejercicio de la autoridad estatal", la Comisión quiere expresar la necesidad de que exista un vínculo entre el acto y el Estado. En otras palabras, quiere poner de manifiesto que no es suficiente que un funcionario del Estado realice un acto para que el mismo sea considerado automáticamente un "acto realizado a título oficial". Por el contrario, es igualmente necesario que dicho acto tenga una conexión directa con el ejercicio de funciones y poderes del Estado, ya que es dicha conexión lo que justifica el reconocimiento de la inmunidad a fin de preservar el principio de igualdad soberana del Estado.

4) En este sentido, la Comisión considera que para calificar un acto como "acto realizado a título oficial" es preciso, en primer lugar, que el mismo pueda ser atribuido al Estado. No obstante, ello no implica necesariamente que solo el Estado pueda ser considerado como responsable del mismo. Por el contrario, la atribución al Estado del acto es un requisito necesario para calificar un acto como realizado a título oficial, pero no impide que el mismo pueda ser atribuido igualmente al individuo, conforme al modelo "un acto, dos responsabilidades" (doble atribución) que ya ha sido recogido por la Comisión en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (artículo 4)[1410], en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (artículo 58)[1411] y en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (artículo 66)[1412]. Conforme al modelo, un mismo acto puede generar tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad individual de su autor, especialmente en el ámbito penal.

5) A los efectos de la atribución de un acto al Estado es preciso tomar en consideración, como punto de partida, las reglas que se incluyen en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones. No obstante, ha de tenerse en cuenta que dichas reglas fueron definidas por la Comisión en el contexto y a los efectos de la responsabilidad del Estado. En consecuencia, la aplicación de dichas reglas al proceso de atribución del acto de un

---

1409 Véase el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 4, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), págs. 73 y 74.

1410 *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26.

1411 *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 152 y 153. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

1412 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), pág. 183. Los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados por la Comisión en su 63er período de sesiones figuran en la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

funcionario a un Estado a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe ser analizada de forma cuidadosa. En este sentido, a los efectos de la inmunidad, no parecen aplicables con carácter general los criterios de atribución contenidos en los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En especial, la Comisión entiende que, como regla, no podrán ser considerados actos realizados a título oficial los actos realizados por un funcionario en beneficio e interés exclusivamente propios, aunque los mismos puedan tener apariencia de haber sido realizados a título oficial. En tales actos no resulta posible identificar un interés propio del Estado y, por tanto, no se justifica el reconocimiento de una inmunidad cuyo objetivo es, en último extremo, proteger el principio de igualdad soberana del Estado[1413]. No obstante, ello no significa que un acto ilícito, como tal, no pueda beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*. Varios tribunales han concluido que los actos ilícitos no pierden la cobertura de la inmunidad por el mero hecho de ser ilícitos[1414], ni siquiera en el caso de que el acto sea contrario al derecho internacional[1415]. La cuestión de si los actos *ultra vires* pueden o no considerarse actos oficiales a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se abordará en una fase ulterior, junto con los límites y excepciones a la inmunidad.

6) La calificación de un acto como "realizado a título oficial" requiere además la existencia de una especial conexión entre el acto y el Estado. Dicha vinculación se ha definido en el párrafo f) del proyecto de artículo 2 con la fórmula "autoridad estatal", que ha sido considerada por la Comisión como suficientemente amplia para referirse de modo general a los actos realizados por los funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones y en interés del Estado, y que debe entenderse que da cobertura a las funciones enunciadas en

[1413] Especialmente clarificadora de los motivos que explican la exclusión de los actos *ultra vires* es la siguiente argumentación formulada por un tribunal de los Estados Unidos de América: "[c]uando los poderes de los funcionarios están limitados por ley, sus acciones más allá de dichos límites han de ser consideradas acciones individuales y no soberanas. El funcionario no está haciendo las tareas para las que el soberano le ha otorgado poder". Para el citado tribunal, "la Ley de Inmunidad de Soberanía Extranjera" no otorga inmunidad respecto de las conductas ilegales de los funcionarios del Gobierno" y, por tanto, "[u]n funcionario que actúa bajo la apariencia de autoridad *[under color of authority]*, pero no dentro de un mandato oficial, puede violar el derecho internacional y no tener derecho a la inmunidad en virtud de la Ley" (In re *Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation; Hilao and Others v. Estate of Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, sentencia de 16 de junio de 1994, 25 F.3d 1467 (9th Cir.1994), *International Law Reports (I.L.R.)*, vol. 104, págs. 119 y ss., en particular págs. 123 y 125). En un sentido similar, otro tribunal ha concluido que los actos *ultra vires* no pueden beneficiarse de inmunidad soberana, ya que sus autores han actuado más allá de su autoridad al violar los derechos humanos de los demandantes: "si los funcionarios realizan actos que no tienen cobertura oficial del Estado, es decir, si no se trata de 'funcionarios que actúan a título oficial mediante actos dentro del ámbito de su autoridad', no podrán beneficiarse de la inmunidad" (In Re *Doe I, et al. v. Liu Qi, et al., Plaintiff A, et al. v. Xia Deren, et al.*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, N.D. California, C 02-0672 CW, C 02-0695 CW).

[1414] *Jaffe v. Miller and Others*, Tribunal de Apelación de Ontario (Canadá), sentencia de 17 de junio de 1993, *I.L.R.*, vol. 95, pág. 446; *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation and Others*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 23 de enero de 1989, *I.L.R.*, vol. 81, pág. 658; *McElhinney v. Williams*, Tribunal Supremo de Irlanda, 15 de diciembre de 1995, *I.L.R.*, vol. 104, pág. 691.

[1415] *Primer Congreso del Partido*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 16 de julio de 1981, [1983] A.C. 244, *I.L.R.*, vol. 64, pág. 307. En el asunto *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26, Lord Hoffmann rechazó el argumento de que un acto contrario al *ius cogens* no puede ser un acto oficial (véase *I.L.R.*, vol. 129, pág. 744).

el párrafo e) del proyecto de artículo 2, referido a los individuos "que representa[n] al Estado o que ejerce[n] funciones estatales"[1416].

7) Esta fórmula ha sido considerada preferible a la inicialmente propuesta ("en ejercicio de prerrogativas del poder público") y a otras que han sido sucesivamente consideradas por la Comisión, en especial las de "autoridad gubernamental" (en inglés *governmental authority*) o "autoridad soberana". Aunque todas ellas reflejan igualmente el requisito de la especial conexión que debe existir entre el acto y el Estado, presentan la dificultad de que se puede interpretar que se refieren exclusivamente a un tipo de actividad estatal (gubernamental o ejecutiva), o generar el problema añadido de tener que definir las prerrogativas del poder público o de soberanía, lo que sería extremadamente difícil y no se considera una función de la Comisión. También se ha considerado preferible no utilizar la expresión "funciones estatales", que fue empleada en el párrafo e) del proyecto de artículo 2, a fin de favorecer la clara diferenciación entre las definiciones contenidas en los párrafos e) y f) de este proyecto de artículo. En este sentido, se debe recordar que la expresión "funciones estatales", junto con la de "representación del Estado", se empleó en el párrafo e) del proyecto de artículo 2 como un término neutro que define el vínculo entre el funcionario y el Estado, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el tipo de actos que quedan cubiertos por la inmunidad[1417]. El empleo del término "autoridad" en lugar del de "funciones" ofrece, además, la ventaja de evitar el debate sobre si los crímenes internacionales son o no "funciones del Estado". Sin embargo, un miembro de la Comisión consideró que habría sido más adecuado emplear la expresión "funciones estatales".

8) La Comisión no ha considerado apropiado incluir en la definición de "acto realizado a título oficial" una referencia a que el mismo haya de tener una naturaleza o carácter penal. Se trata de evitar así una eventual interpretación de que todo acto realizado a título oficial es, por definición, un acto de naturaleza penal. En cualquier caso, el concepto de "acto realizado a título oficial" debe interpretarse en el contexto del presente proyecto de artículos, dedicado a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

9) Por último, aunque la definición contenida en el párrafo f) del proyecto de artículo 2 está dedicada al "acto realizado a título oficial", la Comisión ha considerado necesario incluir en dicha definición una referencia expresa al autor de dicho acto, es decir, al funcionario del Estado. Con ello se llama la atención sobre el hecho de que solo un funcionario del Estado puede realizar un acto a título oficial, expresando de esa manera la necesidad de una vinculación entre el autor del acto y el Estado. Además, la referencia al funcionario del Estado favorece una continuidad lógica con la definición de "funcionario del Estado" contenida en el párrafo e) del proyecto de artículo 2.

10) La Comisión considera que no es posible establecer una lista exhaustiva de actos realizados a título oficial. Por el contrario, la identificación de dichos actos deberá realizarse caso por caso, teniendo en cuenta los criterios antes analizados, a saber: que sea un acto realizado por un funcionario del Estado, que pueda ser atribuido de modo general al Estado y que se haya realizado "en ejercicio de la autoridad estatal". No obstante, la práctica judicial nos ofrece ejemplos de actos o categorías de actos que pueden considerarse realizados a título oficial, con independencia de la denominación específica con que los tribunales se refieran a ellos. Estos ejemplos pueden ayudar al juez y a otros operadores jurídicos nacionales a identificar si un determinado acto entra dentro de esta categoría.

[1416] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), pág. 249.

[1417] Véase el párrafo 11) del comentario al proyecto de artículo 2 e), *ibid.*, pág. 252. En este marco, la Comisión ha entendido que en las "funciones estatales [...] se incluyen las funciones legislativas, judiciales, ejecutivas o de otra índole que son propias del Estado" *(ibid.)*.

11) De manera general, los tribunales nacionales han considerado como actos que encajan dentro de la categoría de actos realizados a título oficial los siguientes: actividades militares o relacionadas con las fuerzas armadas[1418], actos relacionados con el ejercicio del poder de policía[1419], actividades diplomáticas y propias de las relaciones exteriores[1420], actos legislativos (incluidas las nacionalizaciones)[1421], actos de la administración de justicia[1422], actos administrativos de distinta naturaleza (tales como expulsión de extranjeros o abanderamiento de buques)[1423], actos referidos a préstamos públicos[1424] y actos de naturaleza política de distinto tipo[1425].

12) Además, la inmunidad de los funcionarios del Estado ha sido invocada ante tribunales penales en relación con los siguientes actos realizados, según se alega, a título oficial: tortura, exterminio, genocidio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, embarazo forzoso, deportación, privación del estatuto de prisionero de guerra, esclavitud y trabajos forzados, así como actos de terrorismo[1426]. Estos delitos se mencionan en ocasiones

---

[1418] Asunto *Empire of Iran*, Tribunal Constitucional alemán, 30 de abril de 1963, *I.L.R.*, vol. 45, pág. 57; *Victory v. Comisaria*, US 336 F 2d 354 (segundo circuito, 1964), *I.L.R.*, vol. 35, pág. 110; *Saltany and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 23 de diciembre de 1988, *I.L.R.*, vol. 80, pág. 19; *Holland v. Lampen-Wolfe* (Reino Unido), [2000] 1 WLR 1573; *Lozano v. Italy*, caso núm. 31171/2008, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008 (disponible http://opil.ouplaw.com, *International Law in Domestic Courts* [ILDC 1085 (IT 2008)]).

[1419] Asunto *Empire of Iran* (véase la nota 1418 *supra*); asunto *Iglesia de la Cienciología*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia de 26 de septiembre de 1978, *I.L.R.*, vol. 65, pág. 193; *Saudi Arabia and Others v. Nelson*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *I.L.R.*, vol. 1997; *I.L.R.*, vol. 111, pág. 611; *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Corte Suprema de Irlanda, sentencia de 24 de abril de 1997, [1997] 2IR 121; *First Merchants Collection v. Republic of Argentina*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 31 de enero de 2002, 190 F. Supp. 2d 1336 (S.D. Fla. 2002).

[1420] *Empire of Iran* (véase la nota 1418 *supra*); *Victory v. Comisaria* (véase la nota 1418 *supra*).

[1421] *Empire of Iran* (véase la nota 1418 *supra*); *Victory v. Comisaria* (véase la nota 1418 *supra*).

[1422] *Empire of Iran* (véase la nota 1418 *supra*); asunto núm. 12-81.676, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de marzo de 2013, y asunto núm. 13-80.158, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 17 de junio de 2014 (véase www.legifrance.gouv.fr/). En el mismo sentido se han manifestado los tribunales suizos en el caso ATF 130 III 136, referido a una orden internacional de detención emitida por un juez español.

[1423] *Victory v. Comisaria* (véase la nota 1418 *supra*); *Kline and Others v. Kaneko and Others*, US, 685 F Supp 386 (SDNY 1988), *I.L.R.*, vol. 101, pág. 497; asunto *Malta Maritime Authority*, núm. 04-84.265, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 23 de noviembre de 2004, *Bulletin criminel 2004*, núm. 292, pág. 1096.

[1424] *Victory v. Comisaria* (véase la nota 1418 *supra*).

[1425] *Doe I v. Israel*, US, 400 F.Supp.2d 86, 106 (DCC 2005) (constitución de asentamientos israelíes en los territorios ocupados); asunto *Youming*, US, 557 F. Supp. 2d 131 (DDC 2008) (contratación de sicarios para amenazar a miembros de un grupo religioso).

[1426] In re *Rauter*, Tribunal Especial de Casación de los Países Bajos, sentencia de 12 de enero de 1949, *I.L.R.*, vol. 16, pág. 526 (crímenes cometidos por fuerzas de ocupación alemana en Dinamarca); *Fiscal General de Israel c. Adolf Eichmann*, Tribunal de distrito de Jerusalén (caso núm. 40/61), sentencia de 12 de diciembre de 1961, y Tribunal de Apelaciones, sentencia de 29 de mayo de 1962, *I.L.R.*, vol. 36, págs. 18 y 277 (crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, incluidos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); asunto *Yaser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 28 de junio de 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, núm. 4 (1986), pág. 884 (venta de armas y colaboración con las Brigadas Rojas en relación con actos de terrorismo); *R. v. Mafart and Prieur/Raimbow Warrior*, Nueva Zelandia, Tribunal Superior, Secretaría del Tribunal de Auckland, 22 de noviembre de 1985, *I.L.R.*, vol. 74, pág. 241 (actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad franceses, consistentes en el minado del barco *Rainbow Warrior*, que provocaron el hundimiento del barco y la muerte de varias personas y que fueron calificados como actos terroristas);

eo nomine, mientras que en otros asuntos el tribunal se refiere de forma genérica a crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos[1427]. En segundo lugar, los tribunales nacionales han examinado otros actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas o servicios de seguridad que no se pueden encuadrar en las categorías antes mencionadas, tales como malos tratos, sevicias, detención ilegal, secuestro, delitos contra la administración de justicia y otros actos relacionados con el mantenimiento del orden público y la aplicación de la ley[1428].

13) *A sensu contrario*, en un cierto número de casos los tribunales nacionales han concluido que el acto en cuestión excede los límites de las funciones oficiales o de las funciones del Estado y, por consiguiente, no podría ser considerado como acto realizado a título oficial. Así, los tribunales han concluido que no constituye un acto oficial el asesinato de un opositor político[1429], ni actos vinculados con el narcotráfico[1430]. De una manera similar, y con carácter general, los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción, bien sea en forma de desviación y apropiación ilícita de fondos públicos y blanqueo de capitales, bien sea en alguna otra forma de expresión de la corrupción, por considerar que dichos actos "se alejan del ejercicio de las funciones estatales protegidas por la costumbre internacional en nombre de los principios de soberanía y de inmunidad diplomática"[1431], y que "por su naturaleza, no participan del ejercicio de la soberanía, ni de los poderes públicos, ni tienen relación con el interés

asunto *Antiguo Embajador de Siria en la República Democrática Alemana*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, Tribunal Constitucional Alemán, sentencia de 10 de junio de 1997, *I.L.R.*, vol. 115, pág. 595 (en el asunto se sustanció la acción contra un antiguo embajador que supuestamente almacenó en los locales diplomáticos armas que fueron utilizadas posteriormente para actos terroristas); asunto *Bouterse*, R 97/163/12 Sv y R 97/176/12 Sv, Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 20 de noviembre de 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), págs. 266 a 282 (tortura, crímenes contra la humanidad); asunto *Gaddafi*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 20 de octubre de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 13 de marzo de 2001, *I.L.R.*, vol. 125, págs. 490 y 508 (ordenar el derribo de un avión mediante explosivos que causó la muerte a 170 personas, considerado como terrorismo); asunto *Prosecutor v. Hissène Habré*, Tribunal de Apelaciones de Dakar (Senegal), sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001, *I.L.R.*, vol. 125, págs. 571 y 577 (actos de torturas y crímenes contra la humanidad): asunto *Re Sharon and Yaron*, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, sentencia de 26 de junio de 2002, *I.L.R.*, vol. 127, pág. 110 (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); *A. c. Ministère public de la Confédération* (asunto *Nezzar*), Tribunal Penal Federal de Suiza (BB.2011.140), sentencia de 25 de julio de 2012 (tortura y otros crímenes de lesa humanidad).

[1427] In re *Ye v. Zemin*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, séptimo circuito, 383F. 3d 620 (2004) (a diferencia de los citados en las notas 1426 y 1428, este asunto fue examinado por un tribunal civil).

[1428] Asunto *Guardias de Fronteras*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia de 3 de noviembre de 1992 (asunto núm. 5 StR 370/92), *I.L.R.*, vol. 100, pág. 364 (muerte de un joven alemán como consecuencia de los disparos realizados por los guardias de fronteras de la República Democrática Alemana cuando quería atravesar el denominado "Muro de Berlín"); *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom* (véase la nota 1419 *supra*) (circunstancias irregulares de la detención del demandante por funcionarios del Estado); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Reino Unido ([2011] EWHC 2029 (Admin)), *I.L.R.*, vol. 147, pág. 633 (secuestro y detención ilegal).

[1429] *Letelier and Others v. The Republic of Chile and Linea Aerea Nacional-Chile*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, 748 F 2d 790 (1984), *I.L.R.*, vol. 79, pág. 561.

[1430] *United States of America v. Noriega*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, undécimo circuito, sentencia de 7 de julio de 1997, *I.L.R.*, vol. 121, pág. 591.

[1431] Asunto *Teodoro Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013.

general"[1432]. Siguiendo la misma lógica, los tribunales no han admitido que puedan beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardan una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano[1433]. La recapitulación de los hechos expuestos en esos ejemplos se entiende sin perjuicio de la posición que pueda adoptar la Comisión con respecto al tema de las excepciones a la inmunidad.

14) En relación con los ejemplos de posibles actos realizados a título oficial merece una mención especial el tratamiento dado por los tribunales nacionales a los crímenes internacionales, y en especial la tortura. Así, mientras que en ocasiones han sido considerados actos realizados a título oficial (aunque ilegales y aberrantes)[1434], en otras han sido calificados como actos *ultra vires* o como actos que no responden a la naturaleza propia de las funciones del Estado[1435], por lo que deberían de ser excluidos de la categoría de actos definidos en este párrafo. Además, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que este distinto tratamiento de los crímenes internacionales se produce tanto en los casos en que los tribunales nacionales han reconocido la inmunidad, como en los supuestos en que han rechazado que la misma sea aplicable.

[1432] Asunto *Teodoro Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015.

[1433] *United States of America v. Noriega* (véase la nota 1430 *supra*); *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 20 de septiembre de 1996, *I.L.R.*, vol. 113, pág. 522; *Mellerio c. Isabel de Bourbon*, *Recueil général des lois et des arrêts 1872*, pág. 293; *Seyyid Ali Ben Hamoud, Prince Rashid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, sentencia de 25 de julio de 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15 (1919), pág. 505; *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 11 de abril de 1957, *Journal du droit international*, vol. 84, núm. 1 (1957), págs. 716 a 718; *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961, *Revue générale de droit international public*, vol. 66, núm. 2 (1962), pág. 418; In re *Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation Trajano v. Marcos and Another*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, 21 de octubre de 1992, 978 F 2d 493 (1992), *I.L.R.*, vol. 103, pág. 521; *Doe c. Zedillo Ponce de León*; *Jimenez v. Aristeguieta et al.*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, quinto circuito, 311 F 2d 547 (1962), 33 ILR 353; *Jean-Juste v. Duvalier* (1988), núm. 86-0459 Civ. (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos S.D. Fla., 8 de enero de 1988, *American Journal of International Law*, vol. 82, núm. 3 (1988), pág. 594; *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal Federal de Suiza, sentencia de 22 de diciembre de 2005 (1A 288/2005) (disponible en http://opil.ouplaw.com, *International Law in Domestic Courts* [ILDC 339 (CH 2005)]; *Republic of the Philippines v. Marcos and Others*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, 26 de noviembre de 1986, *I.L.R.*, vol. 81, pág. 581; *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (núm. 2), Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, 4 de junio de 1987 y 1 de diciembre de 1988, *I.L.R.*, vol. 81, pág. 608; *Republic of Haiti and Others v. Duvalier and Others*, [1990] 1 QB 2002 (Reino Unido), *I.L.R.*, vol. 107, pág. 491.

[1434] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (núm. 3), Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147. Solo Lord Goff consideró que se trataba de actos oficiales que quedaban cubiertos por la inmunidad. Para Lord Browne-Wilkinson y Lord Hutton la tortura no podían ser "una función pública" o "una función gubernamental". Por el contrario, Lord Goff, que votó en contra de la sentencia, concluyó que era una "función gubernamental". También se expresaron en un sentido similar Lord Hope ("acto criminal pero gubernamental"), Lord Saville (que se refirió a "la tortura oficial"), Lord Millett ("actos públicos y oficiales") y Lord Philips ("acto criminal y oficial"). Véanse también *Jones v. Saudi Arabia* (nota 1415 *supra*) y *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso *Principe Nasser*), Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division, Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014 [2014] EWHC 3419 (Admin.).

[1435] *Re Pinochet*, Juez de instrucción de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, *I.L.R.*, vol. 119, pág. 345; *Bouterse* (véase la nota 1426 *supra*); *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de primera instancia de Leivadia (Grecia), sentencia de 30 de octubre de 1997.

15) En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la definición de "acto realizado a título oficial" contenida en el párrafo f) del proyecto de artículo 2 se refiere a los elementos distintivos de dicha categoría de actos y no prejuzga la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, que será abordada en otro lugar del presente proyecto de artículos.

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.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 está dedicado a la definición del alcance de la inmunidad *ratione materiae*, incluyéndose en el mismo el elemento material y el elemento temporal de dicha categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Completa el proyecto de artículo 5, que se refiere a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. Ambos proyectos de artículo determinan el régimen general aplicable a esta categoría de inmunidad.

2) El proyecto de artículo 6 presenta un contenido paralelo al utilizado por la Comisión en relación con el proyecto de artículo 4, dedicado al alcance de la inmunidad *ratione personae*. En el proyecto de artículo 6 se ha alterado el orden de los dos primeros párrafos, situándose en primer lugar la referencia al elemento material (actos que quedarían cubiertos por la inmunidad) y posteriormente la mención al elemento temporal (duración de la inmunidad). Con ello se quiere hacer hincapié en el elemento material y en la dimensión funcional de la inmunidad *ratione materiae*, reflejando que los actos realizados a título oficial ocupan un lugar central en dicha categoría de inmunidad. Aun así, ha de tenerse en cuenta que el alcance de dicha inmunidad debe entenderse conforme a una lectura conjunta y acumulativa de los elementos material (párrafo 1) y temporal (párrafo 2). Además, el proyecto de artículo 6 contiene un párrafo dedicado a la relación entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, de modo paralelo a como ya se hizo en el proyecto de artículo 4, al que complementa.

3) El párrafo 1 tiene como finalidad señalar que la inmunidad *ratione materiae* se aplica exclusivamente respecto de los actos realizados a título oficial, tal y como dicho concepto ha sido definido en el proyecto de artículo 2 f)[1436]. En consecuencia, quedan excluidos de esta categoría de inmunidad los actos realizados a título privado, diferenciándose así de la inmunidad *ratione personae*, que se aplica respecto de ambas categorías de actos.

4) Aunque este párrafo tiene como finalidad poner el énfasis en el elemento material de la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión ha decidido incluir en el mismo una referencia

[1436] Véase *supra* el proyecto de artículo 2 f) provisionalmente aprobado por la Comisión y el comentario correspondiente.

a los funcionarios del Estado para destacar que solo ellos pueden realizar uno de los actos que quedarían cubiertos por la inmunidad en el proyecto de artículos. De esta manera se pone de manifiesto la necesidad de que ambos elementos (subjetivo y material) concurran a fin de poder aplicar la inmunidad. No se ha considerado necesario, sin embargo, hacer referencia al requisito de que los funcionarios "actúen en calidad de tal", ya que la condición de funcionario no afecta a la naturaleza del acto, sino al elemento subjetivo de la inmunidad, que ya se ha recogido en el proyecto de artículo 5[1437]. No obstante, estas disposiciones han sido aprobadas provisionalmente en el entendimiento de que quizás sea necesario en una fase ulterior articular en una forma más clara el proyecto de artículo 5, que emplea la expresión "actuando en calidad de tal", y el proyecto de artículo 6, párrafo 1, que no la emplea.

5) El alcance material de la inmunidad *ratione materiae*, tal y como se recoge en el párrafo 1 del proyecto de artículo 6, no prejuzga la cuestión de las excepciones aplicables a la inmunidad, que será tratada en otro lugar en el presente proyecto de artículos.

6) El párrafo 2 se refiere al elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, poniendo el énfasis en el carácter permanente de la misma, que no deja de producir efectos por el hecho de que el funcionario que hubiera realizado un acto a título oficial haya dejado de serlo. Dicha caracterización de la inmunidad *ratione materiae* como permanente se deriva del hecho de que su reconocimiento se funda en la naturaleza del acto realizado por el funcionario, que no cambia en virtud de la posición que ocupe su autor. Así, aunque es necesario que el acto sea realizado por un funcionario del Estado en calidad de tal, dicho carácter de oficialidad no desaparece posteriormente. En consecuencia, a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* es irrelevante que el funcionario que pretende beneficiarse de la misma ocupe tal posición en el momento en que se alega la inmunidad o que, por el contrario, haya dejado de ser un funcionario del Estado. En ambos casos, el acto realizado a título oficial lo seguirá siendo y el funcionario del Estado que lo realizó podrá beneficiarse por igual de la inmunidad, tanto si sigue siendo funcionario como si ha dejado de serlo. El carácter permanente de la inmunidad *ratione materiae* ha sido reconocido con anterioridad por la Comisión en el marco de los trabajos sobre las relaciones diplomáticas[1438], no ha sido contestado en la práctica y es aceptado de forma general por la doctrina[1439].

7) La Comisión ha optado por definir el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* afirmando que la misma "subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado", siguiendo así el modelo empleado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961[1440], y por la

[1437] Véase el párr. 4) del comentario al proyecto de artículo 5, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), pág. 255.

[1438] Véase, *a sensu contrario*, el párr. 19) del comentario al proyecto de artículo 2.1 b) v) del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones: "[l]as inmunidades *ratione personae*, a diferencia de las inmunidades *ratione materiae*, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones" (*Anuario…, 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19).

[1439] Véase, Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre "Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional", que recoge —*a sensu contrario*— la misma posición en su art. 13, párrs. 1 y 2 (Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), págs. 743 y ss., en particular pág. 753); y "Resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales", art. III, párrs. 1 y 2, *ibid*., vol. 73 (período de sesiones de Nápoles, 2009), págs. 226 y ss., en particular pág. 227. Las resoluciones pueden consultarse en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org.

[1440] El artículo 39, párrafo 2, de la Convención establece lo siguiente: "Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán

Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946[1441]. En ellas se inspiran el término "subsistirá" y la expresión "hayan dejado de ser funcionarios del Estado". Además, la Comisión ha empleado el término "individuos" a fin de reflejar la definición de "funcionario del Estado" que figura en el proyecto de artículo 2 e)[1442].

8) Por último, ha de destacarse que, si bien el párrafo 2 se refiere al elemento temporal de la inmunidad, la Comisión ha considerado oportuno incluir en el mismo una mención expresa a los actos realizados a título oficial, teniendo en cuenta el carácter central que los mismos ocupan en la inmunidad *ratione materiae* y para evitar cualquier interpretación extensiva del carácter permanente de esta categoría de inmunidad que eventualmente pudiese pretender predicarse respecto de otros actos.

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo está dedicado a definir el modelo de relación existente entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, partiendo de la base de que ambas categorías son distintas. En consecuencia, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 se encuentra en estrecha relación con el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, que también se refiere a esa relación, aunque únicamente bajo la fórmula de una "cláusula sin perjuicio".

10) De conformidad con el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, la inmunidad *ratione personae* tiene carácter temporal, ya que la Comisión consideró que "tras la terminación del mandato del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores la inmunidad *ratione personae* se extingue"[1443]. Sin embargo, dicha "extinción […] se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*" (párrafo 3 del proyecto de artículo 4). Como la Comisión afirmó en el comentario a dicho párrafo "ha de tenerse en cuenta que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores habrán realizado durante su mandato actos a título oficial que no pierden esta calificación por el mero hecho de que dicho mandato haya terminado y que, por tanto, podrían quedar

---

normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión" (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95, en particular pág. 173).

[1441] El artículo IV, sección 12, de la Convención establece lo siguiente: "A fin de garantizar a los representantes de los Miembros en los organismos principales y subsidiarios de las Naciones Unidas, y en las Conferencias convocadas por la Organización, la libertad de palabra y la completa independencia en el desempeño de sus funciones, la inmunidad de procedimiento judicial, respecto a expresiones ya sean orales o escritas y todos los actos ejecutados en el desempeño de sus funciones seguirá siendo acordada a pesar de que las personas afectadas ya no sean representantes de los Miembros" (Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, núm. 4, pág. 15, en especial pág. 22). Por su parte, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de 1947 sigue el mismo modelo, estableciendo en su artículo V, sección 14, que "[a] fin de garantizar a los representantes de los miembros de los organismos especializados, en las reuniones convocadas por estos, completa libertad de palabra e independencia total en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad de jurisdicción respecto a las palabras o escritos y a todos los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones seguirá siéndoles otorgada incluso después de que hayan cesado en el ejercicio del cargo" (*ibid*., vol. 33, núm. 521, pág. 261, en particular pág. 333).

[1442] Sobre el significado del término "individuo", véase el párr. 4) del comentario al proyecto de artículo 2 e), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), pág. 249.

[1443] *Ibid*., *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), pág. 72 (párr. 2) del comentario al proyecto de artículo 4).

cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*"[1444]. La Comisión afirmó también que "[e]llo no significa que la inmunidad *ratione personae* se prolongue tras el fin del mandato de los beneficiarios, ya que ello no es compatible con lo establecido en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Tampoco significa que la inmunidad *ratione personae* se transforme en una nueva forma de inmunidad *ratione materiae* cuya aplicabilidad se produciría automáticamente en virtud de lo establecido en el párrafo 3. La Comisión entiende que la cláusula 'sin perjuicio' se limita a dejar a salvo la eventual aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial y durante su mandato por un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores, cuando ello sea posible en virtud de las reglas que rigen dicha categoría de inmunidad"[1445].

11) Esta es, precisamente, la situación a la que se refiere el párrafo 3 del proyecto de artículo 6. Este párrafo parte de la base de que los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, cuando se encuentran en ejercicio, se benefician de una amplia inmunidad denominada inmunidad *ratione personae* que, en términos prácticos, incluye los efectos propios de la inmunidad *ratione materiae*. Lo que no impide que, tras terminar su mandato, dichos funcionarios del Estado puedan beneficiarse igualmente del régimen de la inmunidad *ratione materiae* entendida en sentido estricto. Así lo entiende la Comisión en el comentario al proyecto de artículo 5, en el que afirma lo siguiente: "[a]unque la Comisión considera que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tan solo cuando han dejado de estar en ejercicio, no se ha estimado necesario referirse a ello en el proyecto de artículo 5. Esta cuestión será abordada más adecuadamente en un futuro proyecto de artículo dedicado al alcance sustantivo y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, siguiendo el modelo del proyecto de artículo 4"[1446].

12) Para ello será preciso, en todo caso, que se cumplan los requisitos exigidos por la inmunidad *ratione materiae*, a saber: que el acto haya sido realizado por un funcionario del Estado actuando en tal calidad (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores en este caso concreto), a título oficial y durante su mandato. El objeto del párrafo 3 del proyecto de artículo 6 es, precisamente, declarar que la inmunidad *ratione materiae* se aplica en este supuesto. De esta manera viene a completar al párrafo 3 del proyecto de artículo 4, respecto del que la Comisión afirmó en su momento que "no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que [sería] objeto de desarrollo en la parte III del presente proyecto de artículos"[1447].

13) No obstante, en relación con el supuesto contemplado en el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, algunos miembros de la Comisión consideraron que durante su mandato los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores se beneficiaban simultáneamente de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*. Otros miembros de la Comisión destacaron que, a los efectos del presente proyecto de artículos, la inmunidad *ratione personae* tiene un carácter general y más amplio que engloba la inmunidad *ratione materiae*, ya que se aplica tanto a los actos realizados a título privado como a los actos realizados a título oficial. Para esos miembros, los funcionarios antes citados solo se benefician de la inmunidad *ratione personae* durante su mandato y solo se beneficiarán de la inmunidad *ratione materiae* tras el fin de dicho mandato, como se establece en el proyecto de artículo 4 y se refleja en los comentarios a dicho proyecto de

[1444] *Ibid*., pág. 75 (párr. 7) del comentario).
[1445] *Ibid*.
[1446] *Ibid*., *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), pág. 255 (párr. 4) del comentario).
[1447] *Ibid*., *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), pág. 75 (párr. 7) del comentario al proyecto de artículo 4).

artículo y al proyecto de artículo 5. Aunque inclinarse por una u otra opción podría tener consecuencias ante los tribunales nacionales de determinados Estados (en particular con respecto a las condiciones para alegar la inmunidad ante esos tribunales), dichas consecuencias no podrían generalizarse a todos los ordenamientos internos. En el marco de este debate, algunos miembros de la Comisión han expresado su opinión de que no era preciso incluir el párrafo 3 en el proyecto de artículo 6, bastando con hacer una referencia a esta cuestión en los comentarios al proyecto de artículo.

14) Aunque la Comisión ha tenido en cuenta este interesante debate, que tiene un alto componente teórico y terminológico, ha decidido mantener el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, en especial teniendo en cuenta la importancia práctica del mismo, que tiene por objeto clarificar en el plano operativo el régimen jurídico aplicable tras el fin de su mandato a los individuos que se han beneficiado con anterioridad de la inmunidad *ratione personae* (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores).

15) La redacción del párrafo 3 sigue el modelo utilizado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (artículo 39, párrafo 2) y en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (artículo IV, sección 12), que han regulado supuestos similares a los que se contemplan en el párrafo comentado, a saber: la situación en que se encuentran los beneficiarios de una inmunidad *ratione personae*, tras el fin de su mandato, respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho período[1448]. La Comisión ha empleado la expresión "continúan beneficiándose de la inmunidad" para reflejar la conexión existente entre el momento en que el acto se produjo y el momento en que la inmunidad se pretende aplicar. De la misma manera que las convenciones en que se inspira, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no califica la inmunidad, limitándose a emplear este término genérico. Sin embargo, aunque el término inmunidad es utilizado sin calificativo alguno, la Comisión entiende que el mismo se emplea para referirse a la inmunidad *ratione materiae*, ya que solo en este marco es posible tomar en consideración los actos de un funcionario del Estado realizados a título oficial después de que haya terminado su mandato.

[1448] Véanse *supra* las notas 1413 y 1414.

Capítulo XII
Aplicación provisional de los tratados

A. Introducción

251. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir el tema "Aplicación provisional de los tratados" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial para el tema al Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo[1449]. En el mismo período de sesiones, la Comisión tomó nota de un informe oral presentado por el Relator Especial sobre las consultas oficiosas celebradas acerca del tema y presididas por él mismo[1450]. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

252. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/664), cuyo objeto era determinar, en términos generales, las principales cuestiones jurídicas que surgían en relación con la aplicación provisional de los tratados mediante el examen de los planteamientos doctrinales del tema y un somero repaso de la práctica actual de los Estados. La Comisión tuvo también ante sí un memorando de la Secretaría (A/CN.4/658), que detallaba la historia de las negociaciones sobre el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (en adelante, la "Convención de Viena de 1969"), tanto en la Comisión como en la Conferencia de Viena en 1968 y 1969, y contenía un breve análisis de algunas cuestiones de fondo suscitadas durante su examen.

253. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/675), cuyo propósito era ofrecer un análisis sustantivo de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados.

254. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/687), en el que este continuaba el análisis de la práctica de los Estados y examinaba la relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, así como la cuestión de la aplicación provisional en relación con las organizaciones internacionales. La Comisión también tuvo ante sí un memorando (A/CN.4/676), preparado por la Secretaría, sobre la aplicación provisional a tenor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986. La Comisión remitió seis proyectos de directriz, propuestos por el Relator Especial, al Comité de Redacción. La Comisión recibió ulteriormente un informe oral provisional únicamente a título informativo[1451], presentado por el Presidente del Comité de Redacción, sobre los proyectos de directriz 1 a 3, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción[1452].

[1449] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 267.

[1450] *Ibid*., párrs. 144 a 155.

[1451] La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión (http://legal.un.org/ilc).

[1452] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 251.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

255. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/699 y Add.1), en el que este continuaba el análisis de la relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 y de la práctica de las organizaciones internacionales con respecto a la aplicación provisional. La adición contenía ejemplos de la práctica reciente de la Unión Europea sobre la aplicación provisional de los acuerdos con terceros Estados. El informe incluía una propuesta de un proyecto de directriz 10 sobre el derecho interno y la observancia de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado[1453].

256. La Comisión examinó el cuarto informe en sus sesiones 3324ª a 3329ª, celebradas del 20 al 27 de julio de 2016. En su 3229ª sesión, el 27 de julio de 2016, la Comisión remitió el proyecto de directriz 10, tal como figuraba en el cuarto informe del Relator Especial, al Comité de Redacción.

257. En su 3342ª sesión, el 9 de agosto de 2016, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe del Comité sobre la "Aplicación provisional de los tratados", que comprendía los proyectos de directriz 1 a 4 y los proyectos de directriz 6 a 9 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 67º y 68º de la Comisión, respectivamente (A/CN.4/L.877). La Comisión tomó nota de los proyectos de directriz presentados por el Comité de Redacción[1454]. Se prevé que la Comisión adopte una

[1453] El texto del proyecto de directriz 10 propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe dice lo siguiente:

Proyecto de directriz 10
El derecho interno y la observancia de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado

Un Estado que haya consentido en contraer obligaciones mediante 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 tales obligaciones. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969.

[1454] El texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción dice lo siguiente:

Proyecto de directriz 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de directrices se refiere a la aplicación provisional de los tratados.

Proyecto de 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.

Proyecto de directriz 3
Regla general

Un tratado o una parte de un tratado podrá ser aplicado provisionalmente, antes de su entrada en vigor, si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo.

Proyecto de directriz 4
Forma

Además del caso en que el tratado así lo disponga, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado podrá convenirse mediante:

a) un acuerdo específico; o

decisión sobre el proyecto de directrices y los comentarios correspondientes en el próximo período de sesiones.

258. En su 3347ª sesión, celebrada el 12 de agosto de 2016, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparase un memorando en el que analizara la práctica de los Estados respecto de los tratados (bilaterales y multilaterales), depositados o registrados ante el Secretario General en los últimos 20 años, que prevean la aplicación provisional, incluidas las actuaciones convencionales relacionadas con ella.

1. Presentación por el Relator Especial de su cuarto informe

259. El Relator Especial comenzó la presentación de su cuarto informe recapitulando la labor realizada anteriormente sobre este tema. También puso de relieve el interés mostrado por los Estados respecto del tema, refiriéndose tanto al debate en la Sexta Comisión como a la comunicación de información por parte de los Estados en respuesta a las preguntas formuladas en el capítulo III del informe de la Comisión.

260. El cuarto informe proseguía el análisis de la relación entre la aplicación provisional de los tratados y otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, a fin de arrojar más luz sobre el régimen jurídico de aquella. El análisis se centraba en la relación entre la aplicación provisional y las disposiciones sobre las reservas, la nulidad de los tratados, la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación como consecuencia de su

---

b) cualquier otro medio o arreglo, incluida una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

Proyecto de directriz 5*

[…]

(* El Comité de Redacción decidió dejar en suspenso el examen del proyecto de directriz 5 y volver a examinarlo más adelante.)

Proyecto de directriz 6
Comienzo de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internaciones de que se trate, comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos que establezca el tratado o se acuerden de otro modo.

Proyecto de directriz 7
Efectos jurídicos de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado producirá los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo.

Proyecto de directriz 8
Responsabilidad en caso de violación

La violación de una obligación resultante de un tratado o de una parte de un tratado aplicado provisionalmente genera la responsabilidad internacional de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Proyecto de directriz 9
Terminación en el momento de la notificación de la intención de no llegar a ser parte

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

violación conforme al artículo 60, la sucesión de Estados, la responsabilidad de un Estado y la ruptura de hostilidades con arreglo al artículo 73.

261. Por lo que respecta a las reservas, el Relator Especial señaló que no había encontrado ningún tratado que previese la formulación de reservas desde el momento de la aplicación provisional, ni ninguna disposición sobre la aplicación provisional que mencionase la posibilidad de formular reservas. La cuestión era si era posible que un Estado formulase reservas en el momento de convenir la aplicación provisional en los casos en que el tratado no decía nada al respecto. A juicio del Relator Especial, nada impedía aparentemente que un Estado formulara reservas desde el momento en que decidía aplicar provisionalmente un tratado, y ello por dos razones. La primera era que la aplicación provisional de los tratados producía efectos jurídicos. La segunda, que el objeto de las reservas era precisamente excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones en relación con un Estado.

262. El Relator Especial dijo que había decidido analizar la relación que podía existir entre la aplicación provisional y el régimen de nulidad de los tratados, teniendo en cuenta la sugerencia hecha tanto por algunos Estados como por algunos miembros de la Comisión. El Relator Especial se había centrado en la relación entre la aplicación provisional y el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, a la luz del artículo 27, que había examinado en su tercer informe. Había llegado a la conclusión, en primer lugar, de que el principio de que un Estado no podría invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado se aplicaba también con respecto a los tratados que eran objeto de aplicación provisional. Después, había procedido a examinar los límites de la aplicación provisional conforme al derecho interno a la luz del artículo 46. El Relator Especial recordó que esta cuestión había sido planteada en los laudos arbitrales emitidos en los casos *Yukos*[1455] y *Kardassopoulos*[1456], pero señaló que sería prematuro extraer conclusiones, teniendo en cuenta, en particular, que podrían producirse más novedades en el caso *Yukos*. No obstante, desde el punto de vista del derecho internacional, al Relator Especial le parecía lícito concluir que, además del régimen establecido con arreglo al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, los Estados debían asegurarse, al convenir la aplicación provisional, de que no existían limitaciones en relación con su competencia para celebrar tratados de conformidad con el artículo 46, a fin de dar certidumbre jurídica a tal aplicación provisional.

263. En lo concerniente a la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación como consecuencia de una violación grave, el Relator Especial reiteró su opinión de que los tratados que se aplicaban provisionalmente producían efectos jurídicos como si fueran tratados en vigor, creando así obligaciones que había que cumplir en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Así pues, las circunstancias que rodeaban la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, eran también pertinentes para los tratados que se aplicaban provisionalmente.

264. Pasando a la cuestión de la sucesión de Estados y la aplicación provisional de los tratados, el Relator Especial señaló que los artículos sobre la aplicación provisional de los

[1455] Corte Permanente de Arbitraje, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) and the Russian Federation*, laudo provisional sobre competencia y admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, caso núm. AA 227; véase también la acumulación de procesos ante el Tribunal de Distrito de La Haya en las causas *The Russian Federation v. Veteran Petroleum Limited*, *The Russian Federation v. Yukos Universal Limited* y *The Russian Federation v. Hulley Entreprises Limited* (núms. C/09/477160/HA ZA 15-1; C/09/477162/HA ZA 15-2; C/09/481619/HA ZA 15-112), 20 de abril de 2016.

[1456] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), *Ioannis Kardassopoulos and Georgia*, decisión sobre competencia, 6 de julio de 2007, caso núm. ARB/05/18.

tratados que figuraban en la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (en adelante, la "Convención de Viena de 1978")[1457] ponían de manifiesto la utilidad práctica de esas disposiciones al reforzar la certidumbre jurídica en situaciones de inestabilidad política. Por tanto, había llegado a la conclusión de que esta cuestión no merecía un trato diferente a los fines del presente tema.

265. El capítulo III del informe contenía información sobre la práctica de las organizaciones internacionales en relación con la aplicación provisional de los tratados. El Relator Especial describía la práctica como depositario de las Naciones Unidas y el registro de tratados de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la aplicación provisional. Señalando la relevancia de esa práctica para entender con mayor claridad la aplicación provisional basada en la práctica de los Estados, el Relator Especial sugirió que la Comisión recomendase a la Sexta Comisión que se actualizara el reglamento de 1946 sobre el registro de tratados[1458] para reflejar mejor la práctica actual.

266. El cuarto informe contenía un proyecto de directriz sobre el derecho interno y la observancia de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado y tenía en cuenta el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969. Su objeto era completar la directriz propuesta anteriormente sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional, teniendo en cuenta asimismo el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969.

267. En cuanto a los trabajos futuros sobre el tema, el Relator Especial señaló que su propósito era abordar ciertas cuestiones pendientes, como la aplicación provisional de los tratados que consagran derechos de las personas, y proponer cláusulas modelo.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

268. En general, los miembros reiteraron que la aplicación provisional de los tratados constituía un aspecto importante del derecho de los tratados y que el tema era de gran importancia práctica para los Estados. Algunos miembros observaron que la información y los análisis que figuraban en el informe eran interesantes y contribuían a arrojar más luz sobre el régimen de la aplicación provisional. Sin embargo, otros miembros opinaron que eran necesarios más ejemplos de la práctica para fundamentar las conclusiones extraídas. Además, aun reconociendo que la finalidad del capítulo II del informe había sido abordar cuestiones suscitadas por los Estados Miembros, lo cual era importante, varios miembros subrayaron, con todo, que la Comisión tenía que plantear el tema de manera integral y sistemática.

269. Con respecto a la metodología, algunos miembros se mostraron satisfechos con el análisis de la relación entre la aplicación provisional y otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969. No obstante, señalaron que, si bien estaban de acuerdo en general con las conclusiones, se había llegado a muchas de ellas por analogía, y que la práctica en que se fundaban no estaba siempre clara. Además, se señaló que no estaba claro cómo el análisis realizado por el Relator Especial se reflejaría en el resultado final del tema: por ejemplo, si habría una directriz relativa a cada artículo analizado o una directriz general relativa a la relación entre el artículo 25 y otros artículos de la Convención de Viena de 1969. Varios miembros expresaron también sus dudas acerca del valor de este enfoque metodológico. A

[1457] Viena, 23 de agosto de 1978, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, núm. 33356, pág. 3.

[1458] Véase el Reglamento para dar efecto al Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1946 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, pág. XVI), enmendado por las resoluciones 364 (IV) B, de 1 de diciembre de 1949, 482 (V), de 12 de diciembre de 1950, y 33/141 A, de 19 de diciembre de 1978.

este respecto, se dijo que sería útil analizar si el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 era en todo o en parte un régimen autónomo dentro de la Convención. Se recordó que varias propuestas examinadas en la Conferencia de Viena, en particular con respecto a la cuestión de la terminación de la aplicación provisional, parecían apoyar esa idea. Si se llegaba a la conclusión de que el artículo 25 era un régimen completamente autónomo, los demás artículos, aun no teniendo una relevancia directa, podrían proporcionar alguna orientación por analogía.

270. En opinión de otros miembros, la dirección del tema dependía de si la Convención de Viena de 1969 se aplicaba o no a la aplicación provisional. No estaban de acuerdo con la hipótesis de que el artículo 25 constituía, en todo o en parte, un régimen autónomo, con la posible excepción del párrafo 2 por el que se regía la terminación de la aplicación provisional. Subrayaron que la aplicación provisional de un tratado, aunque provisional, constituía no obstante aplicación de un tratado. A su juicio, por consiguiente, era inútil analizar la relación entre la aplicación provisional y las disposiciones de la Convención de Viena de 1969. En la medida en que las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 eran de aplicación a un tratado en vigor, eran también aplicables a un tratado que se estaba aplicando provisionalmente, con una importante salvedad: los derechos y obligaciones de un Estado que aplicaba provisionalmente el tratado dependían de los términos del acuerdo que establecía la aplicación provisional. No obstante, también se dijo que no podía presumirse simplemente que los efectos jurídicos de la aplicación provisional de un tratado eran exactamente los mismos que los que se derivaban de un tratado que estaba en vigor. Se sugirió que el análisis comparativo de la práctica convencional contribuiría a aclarar esta cuestión.

271. Además, si bien se observó que varias de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 podían ser pertinentes en relación con el tema, algunos miembros pidieron cautela al objeto de no llegar a conclusiones por simple analogía sin tener en cuenta la práctica de los Estados. Se lamentó que no se hubiera proporcionado una visión de conjunto de la práctica convencional en materia de aplicación provisional, sin la cual era difícil comprender plenamente las complejidades del tema. Aun reconociendo que no incumbía a la Comisión la tarea de codificar la totalidad de la práctica convencional que existía en materia de aplicación provisional, que parecía ser amplia y variada, la Comisión podría contribuir de manera útil al tema examinando las circunstancias en que el tratado o acuerdo que preveía la aplicación provisional guardaba silencio.

272. Algunos miembros observaron además que era importante, al examinar la aplicación provisional, tener en cuenta la naturaleza y características diferentes de cada tratado. Los tratados multilaterales abiertos y cerrados y los acuerdos bilaterales pueden plantear cuestiones diferentes que era necesario examinar con detenimiento. Lo mismo cabía decir respecto de los tratados que establecían organizaciones internacionales.

b) Reservas

273. En lo que concierne a la relación entre la aplicación provisional y el régimen de las reservas establecido en la Convención de Viena de 1969, algunos miembros reiteraron que la aplicación provisional de un tratado producía los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviera en vigor. Por consiguiente, coincidían con el Relator Especial en afirmar que no había ningún impedimento, en principio, para que un Estado formulara reservas desde el momento de convenir en aplicar provisionalmente un tratado. Además, se observó que podía presumirse que un Estado que había formulado una reserva tenía el propósito de que esta se aplicase, no solo cuando el tratado hubiera entrado en vigor, sino también al aplicarlo de manera provisional. Se sugirió que esa presunción se tuviera en cuenta en el proyecto de directrices. Según otra opinión, el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, que establecía cuándo se podían formular las reservas, no mencionaba la

aplicación provisional. Por consiguiente, la formulación de una reserva en el momento de convenir en aplicar provisionalmente un tratado sería incompatible con el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969.

274. Además, a juicio de algunos miembros, el informe examinaba la cuestión de las reservas a un acuerdo por el que se convenía en aplicar provisionalmente un tratado y no se refería a las reservas al tratado mismo. Se indicó que habría sido mejor examinar si una reserva a un tratado podía excluir o modificar el tratado, no solo después de su entrada en vigor, sino también durante su aplicación provisional. Se señaló asimismo que cabía considerar que las declaraciones por las que un Estado convenía en aplicar provisionalmente un tratado dentro de los límites de su derecho interno, en los supuestos en que el tratado guardaba silencio sobre tales disposiciones restrictivas, constituían reservas.

275. Algunos miembros observaron que el análisis relativo a las reservas se había circunscrito al artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 y manifestaron su esperanza de que el Relator Especial examinara las demás normas pertinentes de la Convención. Se observó además que la formulación de reservas en relación con la aplicación provisional planteaba otras cuestiones complejas aunque prácticas que merecían seguir estudiándose, incluidas las relativas a la forma, la naturaleza y los efectos de tales reservas. Además, algunos miembros estimaron que la cuestión de las reservas en relación con la aplicación provisional no carecía de ejemplos prácticos y se hicieron varias referencias a las reservas formuladas en el contexto de los acuerdos multilaterales sobre productos básicos. Asimismo, se hizo referencia a la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[1459] que contenía también, junto con sus comentarios, algunos elementos útiles, en particular las directrices 2.2.1, 2.2.2 y 2.6.11. Se recomendó que la cuestión de las reservas en relación con la aplicación provisional se examinase más a fondo y se reflejase quizá en el proyecto de directrices.

c) Nulidad de los tratados

276. Algunos miembros celebraron que se hubiera examinado la cuestión de la pertinencia del derecho interno para la aplicación provisional. Observaron que, al hacerlo, el Relator Especial se había centrado en un aspecto de la Convención de Viena de 1969, a saber, el artículo 46 relativo a las disposiciones del derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. Consideraron oportuno asimismo que en el informe se examinara el caso *Yukos* y convinieron con el Relator Especial en que la Comisión no debía tratar de llegar a conclusión alguna con respecto a ese caso, por una parte porque seguía pendiente y, por otra, porque se basaba en un régimen convencional que no se podía generalizar. No obstante, varios miembros señalaron que el Relator Especial, en su análisis sobre el derecho interno, no había aclarado totalmente las diferentes situaciones que se planteaban ni las consecuencias jurídicas resultantes de ellas. A este respecto, se observó que, si bien el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 era una parte importante del tema, los artículos 27 y 46 de dicha Convención constituían un todo y aportaban la prueba de que las normas de derecho interno de importancia fundamental estaban integradas en la valoración adecuada del derecho de los tratados. Con objeto de apreciar plenamente la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en relación con la aplicación provisional, se sugirió la necesidad de distinguir tres situaciones diferentes. La primera era cuando un acuerdo sobre la aplicación provisional propiamente dicha condicionaba la aplicación provisional remitiéndose al derecho interno, en cuyo caso este último era pertinente para comprender el alcance del acuerdo sobre la aplicación provisional. No se trataba de la validez o nulidad de un tratado ni de la primacía del derecho internacional o el

[1459] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), cap. IV, secc. F, y, con respecto a los comentarios correspondientes, *ibid*., adición 1 (A/66/10/Add.1).

derecho interno, sino de la interpretación de un tratado. La segunda situación era análoga al supuesto contemplado en el artículo 46, esto es, cuando un Estado aducía que su consentimiento en obligarse por el acuerdo era nulo a causa de una disposición de su derecho interno relativa a su competencia para celebrar acuerdos internacionales. La tercera situación era equivalente al artículo 27 y concernía al supuesto en que un Estado pretendía invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Algunos miembros subrayaron que la primera hipótesis era a menudo el aspecto más importante, y polémico, de la aplicación provisional. Por ello, se consideraba esencial que la cuestión se reflejase en el proyecto de directrices, tomando como base un análisis ulterior.

277. Además, varios miembros opinaron que los artículos 27 y 46 eran aplicables en caso de aplicación provisional y debían ser tenidos en cuenta también en el proyecto de directrices. No obstante, se expresó asimismo la opinión de que era necesario analizar la relevancia del derecho interno en relación con la aplicación provisional de manera diferente a cuando un tratado estaba en vigor, si bien teniendo en cuenta la cuestión de si la aplicación provisional producía efectos jurídicos en que se basaban otros Estados. Se sugirió que se examinase la cuestión de si el término "manifiesta" del artículo 46 debía interpretarse de forma más flexible en el caso de una aplicación provisional, teniendo en cuenta la práctica de los Estados. Además, algunos miembros observaron que aplicar *mutatis mutandis* a la aplicación provisional las garantías y limitaciones procedimentales relativas al consentimiento en obligarse por un tratado haría que el régimen de la aplicación provisional perdiera su sentido. En muchos casos se recurría a la aplicación provisional precisamente porque no se habían completado todavía los procedimientos constitucionales para obligarse por el tratado. Solo si la decisión de aplicar provisionalmente un tratado fuera contraria a una norma de importancia fundamental del derecho interno relativa a la competencia para obligarse por un tratado cabría hablar de nulidad.

d) Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación

278. En cuanto a la terminación de la aplicación provisional, algunos miembros mostraron su acuerdo con la conclusión del Relator Especial de que el artículo 60 podía aplicarse en caso de aplicación provisional dado que esta producía los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviera en vigor. No obstante, al mismo tiempo, se expresó la opinión de que no era probable que un Estado hiciera uso del procedimiento previsto en el artículo 60, cuando el artículo 25, párrafo 2, proporcionaba una alternativa menos engorrosa.

279. Algunos miembros señalaron que el artículo 25, párrafo 2, implicaba un régimen diferente y más flexible que el enunciado en la Convención de Viena de 1969 con respecto a los tratados que estaban en vigor. Se recordó que la conferencia diplomática en que se aprobó la Convención de Viena de 1969 incorporó la cláusula de terminación en el artículo 25, en vez de basarse en las disposiciones generales de terminación incluidas en la Convención. Se expresó la opinión de que el artículo 25, párrafo 2, establecía el único medio por el que un Estado podía, por propia iniciativa, poner término a su obligación de aplicar provisionalmente el tratado. A este respecto, por lo menos en lo que concierne a la terminación, la aplicación provisional constituía un régimen autónomo. No obstante, también se observó que, a diferencia de otras normas sobre terminación de la Convención de Viena de 1969, el artículo 60 era asimismo relevante con respecto a la aplicación provisional, puesto que los dos artículos funcionaban de manera diferente. Mientras que el artículo 25, párrafo 2, daría fin a cualquier efecto que produjera el tratado con respecto al Estado que notificaba la terminación en sus relaciones con los Estados notificados, el artículo 60 podía ser invocado como causa para suspender o dar por terminada la aplicación

provisional de un tratado solo en las relaciones entre el Estado afectado y el Estado autor de la violación.

280. Por lo que respecta al análisis de la relación entre la aplicación provisional y el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, se recordó que el párrafo 3 de dicho artículo establecía las condiciones en las que se producía una violación grave de un tratado después de su entrada en vigor. Se señaló que, por consiguiente, el Relator Especial debería haber abordado la cuestión de si una violación grave de un tratado que se aplicaba provisionalmente podía producirse en las mismas circunstancias que las previstas en el artículo 60. Además, se observó que el informe no distinguía entre la terminación del tratado como tal y la terminación de la aplicación provisional, que daba lugar, esta última, a la suspensión de la aplicación de un tratado, prevista en la misma disposición. En consecuencia, no se había examinado la cuestión de si una violación grave de un tratado que se aplicaba provisionalmente facultaba a las partes para alegar la violación como causa no solo para suspender la aplicación provisional del tratado sino también para dar por terminado el tratado mismo. Se sugirió que se ampliara el análisis de los artículos 25 y 60 tomando como base la práctica de los Estados, a fin de formular proyectos de directriz que reflejaran tanto la cuestión de la terminación como la de la suspensión, aclarando así la forma en que se veía afectada la relación entre las distintas partes.

281. Además, en lo referente a la cuestión del tipo de vulneración que constituía una violación grave a los fines del artículo 60, párrafo 3, se señaló que la conclusión del Relator Especial de que una vulneración trivial de una disposición que se consideraba esencial podía constituir una violación de esa índole no era totalmente correcta. Se llamó la atención sobre un laudo reciente en el que un tribunal de arbitraje había llegado a la conclusión de que la terminación de un tratado a raíz de una violación grave solo estaba justificada si la violación frustraba el objeto y fin del tratado. No obstante, se sugirió también que se examinara la cuestión de si la expresión "violación grave" del artículo 60 debía interpretarse de manera más flexible en el caso de la aplicación provisional. Se dijo además que no era posible hablar de violación grave en el contexto de la aplicación provisional, sino más bien de incumplimiento de las obligaciones convencionales, y que los efectos de una violación grave en el sentido del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 no eran aplicables puesto que no existía ninguna relación convencional en ese momento. También se dijo que la relación entre la aplicación provisional y otras formas de terminación previstas en la Convención de Viena de 1969 merecía igualmente ser examinada.

e) Casos de sucesión de Estados, de responsabilidad de un Estado o de ruptura de hostilidades

282. Algunos miembros coincidieron con el Relator Especial en que, si bien la información contenida en el cuarto informe sobre la sucesión de Estados era importante, no era necesario a los efectos del tema profundizar en el examen de esas cuestiones. No obstante, algunos otros miembros llamaron la atención sobre los artículos pertinentes de la Convención de Viena de 1978, que tenía en cuenta la naturaleza y las características del tratado, en particular si era un tratado bilateral o un tratado multilateral abierto o cerrado y si el tratado en cuestión estaba en vigor. Se sugirió asimismo que sería útil un examen de la práctica de los Estados. Además, algunos miembros se mostraron partidarios de que se abordara la cuestión de la sucesión en el proyecto de directrices.

f) Proyecto de directriz 10

283. En cuanto al proyecto de directriz 10, algunos miembros reconocieron que estaba basado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 y que, por tanto, era en sí mismo inobjetable. En opinión de otros, había que ampliar el proyecto de directriz para

tener en cuenta los supuestos en que el acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado limite la aplicación provisional al remitirlo al derecho interno.

284. No obstante, algunos miembros lamentaron que el informe no fundamentara plenamente el contenido del proyecto de directriz. Por ejemplo, no estaba claro si el proyecto de directriz reflejaba la norma enunciada en el artículo 27 de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, o si concernía a disposiciones del derecho interno relativas a la competencia para convenir en aplicar provisionalmente un tratado, como parecía indicar la referencia al artículo 46. Algunos miembros observaron que cabía interpretar que el proyecto de directriz daba a entender que el derecho interno era siempre irrelevante e ignoraba el hecho de que los Estados pueden limitar la aplicación provisional de los tratados remitiéndose al derecho interno. Esto era distinto de la invocación sustantivamente inválida del derecho interno prevista en el artículo 27 y se consideraba importante que esa cuestión se reflejase en el proyecto de directrices. También se dijo que el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 debía desarrollarse más en el proyecto de directriz y que no era suficiente limitarlo a una cláusula "sin perjuicio". Así pues, el proyecto de directriz debía abordar situaciones análogas a los artículos 27 y 46.

285. Algunos miembros opinaron que, en vez de incorporar determinadas disposiciones de la Convención de Viena de 1969 en el proyecto de directrices, como trataba de hacerse en el proyecto de directriz 10, tal vez fuera más apropiado contar con una directriz general que indicase que, a menos que el acuerdo por el que se establecía la aplicación provisional dispusiera lo contrario, las disposiciones de la Convención de Viena de 1969, en la medida en que fueran pertinentes, eran aplicables a la aplicación provisional de un tratado.

g) Práctica de las organizaciones internacionales en relación con la aplicación de los tratados

286. Varios miembros consideraron interesante la información contenida en el informe acerca de la práctica de las organizaciones internacionales. Se alentó al Relator Especial a que ampliara la sección relativa a las organizaciones regionales, en especial con respecto a la Unión Africana, para que el enfoque fuera más incluyente. No obstante, observaron que no estaba claro qué conclusiones se podían extraer de la información facilitada. Otros miembros estimaron que la información facilitada era pertinente para una mejor comprensión de la práctica de los Estados. También se señaló que se examinaban dos formas muy diferentes de práctica. Algunos miembros opinaron que, mientras que la información concerniente a la práctica relativa al registro, el depósito y la publicación de tratados no parecía relevante para el tema, la información sobre los tratados en que era parte una organización resultaba sumamente pertinente. Era en esta última categoría en la que había que profundizar. A este respecto, algunos miembros pidieron un estudio comparativo más a fondo sobre la aplicación provisional de los tratados en los que participaban Estados, por una parte, y aquellos en los que participaban organizaciones internacionales, por otra.

287. Por lo que respecta a la propuesta de que se recomendase la revisión de los reglamentos y manuales de la Secretaría con respecto a sus funciones de registro y depósito, algunos miembros expresaron sus dudas de que esta cuestión entrara dentro del alcance del tema. Aunque también se dijo que tal revisión sería valiosa, se sugirió que podría examinarse la cuestión en una fase posterior.

h) Labor futura

288. En lo que se refiere a la labor futura sobre el tema, se sugirió que era esencial un análisis exhaustivo de las disposiciones convencionales que establecían la aplicación provisional para lograr una comprensión más en profundidad del tema. Se observó que parecía haber una abundante práctica estatal relevante para el tema y que llevar a cabo un

análisis comparativo de las disposiciones convencionales relevantes podía ayudar a comprender la aplicación provisional y su relación con la plena aplicación de un tratado. Además, se señaló que sería especialmente útil un estudio comparativo de las disposiciones de acuerdos que establezcan la aplicación provisional condicionándola al derecho interno.

289. Se dijo que los trabajos futuros también debían arrojar conclusiones del análisis ya iniciado de la relación entre la aplicación provisional y otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969. Se sugirió asimismo que, en informes futuros, podían examinarse las cuestiones de las declaraciones interpretativas hechas por Estados que aplicaban provisionalmente un tratado y las declaraciones hechas por Estados con objeto de no aplicar provisionalmente un tratado.

290. Con respecto a la propuesta del Relator Especial de examinar la cuestión de la aplicación de los tratados que consagran los derechos de las personas, se dijo que esa cuestión debía abordarse con gran cautela, teniendo en cuenta la práctica de los Estados.

291. Varios miembros se felicitaron de la intención del Relator Especial de preparar cláusulas modelo. No obstante se aconsejó prudencia frente al intento de analizar el sentido de cada cláusula, que podía afectar el sentido que los Estados habían atribuido ya a tales cláusulas en tratados existentes. Se señaló asimismo que quizás fuera más adecuado elaborar una lista indicativa de cláusulas modelo.

3. Conclusiones del Relator Especial

292. El Relator Especial recordó que, desde el comienzo del examen del tema por la Comisión, la mayoría de los miembros habían subrayado la necesidad de examinar la relación entre el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y sus otras disposiciones. Algunos miembros habían indicado las disposiciones que, a su juicio, eran especialmente pertinentes a estos efectos, como los artículos 46 y 60. Un análisis de ese tipo se había considerado oportuno al objeto de arrojar más luz sobre el régimen de la aplicación provisional. Sobre esta base había preparado el Relator Especial su cuarto informe. El Relator Especial indicó que esta tarea se completaría en el quinto informe, en el que probablemente examinaría la relación entre la aplicación provisional y el artículo 34 de la Convención de Viena de 1969, concerniente a los terceros Estados. Aunque no era su intención proponer un proyecto de directriz para cada disposición de la Convención que se había examinado, el Relator Especial subrayó que los informes, todos juntos, permitirían conocer mejor qué artículos eran más relevantes para el régimen de la aplicación provisional y, en última instancia, presentar el contexto general en el que se aplica el artículo 25.

293. El Relator Especial observó que varios miembros habían insistido en el valor práctico de este tema para los Estados. Aunque estaba de acuerdo en que había que abordar el tema de manera sistemática, también consideraba importante tener en cuenta y reflejar las opiniones y propuestas concretas de los Estados al desarrollarlo.

294. El Relator Especial no estaba de acuerdo con la sugerencia de que el artículo 25 podía constituir un régimen autónomo, ya que esa proposición podía afectar negativamente al concepto de universalidad del derecho internacional y limitar los efectos jurídicos que se habían identificado en relación con la aplicación provisional. La Comisión no debía examinar el tema como una cuestión de *lex specialis*. Si, en lugar de ello, se reconocía que un tratado aplicado provisionalmente producía efectos jurídicos como si el tratado estuviera en vigor, como efectivamente se había admitido, entonces la tarea consistiría en identificar las normas de derecho internacional general que se aplicarían en situaciones concretas y, así, proporcionar orientación a los Estados. A este respecto, el Relator Especial consideraba interesante la propuesta de elaborar un proyecto de directriz general que estableciera que la

Convención de Viena de 1969 se aplicaba, *mutatis mutandis*, a los tratados aplicados provisionalmente.

295. El Relator Especial observó además que, en el estudio del tema, extraer conclusiones basadas en la analogía había estado justificado dadas las circunstancias, dado que, a su juicio, la práctica había sido escasa o inaccesible. Esta metodología no era inusual.

296. Si bien el Relator Especial estaba totalmente de acuerdo en que sería útil llevar a cabo un análisis comparativo de los tratados que preveían la aplicación provisional, recordó las dificultades con que había tropezado para obtener la información pertinente. Abundó en la relevancia de la información proporcionada por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos sobre el tema. Explicó que la Sección de Tratados había tenido que crear una herramienta específica para realizar la búsqueda que llevó a identificar los tratados que contenían cláusulas de aplicación provisional, pero aclaró que esa información no era accesible para usuarios externos. Asimismo, subrayó que era muy difícil identificar todos los actos relacionados con la aplicación provisional, dadas las limitaciones de los criterios de búsqueda de la *Treaty Series*. El valor añadido de la información recogida en el cuarto informe era que ponía de manifiesto que había un gran número de tratados que aparentemente contenían cláusulas de aplicación provisional, así como un registro de actos relacionados con la aplicación provisional; al mismo tiempo, ponía de manifiesto la dificultad de obtener tal información; esa era la razón de que aún no hubiera sido posible tener una visión general de la práctica en esa materia.

297. El Relator Especial hizo hincapié además en que la Comisión parecía estar pasando por alto el hecho de que el reglamento para el registro de tratados, el *Repertorio de la Práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*[1460] y los manuales sobre el derecho y la práctica de los tratados[1461] fueron elaborados, no sobre la base del régimen jurídico establecido por el artículo 25, sino basándose en criterios anteriores a la Convención de Viena de 1969. Ello influía en la práctica de los Estados, ya que estos utilizaban esos documentos como guía al referirse a la aplicación provisional. Además, como el asesoramiento prestado a los Estados por la Sección de Tratados, a petición de aquellos, también seguía esos criterios, podía inducirlos a error. Por consiguiente, era muy posible que la práctica de los Estados se desviara del régimen jurídico establecido en el artículo 25.

298. En cuanto a la información que reflejaba la práctica de las organizaciones regionales, el Relator Especial convenía en que sería útil ampliar esta sección para incluir a la Unión Africana.

299. Por lo que respecta al debate sobre las reservas, el Relator Especial reiteró que no se había encontrado, en las deliberaciones ni en sus investigaciones, con ninguna disposición que se refiriese específicamente a la posibilidad de formular una reserva en relación con la aplicación provisional. Aunque algunos de los ejemplos mencionados durante el debate merecían ser examinados más a fondo, otros, a su juicio, no constituían propiamente reservas. Reiteró además que la guía sobre las reservas no decía nada acerca de la aplicación provisional y que el párrafo 5) del comentario de la directriz 2.2.2 se refería vagamente a esta cuestión, pero como una posibilidad hipotética, sin mencionar ninguna práctica al respecto.

[1460] Se puede consultar en www.un.org/law/repertory.

[1461] *Manual de Tratados* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.02.V2); *Cláusulas Finales de Tratados Multilaterales – Manual* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.04.V.3), y *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties* (ST/LEG/7/Rev.1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.94.V.15).

300. El Relator Especial reiteró que los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969, al mencionar el derecho interno de los Estados, se referían en realidad a dos aspectos diferentes, pero que creaban un régimen complementario. Mostró su acuerdo con los miembros que estimaban que los artículos 27 y 46 debían tenerse en cuenta en el proyecto de directrices y señaló que esa había sido su intención al elaborar el proyecto de directriz 10. Además, estuvo de acuerdo también en que el futuro proyecto de directrices debía abordar los supuestos en que el acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado limitaba la aplicación provisional del tratado remitiéndose al derecho interno.

Capítulo XIII
Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A. Solicitudes de la Comisión a la Secretaría de que prepare estudios sobre dos temas del programa de la Comisión

301. En su 3303ª sesión, celebrada el 24 de mayo de 2016, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparase un memorando sobre los medios de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, en el que analizara la situación actual de esa prueba y sugiriera mejoras.

302. En su 3347ª sesión, celebrada el 12 de agosto de 2016, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparase un memorando en el que analizara la práctica de los Estados respecto de los tratados (bilaterales y multilaterales), registrados o depositados ante el Secretario General, que prevean la aplicación provisional, incluidas las actuaciones convencionales relacionadas con ella.

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

303. En su 3300ª sesión, celebrada el 18 de mayo de 2016, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el período de sesiones en curso.

304. El Grupo de Planificación celebró cuatro sesiones. Tuvo ante sí la Sección H del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su septuagésimo período de sesiones, titulada “Otras decisiones y conclusiones de la Comisión”; el documento A/71/6 (prog. 6), proyecto de marco estratégico para el período 2018-2019: el programa 6 (Departamento de Asuntos Jurídicos); la resolución 70/236 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2015, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor de su 67º período de sesiones; y la resolución 70/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2015, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

305. En su segunda sesión, el 8 de junio de 2016, el Grupo de Planificación tomó nota del proyecto de marco estratégico para el período 2018-2019 (A/71/6), que incluía el subprograma 3 (Desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional) del programa 6 (Departamento de Asuntos jurídicos).

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

306. En su primera sesión, celebrada el 3 de junio de 2016, el Grupo de Planificación decidió volver a constituir para el período de sesiones en curso el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, bajo la Presidencia del Sr. Donald M. McRae. En su cuarta sesión, celebrada el 29 de julio de 2016, el Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación su informe sobre la labor llevada a cabo durante el quinquenio.

307. La Comisión señaló que ya había recomendado en el presente quinquenio la inclusión en su programa de trabajo a largo plazo de los temas: a) Crímenes de lesa humanidad; y b) *Ius cogens*. Estos dos temas ya estuvieron incluidos en el programa de

trabajo en curso de la Comisión, en sus períodos de sesiones 65º (2013)[1462] y 66º (2014)[1463], respectivamente.

308. En el actual período de sesiones, la Comisión, siguiendo la recomendación del Grupo de Trabajo, decidió recomendar la inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de los siguientes temas:

a) El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales; y

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

309. Para seleccionar los temas, la Comisión se guio por la recomendación que hizo en su 50º período de sesiones (1998) en cuanto a los criterios para la selección de los temas, 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. 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[1464]. La Comisión consideró que esos dos temas constituyen aportaciones útiles al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Los resúmenes de los dos temas seleccionados aparecen como anexos A y B del presente informe.

310. La Comisión recuerda que hay otros cinco temas en el programa de trabajo a largo plazo provenientes de quinquenios anteriores, a saber: a) Propiedad y protección de restos de naufragios que se encuentran fuera de los límites de la jurisdicción marítima nacional[1465]; b) Inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales[1466]; c) Protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información[1467]; d) Jurisdicción extraterritorial[1468]; y e) La norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones[1469].

311. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo había examinado, al comienzo del actual quinquenio, sus métodos de trabajo teniendo en cuenta su práctica de larga data en la selección de temas. La Comisión señaló que el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo había considerado que el proceso de tres fases establecido, consistente en: a) identificación de posibles temas; b) preparación de un documento breve sobre un tema determinado; y c) preparación de un resumen más detallado, constituía una buena base para llevar a cabo su labor. Ese procedimiento permitía un amplio intercambio de opiniones sobre un tema concreto y, al mismo tiempo, constituía un buen medio de asegurar la viabilidad de un tema. Además, si bien el Grupo de Trabajo era consciente de que la decisión de incluir nuevos temas en el

[1462] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 169 y anexo B.

[1463] *Ibid., sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/69/10), párr. 268 y anexo.

[1464] *Anuario..., 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 553. Véase también *Anuario..., 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 238.

[1465] *Ibid., 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 248 y anexo II, *Addemdum* 2.

[1466] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/61/10), párr. 257 y anexo B.

[1467] *Ibid.*, anexo C.

[1468] *Ibid.*, anexo D.

[1469] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párr. 365 y anexo D.

programa de trabajo a largo plazo se había adoptado generalmente al final del quinquenio, consideró apropiado tomar esas decisiones en el transcurso del presente quinquenio[1470].

312. La Comisión también observó que había determinado la necesidad de llevar a cabo una revisión sistemática de la labor de la Comisión y un examen de posibles futuros temas de examen. A este fin, había solicitado a la Secretaría en 2014 que, a la luz de los acontecimientos posteriores, estudiara el plan ilustrativo general de temas que había preparado la Comisión en 1996 y elaborase una lista de posibles temas, acompañada de breves notas aclaratorias, antes de que acabase el presente quinquenio. En respuesta a esa solicitud, la Secretaría había preparado dos memorandos, el primero en 2015, en el que examinaba la lista de temas elaborada en 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores (A/CN.4/679), y el segundo para el actual período de sesiones sobre "Posibles temas de examen teniendo en cuenta la revisión de la lista de temas elaborada en 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores" (A/CN.4/679/Add.1), que contiene seis documentos de trabajo con breves notas aclaratorias sobre posibles temas para el examen del Grupo de Trabajo.

313. La Comisión acogió complacida los dos memorandos preparados por la Secretaría y tomó nota de los seis posibles temas propuestos por la Secretaría, a saber: a) "Principios generales del derecho"; b) "Acuerdos internacionales celebrados con o entre sujetos de derecho internacional que no sean Estados u organizaciones internacionales"; c) "Reconocimiento de Estados"; d) "Delimitación y demarcación de fronteras terrestres"; e) "Indemnización en virtud del derecho internacional"; y f) "Principios de prueba en derecho internacional". La Comisión recomendó que los seis posibles temas siguieran siendo examinados por el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo en el 69º período de sesiones de la Comisión (2017).

2. Examen de la resolución 70/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2015, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional

314. La Asamblea General, en su resolución 70/118, de 14 de diciembre de 2015, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras cosas, reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, formulara observaciones sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho. Desde su 60º período de sesiones (2008), la Comisión ha venido formulando observaciones anualmente sobre su papel en la promoción del estado de derecho. La Comisión señala que las observaciones que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008 (A/63/10) siguen siendo pertinentes y reitera las formuladas en sus períodos de sesiones anteriores[1471].

315. 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.

316. Teniendo presente en toda su labor el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional, y su objetivo es promover el respeto del estado de derecho en el plano internacional.

[1470] Véase el párr. 307 *supra*.

[1471] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 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.

317. 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[1472].

318. 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)"[1473], sin hacer hincapié en uno a expensas de los otros. En este contexto, la Comisión tiene presente que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reconoce la necesidad de un estado de derecho efectivo y una buena gobernanza a todos los niveles[1474]. 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 que tiene ante sí el estado de derecho.

319. Recordando que la Asamblea General ha destacado la importancia de fomentar el intercambio de las mejores prácticas nacionales sobre el estado de derecho[1475], 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.

320. Teniendo presente el papel de los procesos de los tratados multilaterales en la promoción del estado de derecho[1476], la Comisión recuerda que su labor en relación con diferentes temas ha propiciado varios procesos de tratados multilaterales que han dado lugar a la aprobación de una serie de estos tratados[1477].

321. En el curso del actual período de sesiones, la Comisión ha seguido contribuyendo al estado de derecho, entre otras cosas mediante su labor sobre los temas "Protección de las personas en caso de desastre" (aprobado en segunda lectura en el actual período de sesiones), "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados" (aprobado en primera lectura en el actual período de sesiones), "Aplicación provisional de los tratados", "Identificación del derecho internacional consuetudinario" (aprobado en primera lectura en el actual período de sesiones), "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados", "Protección de la atmósfera", "Crímenes de lesa humanidad" y *"Ius cogens"*.

322. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

[1472] Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 2012 ("Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional"), párr. 41.

[1473] 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 situación de conflicto y posteriores a los conflictos, S/2013/341, 11 de junio de 2013, párr. 70.

[1474] Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 21 de octubre de 2015, párr. 35.

[1475] Resolución 70/118 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2015, párrs. 13 y 19.

[1476] Resolución 70/118 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2015, párr. 8.

[1477] Véase más específicamente *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 294.

3. Examen de los párrafos 9 a 12 de la resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones

323. La Comisión tomó nota de los párrafos 9 a 12 de la resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015. En los párrafos 10 y 11 de dicha resolución, la Asamblea observó que la Comisión había afirmado su deseo de que se estudiase la posibilidad de celebrar en Nueva York la mitad de un período de sesiones en el próximo quinquenio y había indicado que, teniendo en cuenta los gastos estimados y los factores administrativos, de organización y otros factores pertinentes, cabía prever dicha posibilidad en la primera parte de un período de sesiones, ya fuera en el primer año (2017) o en el segundo año (2018) del próximo quinquenio. La Asamblea tomó nota de la recomendación formulada por la Comisión de Derecho Internacional en el párrafo 298 de su informe de 2015 de que se procediese con la labor preparatoria y las previsiones partiendo de la base de que la primera parte de su 70º período de sesiones (2018) se celebraría en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, y tomó nota también de la solicitud de la Comisión de que la Secretaría procediera a adoptar las disposiciones necesarias a tal efecto, a fin de facilitar la adopción de la decisión correspondiente por la Comisión en su 68º período de sesiones, en 2016.

324. Tras haber recibido más información de la Secretaría de que, teniendo en cuenta los gastos estimados y los factores administrativos, de organización y otros factores pertinentes, sería factible celebrar en Nueva York una parte de un período de sesiones, ya fuera en el primer año (2017) o en el segundo año (2018) del próximo quinquenio, la Comisión consideró que lo más conveniente sería hacerlo en su 70º período de sesiones, en 2018.

325. Se observó que 2017 sería el primer año del quinquenio para los miembros de la Comisión que se eligieran en el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General. Un período de sesiones en la sede de la Comisión, en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, sería óptimo para la adaptación de los nuevos miembros a la labor de la Comisión. Además, se reconoció que la Comisión celebraría su 70º período de sesiones en 2018, y que celebrar una parte de ese período de sesiones en Nueva York podría servir para intensificar el diálogo entre la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión.

326. Así pues, la Comisión recomienda que la primera parte de su 70º período de sesiones se celebre en Nueva York, y pide a la Secretaría que proceda a adoptar las disposiciones administrativas y de organización necesarias para facilitar la celebración de dicho período de sesiones en Nueva York. Se subrayó en particular la necesidad de asegurar el acceso a las instalaciones de la biblioteca en la Sede, así como el acceso electrónico a los recursos y la asistencia para la investigación de la biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. También se hizo hincapié en la necesidad de asegurar el acceso a las reuniones de la Comisión de los ayudantes de los miembros de la Comisión, así como de contar con espacio suficiente para que estos asistan a las reuniones.

4. Celebración del 70º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional

327. La Comisión recomienda que en su 70º período de sesiones, en 2018, se celebre un acto para conmemorar su 70º aniversario. El acto conmemorativo podría celebrarse en dos partes; la primera, en la primera parte de su 70º período de sesiones en Nueva York, y la segunda, en la segunda parte de su 70º período de sesiones en Ginebra.

328. La Comisión recomienda que en la primera parte de su 70º período de sesiones, que se recomienda se celebre en Nueva York:

a) Tenga lugar una sesión solemne de la Comisión, de medio día de duración, a la que se invite a dignatarios de alto nivel;

b) Tenga lugar una sesión informal, de medio día de duración, con los delegados de la Sexta Comisión de la Asamblea General para intercambiar opiniones acerca de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, la relación entre esta y la Sexta Comisión, y el papel de ambos órganos en la promoción del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

329. La Comisión recomienda que, en la segunda parte de su 70º período de sesiones en Ginebra, se organice una conferencia de un día y medio de duración, dedicada a la labor de la Comisión, con asesores jurídicos de Estados y organizaciones internacionales, representantes del mundo académico y otros destacados juristas internacionales.

330. La Comisión recomienda también que se presente y debata en forma apropiada un informe de esas sesiones en la reunión anual de asesores jurídicos en Nueva York.

331. La Comisión recomienda además que el acto conmemorativo se plasme en una publicación.

332. La Comisión pide a la Secretaría que, en consulta con el Presidente de la Comisión y con el Presidente del Grupo de Planificación, comience a adoptar disposiciones para la celebración del acto conmemorativo.

5. Honorarios

333. La Comisión reitera su opinión, expresada en informes anteriores de la Comisión[1478], 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. La Comisión insiste en que esa resolución afecta especialmente a los relatores especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación.

6. Documentación y publicaciones

334. La Comisión reiteró su reconocimiento de la especial relevancia y el notable valor que tienen para la labor de la Comisión las publicaciones jurídicas preparadas por la Secretaría[1479]. Recordó una vez más que la División de Codificación había logrado agilizar

[1478] Véase *Documentos Oficinales de la Asamblea General, 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* (A/65/10), párr. 396, e *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; e *ibid., septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10), párr. 299.

[1479] Véase *ibid., sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/62/10), párrs. 387 a 395. Véase también *ibid., sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 185.

de manera significativa la publicación de sus obras gracias a su iniciativa de maquetación electrónica, de resultados muy satisfactorios, con la que se había mejorado enormemente la publicación oportuna y la relevancia de esas publicaciones para la labor de la Comisión durante más de una década. La Comisión expresó su profunda preocupación por la reducción y suspensión de esa iniciativa debido a la falta de recursos, así como su gran pesar por que, como consecuencia de ello, en el actual período de sesiones no se hubieran distribuido nuevas publicaciones jurídicas.

335. La Comisión manifestó su firme convencimiento de que era esencial que se reanudara esa iniciativa al objeto de asegurar la publicación oportuna de esas obras jurídicas, en particular *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, herramienta fundamental para la labor de la Comisión de la que era necesario disponer lo antes posible en los diversos idiomas oficiales y, por consiguiente, la Comisión instó a que se reanudara la iniciativa de maquetación electrónica. La Comisión reiteró nuevamente la especial relevancia y el gran valor que las publicaciones jurídicas preparadas por la División de Codificación tenían para su labor y reiteró su solicitud de que esa División continuase facilitándole esas publicaciones.

336. La Comisión reiteró su satisfacción porque las actas resumidas de la Comisión, que constituían trabajos preparatorios indispensables para el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, no fueran a ser objeto de restricciones arbitrarias de su longitud. La Comisión observó con satisfacción una vez más que las medidas implantadas en su 65º período de sesiones (2013) para racionalizar la preparación de las actas resumidas de la Comisión hubieran dado lugar a una remisión más expeditiva de esas a los miembros de la Comisión, para que realizaran los cambios que procedieran, y a su pronta publicación. La Comisión pidió a la Secretaría que siguiera esforzándose por mantener las medidas en cuestión a fin de asegurar la remisión expeditiva de las actas provisionales a los miembros de la Comisión. La Comisión también celebró el hecho de que los nuevos 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, sin poner en peligro su integridad.

337. 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 la tramitación oportuna y eficiente de la documentación de la Comisión, a menudo con plazos ajustados. En particular, tomó nota con satisfacción de la adopción de una serie de medidas experimentales a fin de agilizar la edición de los documentos de la Comisión tras los intercambios mantenidos entre la Secretaría de la Comisión y la Sección de Edición de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Las nuevas disposiciones contribuyeron a mejorar los documentos examinados por la Comisión y facilitaron su labor.

338. No obstante, la Comisión expresó inquietud por que la publicación en todos los idiomas oficiales de algunos informes de relatores especiales se hubiera retrasado, lo que alteró su programa de trabajo. Señaló que la tramitación oportuna y eficiente era esencial para que la labor de la Comisión se llevara a cabo de manera fluida.

339. La Comisión reafirma su compromiso con el multilingüismo y recuerda la importancia esencial que se da en su labor a la igualdad de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, como se destaca en la resolución 69/324 de la Asamblea General, de 11 de septiembre de 2015. Este compromiso se refleja, entre otras cosas, en la práctica establecida de la Comisión de debatir en sesión plenaria los informes de los relatores especiales una vez que han sido publicados en todos los idiomas oficiales. En este sentido, la Comisión desea destacar que las medidas de carácter muy excepcional a las que se ha recurrido en el actual período de sesiones en relación con el debate del tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” (véase cap. XI) no han de constituir, en modo alguno, un precedente.

340. A este respecto, la Comisión: a) pide a la Secretaría que siga velando por que la documentación oficial de la Comisión se publique oportunamente en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas; y b) pide a los relatores especiales que presenten sus informes en los plazos fijados por la Secretaría.

341. La Comisión expresó su reconocimiento a la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, que seguía prestando asistencia a los miembros de la Comisión con eficiencia y competencia.

7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

342. La Comisión reiteró que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* era crucial para entender la labor de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, así como en relación con el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. La Comisión tomó nota de que la Asamblea General, en su resolución 70/236, 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.

343. La Comisión recomienda que la Asamblea General, al igual que en su resolución 70/236, *exprese su satisfacción* por los notables avances logrados en los últimos años en la eliminación del retraso de la publicación del *Anuario* en los seis idiomas oficiales y acoja con beneplácito los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, especialmente la Sección de Edición, para hacer efectivo el cumplimiento de las resoluciones de la Asamblea General en que se pide que se reduzca el retraso; y que *aliente* a la División de Gestión de Conferencias a que siga prestando todo el apoyo necesario para que la Sección de Edición avance con el *Anuario*.

8. Asistencia de la División de Codificación

344. 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 la preparación de estudios de investigación detallados sobre aspectos relacionados con los temas que están siendo examinados, con arreglo a las solicitudes de la Comisión. En particular, la Comisión expresó su agradecimiento a la Secretaría por la preparación del memorando relativo a 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 (A/CN.4/691), y el memorando relativo a la información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que puede ser de relevancia para la futura labor de la Comisión de Derecho Internacional (A/CN.4/698), así como por la preparación de seis documentos de trabajo sobre posibles temas futuros para el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión (A/CN.4/679/Add.1).

9. Sitios web

345. La Comisión manifestó su profundo reconocimiento a la Secretaría por el sitio web sobre la labor de la Comisión, y le pidió que siguiera actualizándolo y gestionándolo[1480]. Reiteró que ese y otros sitios web gestionados por la División de Codificación[1481] constituían un recurso inestimable para la Comisión, así como para el círculo más amplio de especialistas que investigaban sobre la labor de la Comisión, con lo que se contribuía a

[1480] http://legal.un.org//ilc.

[1481] En general, puede consultarse en: http://www.un.org/law/lindex.htm.

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 en el sitio web sobre la labor de la Comisión figurase información sobre el estado actual de los temas del programa de la Comisión, así como versiones preliminares de las actas resumidas de la Comisión.

10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

346. La Comisión observó con reconocimiento una vez más el extraordinario valor de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas para promover un mejor conocimiento del derecho internacional y de la labor de las Naciones Unidas en este ámbito, incluida la Comisión de Derecho Internacional[1482].

C. Fecha y lugar de celebración del 69º período de sesiones de la Comisión

347. La Comisión decidió que el 69º período de sesiones de la Comisión se celebre en Ginebra del 1 de mayo al 2 de junio y del 3 de julio al 4 de agosto de 2017.

D. Cooperación con otros órganos

348. En la 3317ª sesión, celebrada el 8 de julio de 2016, el Magistrado Abraham, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión de las recientes actividades judiciales de la Corte[1483]. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

349. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por uno de sus miembros, el Sr. Gélin Imanès Collot, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3305ª sesión, celebrada el 26 de mayo de 2016[1484]. El orador presentó un panorama general de las actividades del Comité sobre diversas cuestiones jurídicas de las que se ocupaba este, centrándose en particular en el período 2015-2016. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

350. El Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por el Presidente del CAHDI, Sr. Paul Rietjens, y la Jefa de la División de Derecho Internacional Público y la Oficina de Tratados de la Dirección de Asesoramiento Jurídico y Derecho Internacional Público, Sra. Marta Requena, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la 3316ª sesión, celebrada el 7 de julio de 2016[1485]. Los oradores centraron sus intervenciones en las actividades actuales del CAHDI en el ámbito del derecho internacional público, así como en las del Consejo de Europa. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

351. El 20 de julio de 2016 tuvo lugar un intercambio informal de opiniones entre miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre temas de interés mutuo. Tras las intervenciones de la Directora de Derecho Internacional y Políticas Humanitarias del CICR y del Presidente de la Comisión, hubo exposiciones sobre los temas “Crímenes de lesa humanidad” y la “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”. También hubo exposiciones sobre las “Conclusiones de la 32ª Conferencia Internacional del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”

[1482] www.un.org/law/avl/.
[1483] La declaración se recoge en el acta resumida de esa sesión.
[1484] *Ibid.*
[1485] *Ibid.*

y sobre la "Interacción entre el derecho internacional humanitario y el marco jurídico que regula la lucha contra el terrorismo". Después de las exposiciones se celebró un debate[1486].

E. Representación en el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General

352. La Comisión decidió que en el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General estaría representada por su Presidente, Sr. Pedro Comissário Afonso.

F. Seminario de Derecho Internacional

353. De conformidad con la resolución 70/236 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2015, el 52º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones del 4 al 22 de julio de 2016, durante el actual período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a juristas jóvenes que se especializan en derecho internacional, así como a jóvenes profesores o funcionarios cuyo propósito es hacer carrera en el mundo académico, diplomático o funcionarial.

354. Asistieron al período de sesiones 22 participantes, de diferentes nacionalidades, procedentes de todas las regiones del mundo[1487]. Los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

355. Declaró abierto el Seminario el Presidente de la Comisión, Sr. Pedro Comissário Afonso. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra (ONUG), se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario. La coordinación científica del Seminario estuvo a cargo de la Universidad de Ginebra. Desempeñó las funciones de coordinador el Sr. Vittorio Mainetti, experto en derecho internacional de la Universidad de Ginebra, con la ayuda del Sr. Lorris Beverelli y la Sra. Yusra Suedi, asistentes jurídicos, y de la Sra. Alexandra Borgeaud, pasante de la Oficina de Enlace Jurídico de la ONUG.

[1486] Formularon declaraciones la Sra. Helen Durham, Directora de Derecho Internacional y Políticas del CICR y el Sr. P. Commissário Afonso, Presidente de la Comisión. Realizaron exposiciones el Sr. Sean D. Murphy, sobre los "Crímenes de lesa humanidad" y la Sra. Marie G. Jacobsson, sobre la "Protección de la atmósfera en relación con los conflictos armados". Asimismo realizaron exposiciones: el Sr. Knut Doermann, Oficial Jurídico Principal y Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del CICR, sobre las "Conclusiones de la 32ª Conferencia Internacional del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja"; y el Sr. Tristan Ferraro, Asesor Jurídico del CICR, sobre "La interacción entre el derecho internacional humanitario y el marco jurídico que regula la lucha contra el terrorismo".

[1487] Participaron en el Seminario las personas siguientes: Sr. Humberto Cantú Rivera (México), Sra. Hua Deng (China), Sra. Martina Filippiová (República Checa), Sra. Fong Mian Yi Seraphina (Singapur), Sr. Simón E. Gómez Guaimara (Venezuela), Sra. Sarah Hayes (Francia), Sr. Etienne Henry (Suiza), Sr. Alonso Emilio Illueca (Panamá), Sra. Fatma Fathy Khalifa (Egipto), Sra. Ayechan Lynn (Myanmar), Sr. Onésime Alain Ndi Bitan (Camerún), Sra. Nguyen Thi Tuong Van (Viet Nam), Sra. Irekpitan Okukpon (Nigeria), Sra. Edilen B. Pita Rodríguez (Cuba), Sr. Eric-Aimé Semien (Côte d'Ivoire), Sr. Evgeny Skachkov (Rusia), Sra. Oratile Slave (Botswana), Sr. Hidetaka Takeuchi (Japón), Sra. Sosena Tesfamichael Tefera (Etiopía), Sr. Manasawee Tonyoopaiboon (Tailandia), Sra. Maruša Veber (Eslovenia), Sr. Giovanny Vega-Barbosa (Colombia). El Comité de Selección, presidido por el Sr. Makane *Moïse* Mbengue, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, se reunió el 12 de abril de 2016 y seleccionó a 23 candidatos de entre 92 solicitudes. Uno de los candidatos seleccionados no pudo asistir al Seminario.

356. Los miembros de la Comisión que figuran a continuación pronunciaron las conferencias siguientes: Sr. Ernest Petrič, "La labor de la Comisión de Derecho Internacional"; Sr. Mathias Forteau, "Selección de nuevos temas por la Comisión de Derecho Internacional"; Sr. Dire Tladi, *"Ius cogens"*; Sir Michael Wood, "Identificación del derecho internacional consuetudinario"; Sr. Shinya Murase, "Protección de la atmósfera"; Sra. Concepción Escobar Hernández, "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado"; Sr. Pavel Šturma, "La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado"; Sr. Georg Nolte, "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados"; Sr. Sean D. Murphy, "Crímenes de lesa humanidad"; y Sra. Marie Jacobsson, "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados".

357. El Sr. Ove Bring, Profesor Emérito de la Universidad de Estocolmo y la Universidad de Defensa Sueca, y antiguo Asesor Jurídico Principal en derecho internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de Suecia, pronunció una conferencia sobre el tema: "Aspectos jurídicos de las controversias relacionadas con el patrimonio cultural: el síndrome del Partenón en las relaciones internacionales".

358. Se organizó una mesa redonda sobre la "Protección de las personas en caso de desastre" con los siguientes oradores: Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial sobre la protección de las personas en caso de desastre; Sr. Giulio Bartolini, Profesor de la Universidad de "Roma Tre"; Sra. Tessa Kelly, Oficial Superior para el tema del derecho relativo a los desastres de la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; Sr. Arnold Pronto, Oficial Jurídico Superior de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas; y Sr. Marco Toscano-Rivalta, Jefe de la Oficina del Representante Especial del Secretario General para la Reducción del Riesgo de Desastres de las Naciones Unidas.

359. Los participantes en el Seminario asistieron asimismo a un taller organizado por la Universidad de Ginebra sobre el tema "La participación en los beneficios y los recursos naturales en derecho internacional". Intervinieron los siguientes oradores: Profesora Danae Azaria (University College de Londres); Profesora Laurence Boisson de Chazournes (Universidad de Ginebra); Sr. Lucius Caflisch (Miembro de la Comisión de Derecho Internacional); Sr. Komlan Sangbana (Investigador de la Universidad de Ginebra); Sra. Raya Stephan (Consultora y Experta en Derecho del Agua) y Sra. Mara Tignino (Profesora de la Universidad de Ginebra). Asistieron además a la Conferencia anual Lalive por invitación del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo. La conferencia fue pronunciada por Sir Michael Wood y versó sobre el tema: "Elegir entre el arbitraje y la Corte Permanente: lecciones extraídas de casos entre Estados". Los participantes realizaron también una visita al Museo Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, así como al Museo "Descubrir las TIC" de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Visitaron también la Organización Mundial del Comercio (OMC) y asistieron a una conferencia sobre "La solución de diferencias en la OMC y el derecho internacional público" a cargo del Sr. Juan Pablo Moya Hoyos y el Sr. Geraldo Vidigal, de la División de Asuntos Jurídicos de la OMC.

360. En el Seminario se organizaron dos grupos de trabajo sobre "La determinación de nuevos temas para la Comisión de Derecho Internacional" y "Las consecuencias del *ius cogens* en el derecho de los tratados más allá de la invalidez". Cada uno de los participantes en el Seminario fue asignado a uno de los grupos. Dos miembros de la Comisión, el Sr. Mathias Forteau y el Sr. Dire Tladi, supervisaron y ofrecieron orientación a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones en la última sesión de trabajo del Seminario. Los informes fueron compilados y se distribuyeron a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

361. La República y Cantón de Ginebra ofreció su tradicional recepción en el Ayuntamiento de Ginebra, donde los participantes en el Seminario visitaron la Sala Alabama y asistieron a una recepción.

362. El Presidente de la Comisión, el Director del Seminario de Derecho Internacional y el Sr. Humberto Cantù Rivera, en nombre de los participantes en el Seminario, hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la ceremonia de clausura de este. Todos los participantes recibieron un certificado.

363. La Comisión observó con especial reconocimiento que, desde 2014, los Gobiernos de la Argentina, Austria, el Brasil, China, Finlandia, la India, Irlanda, México, el Reino Unido y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. El Circolo di diritto internazionale (CIDIR), una asociación privada para la promoción del derecho internacional con sede en Roma (Italia), también contribuyó al Seminario. Aunque la crisis financiera de los últimos años había afectado gravemente a los recursos financieros del Seminario, se concedió con cargo al Fondo Fiduciario un número suficiente de becas a candidatos con méritos, en especial procedentes de países en desarrollo, a fin de lograr una distribución geográfica adecuada entre los participantes. Este año se concedieron 11 becas (8 de viaje y manutención, 2 de manutención exclusivamente y 1 de viaje exclusivamente).

364. Desde 1965, año en el que se empezó a celebrar, han asistido al Seminario 1.185 participantes de 171 nacionalidades. De ellos, 724 han recibido beca.

365. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda que la Asamblea General haga un nuevo llamamiento a los Estados para que hagan contribuciones voluntarias a fin de que la celebración del Seminario en 2017 cuente con la más amplia participación posible.

Anexos

A. El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales

Sir Michael Wood

Introducción

1. La presente sinopsis de un posible tema tiene su origen en trabajos anteriores de la Comisión. Cabe recordar que en 2011 la Comisión aprobó en segunda lectura los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[1], de los cuales ha tomado nota la Asamblea General[2]. Ya en 2002, el Grupo de Trabajo sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales de la Comisión había mencionado "la necesidad ampliamente percibida de mejorar los métodos de arreglo de… controversias" en relación con la responsabilidad de las organizaciones internacionales[3]. En 2010 y 2011, la Comisión celebró un debate general sobre el arreglo pacífico de controversias, en el cual se examinaron varias sugerencias de futuros temas[4].

2. El tema propuesto se limitaría al arreglo de las controversias en que fueran parte organizaciones internacionales[5], lo que incluiría las controversias entre organizaciones internacionales y Estados (tanto miembros como no miembros) y las controversias entre organizaciones internacionales. No abarcaría las controversias en que las organizaciones internacionales no fueran parte sino que intervinieran de otro modo. En este sentido, quedaría excluido el arreglo de controversias bajo los auspicios de una organización internacional (como es el caso, por ejemplo, de la intervención de las Naciones Unidas en una controversia entre Estados Miembros mediante medidas adoptadas con arreglo al Capítulo VI de la Carta). Del mismo modo, quedarían fuera del alcance del tema las controversias en las que una organización internacional tan solo tuviera un interés, como una controversia entre Estados miembros por la interpretación del instrumento constitutivo de la organización[6].

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/66/10), párrs. 80 a 84.

[2] Resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

[3] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 100, párr. 486.

[4] Véanse las actas resumidas de sus sesiones plenarias celebradas los días 29 de julio de 2010, 31 de mayo de 2011 y 1 de junio de 2011: documentos A/CN.4/SR.3070, A/CN.4/SR.3095 y A/CN.4/SR.3096. En 2010 la Comisión tuvo ante sí una Nota de la Secretaría sobre cláusulas de solución de controversias (documento A/CN.4/623), y en 2011, un Documento de trabajo sobre el arreglo pacífico de controversias (documento A/CN.4/641).

[5] La expresión "organización internacional" debe ser entendida en el sentido de la definición que figura en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (art. 2 a)): "se entiende por 'organización internacional' una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Además de los Estados, las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros con otras entidades").

[6] Véase, por ejemplo, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, fallo, *I.C.J. Reports 1972*, págs. 46 y ss., en especial pág. 60, párr. 26, en el cual la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente: "La causa se presenta ante la Corte como una controversia ordinaria entre Estados (y efectivamente trae su origen de una controversia de ese tipo). Sin embargo, en el proceso incoado ante la Corte, es el acto de un tercer organismo, el Consejo de la OACI, lo que una de las partes ataca y la otra defiende".

3. El presente documento se centra fundamentalmente en las controversias que son internacionales, en el sentido de que se plantean a raíz de una relación regida por el derecho internacional. No abarca las controversias relativas al personal de las organizaciones internacionales ("derecho internacional administrativo"), ni tampoco las cuestiones derivadas de la inmunidad de las organizaciones internacionales. Posteriormente habría que decidir si también podrían quedar comprendidas determinadas controversias de derecho privado, como las suscitadas en torno a un contrato o las derivadas de un ilícito civil cometido por una organización internacional o contra esta[7].

4. La cuestión del tipo de resultado a que podrían dar lugar los trabajos relativos al tema en este ámbito tendría que examinarse con detenimiento. Entre otras opciones, se podrían presentar propuestas para desarrollar los procedimientos existentes o implantar otros nuevos para el arreglo de las controversias en que sean parte organizaciones internacionales o cláusulas modelo para su inclusión en los instrumentos o tratados pertinentes. Asimismo, la Comisión podría examinar la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, de 1982[8], a fin de comprobar hasta qué punto sus disposiciones podrían aplicarse a las organizaciones internacionales.

Cuestiones que cabría examinar en relación con el tema propuesto

5. Existen algunas dificultades evidentes comunes al arreglo de todas las controversias internacionales en que son parte organizaciones internacionales. Dichas dificultades se derivan del *acceso* restringido que estas tienen a los métodos tradicionales de arreglo de controversias internacionales y de las barreras a la *admisibilidad* de las reclamaciones presentadas tanto por las organizaciones internacionales como contra estas. Por otra parte, hacer extensivos a las organizaciones internacionales los mecanismos tradicionales de arreglo de controversias entre Estados presenta dificultades políticas. Las organizaciones internacionales no son Estados.

6. *Acceso.* Son varios los obstáculos que dificultan la sumisión de las controversias en que son parte organizaciones internacionales a los mecanismos de arreglo de controversias que los Estados tienen a su disposición[9]. Es más que evidente que las organizaciones internacionales no pueden comparecer como parte demandante o parte demandada en casos contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia, si bien algunas otras cortes y tribunales permanentes establecidos en ámbitos específicos están abiertos a ellas. El arbitraje sigue

[7] La solución de controversias relativas a esos asuntos debe tener en cuenta las inmunidades de que gozan las organizaciones internacionales, así como la obligación de estas de prever modos apropiados de solución con arreglo a determinados tratados. Es bastante habitual que se prevean procedimientos especiales, como el arbitraje, para abordar esos casos. El Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa tiene en su programa un tema titulado "Solución de controversias de naturaleza privada en las que es parte una organización internacional" (véase el informe de la 50ª reunión del Comité, Estrasburgo, 24 y 25 de septiembre de 2015, CAHDI (2015) 23, párrs. 23 a 29). El Comité ha recabado por medio de un cuestionario los comentarios de los Estados, que todavía no se han publicado (CAHDI (2016) 9 prov.).

[8] Resolución 37/10 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 1982.

[9] En principio, no se discute que los mecanismos de solución pacífica de controversias estén abiertos a las organizaciones internacionales (véase *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174, en la cual la Corte hizo alusión, entre otras cosas, a la capacidad de las Naciones Unidas de presentar reclamaciones internacionales contra los Estados). Estos mecanismos incluyen, entre otros, "la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección [de las partes]" (Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas). Véase también F. Dopagne, "Les différends opposant l'organisation internationale à un état ou une autre organisation internationale", en E. Lagrange y J.-M. Sorel (eds.), *Droit des Organisations Internationales* (París: LGDJ, 2013), págs. 1101 a 1120, en especial pág. 1109.

siendo una opción, pero hasta la fecha apenas hay práctica que permita guiar el procedimiento, y las organizaciones internacionales rara vez están vinculadas por cláusulas de jurisdicción. Pueden acudir a medios no jurisdiccionales como la mediación, la conciliación o la investigación, pero a menudo, a diferencia de los Estados, las organizaciones internacionales no son miembros de instituciones que podrían facilitar esos procedimientos. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de una organización regional, por ejemplo, pueden plantear sus controversias en un foro político para arreglarlas por medio de aportaciones y procedimientos políticos multilaterales como las misiones de determinación de los hechos. Con esas barreras para acceder a los mecanismos de arreglo de controversias mediante la intervención de un tercero, el arreglo de las controversias en que son parte organizaciones internacionales depende fundamentalmente de la negociación o de mecanismos internos de la propia organización.

7. *Admisibilidad.* Las dificultades que plantea la admisibilidad de las reclamaciones presentadas por organizaciones internacionales o contra estas son especialmente relevantes en relación con el derecho a la protección diplomática y el correspondiente requisito del agotamiento de los recursos internos. ¿Pueden las organizaciones internacionales, por ejemplo, hacer valer los derechos de su personal de manera análoga a la forma en que un Estado puede hacer valer los derechos de sus nacionales? Por otra parte, ¿rige el requisito del agotamiento de los recursos internos cuando un Estado hace valer el derecho de uno de sus nacionales frente a una organización internacional?

a) La Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales permanentes

8. El Artículo 34, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia limita el *locus standi* ante la Corte a los Estados[10]. Aunque los párrafos 2 y 3 prevén cierto grado de cooperación entre la Corte y las "organizaciones internacionales públicas"[11], estas no pueden personarse en casos contenciosos. No obstante, las Naciones Unidas y los organismos especializados autorizados pueden solicitar opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas[12].

9. En vista de estas limitaciones del Estatuto, el deseo de acudir a la Corte para el arreglo de controversias internacionales en que son parte organizaciones internacionales se ha manifestado de dos maneras: la llamada opinión consultiva "vinculante" y los llamamientos a modificar el Estatuto.

10. Si bien una opinión consultiva en sentido estricto no es vinculante, algunos acuerdos disponen que se utilice el procedimiento de la opinión consultiva para arreglar controversias con efecto "decisivo". Puede encontrarse un ejemplo clásico de ello en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (1946):

> "Si surge una diferencia de opinión entre las Naciones Unidas, por una parte, y un Miembro, por la otra, se solicitará una opinión consultiva sobre cualquier

[10] "Solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte."

[11] "2. Sujeta a su propio Reglamento y de conformidad con el mismo, la Corte podrá solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen ante la Corte, y recibirá la información que dichas organizaciones envíen a iniciativa propia. 3. Cuando en un caso que se litigue ante la Corte se discuta la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional pública, o de una convención internacional concertada en virtud del mismo, el Secretario lo comunicará a la respectiva organización internacional pública y le enviará copias de todo el expediente". Véanse también los párrs. 2 y 3 del art. 43 del Reglamento de la Corte, añadidos en 2005.

[12] Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas. En los casos en que estén autorizados, los organismos especializados podrán solicitar únicamente opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.

cuestión legal conexa, de acuerdo con el Artículo 96 de la Carta y el Artículo 65 del Estatuto de la Corte. La opinión que dé la Corte será aceptada por todas las partes como decisiva."[13]

11. El Acuerdo de Sede entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América prevé un procedimiento en parte similar con respecto al arbitraje vinculante en estos términos: las partes podrán pedir a la Asamblea General que solicite una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica que surja en el curso del procedimiento arbitral, que el tribunal arbitral "[tendrá] en cuenta" al dictar su decisión definitiva[14].

12. No obstante, se plantean evidentes dificultades al recurrir a la jurisdicción consultiva de la Corte para lo que en realidad son asuntos contenciosos. Los críticos del procedimiento consultivo vinculante lo ven como un mal sucedáneo del acceso directo a la Corte por las organizaciones internacionales. Las reglas de competencia aplicables a los procedimientos consultivos son demasiado permisivas, aunque también resultan demasiado limitadoras en otras formas que alteran la igualdad de acceso de las partes y priman el arreglo de determinadas controversias por encima de otras.

13. Ambos resultados indeseados obedecen al hecho de que únicamente las Naciones Unidas y sus organismos especializados pueden solicitar una opinión consultiva de la

[13] Art. VIII, secc. 30, Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, pág. 15. Véase también, por ejemplo, art. IX, secc. 32, de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 33, pág. 261; art. X, secc. 34, del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades del Organismo Internacional de Energía Atómica (Viena, 1 de julio de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 374, pág. 147; art. XI, secc. 21, del Convenio (con canje de notas) para regular el funcionamiento, en Chile, de la Sede de la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (Santiago, 16 de febrero de 1953), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 314, pág. 49; art. XIII, secc. 26, del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Tailandia relativo a la Sede de la Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente en Tailandia (Ginebra, 26 de mayo de 1954), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 260, pág. 35; todos ellos citados en J. Sztucki, "International Organizations as Parties to Contentious Proceedings before the International Court of Justice?", en A. S. Müller y otros (eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years* (La Haya: Nijhoff, 1977), págs. 141 a 167, en especial las notas 24 y 25.

[14] Art. VIII, secc. 21, Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América relativo a la Sede de las Naciones Unidas (Lake Success, 26 de junio de 1947), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 11, pág. 11:

"a) Toda controversia entre las Naciones Unidas y el Gobierno de los Estados Unidos de América acerca de la interpretación o de la aplicación de este acuerdo, o de cualquier acuerdo adicional, que no fuera solucionada mediante negociación u otra forma de arreglo convenida por las partes, será sometida, para su solución definitiva, a un tribunal compuesto de tres árbitros, designados, uno por el Secretario General, otro por el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, y el tercero escogido por los otros dos, o, en defecto de acuerdo entre ellos sobre esta elección, por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

b) El Secretario General o los Estados Unidos de América podrán pedir a la Asamblea General que solicite de la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica que surja en el curso de dicho procedimiento. Hasta que se reciba la opinión de la Corte, ambas partes se atendrán a una decisión provisional del tribunal arbitral. Ulteriormente, este dictará una decisión definitiva, teniendo en cuenta la opinión de la Corte."

Véase también el art. VII, secc. 31, del Acuerdo entre la Organización de Aviación Civil Internacional y el Gobierno del Canadá relativo a la Sede de la Organización de Aviación Civil Internacional (Montreal, 14 de abril de 1951), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 96, pág. 176.

Corte[15]. Así pues, en una controversia entre uno de esos órganos y un Estado, únicamente podrá presentar una "reclamación" ese órgano. Evidentemente, en los casos en que una obligación convencional exigiera someter una controversia al procedimiento consultivo, las Naciones Unidas o el organismo especializado estarían obligados a hacerlo. No obstante, incluso en ese supuesto, la relación entre las partes es asimétrica, en la medida en que "la cuestión que deba someterse a la Corte está en manos de un órgano determinado sin que el Estado miembro concernido [u otra parte] pueda controlar el proceso de redacción"[16].

14. Del mismo modo, el hecho de que únicamente las Naciones Unidas y sus organismos especializados autorizados puedan solicitar una opinión consultiva implica que la utilización de los procedimientos consultivos para arreglar las controversias en que esté involucrada una organización internacional se limita fundamentalmente a aquellas en que sea parte una de esas organizaciones internacionales. Otros litigantes podrían, por supuesto, pedir a la Asamblea General o a algún otro órgano autorizado que solicitara una opinión, pero no tendrían la certeza de que efectivamente se fuera a solicitar esa opinión, o no al menos en la forma deseada[17]. Tal y como la Comisión ha señalado con anterioridad, el recurso a una opinión consultiva de esta índole sería "imperfecto", "aleatorio" y "[entrañaría] demasiados elementos aleatorios para asignar carácter obligatorio a la opinión obtenida de este modo"[18].

---

[15] El artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia remite al Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas: "a) La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. b) Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades". Los órganos autorizados son el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria y la Comisión Interina de la Asamblea General. Los organismos especializados autorizados son la Organización Internacional del Trabajo; la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; la Organización Mundial de la Salud; el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento; la Corporación Financiera Internacional; la Asociación Internacional de Fomento; el Fondo Monetario Internacional; la Organización de Aviación Civil Internacional; la Unión Internacional de Telecomunicaciones; el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola; la Organización Meteorológica Mundial; la Organización Marítima Internacional; la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial. También se ha autorizado al Organismo Internacional de Energía Atómica para que solicite opiniones consultivas a pesar de no ser un organismo especializado de las Naciones Unidas. Véase "Organs and Agencies of the United Nations Authorized to Request Advisory Opinions"; puede consultarse en http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=2&p3=1 (visita el 29 de junio de 2016).

[16] K. Wellens, *Remedies against international organizations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002), en especial pág. 233. Véase también *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. 81, párr. 36.

[17] A este respecto, véase la compleja cláusula de solución de controversias del art. 66, párr. 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986).

[18] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980*, vol. 2 (segunda parte), pág. 85, párrs. 9 a 11; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1982*, vol. 2 (segunda parte), págs. 69 y 70, párrs. 4 a 6. Tal y como pone de manifiesto la nota anterior, los Estados rechazaron las recomendaciones de dejar los procedimientos consultivos al margen de la cláusula de solución de controversias de lo que se convertiría en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

15. En vista de las limitaciones a la capacidad de la Corte para arreglar las controversias en que es parte una organización internacional[19], a lo largo de los años se han ido presentando numerosas propuestas de enmienda al Estatuto. En 1970, la Asamblea General celebró un debate en torno al "Examen de las funciones de la Corte Internacional de Justicia", al cual siguió un cuestionario que incluía una pregunta sobre "la posibilidad de permitir que las organizaciones intergubernamentales fueran parte ante la Corte". De las 31 respuestas al cuestionario (de las 130 partes en el Estatuto en aquel momento), 15 miembros respondieron positivamente (Argentina, Austria, Canadá, Chipre, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Guatemala, Iraq, Madagascar, México, Nueva Zelandia, Reino Unido, Suecia y Suiza), y 1 contestó con una negativa (Francia)[20]. Entre los años 1997 y 1999, el Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización de la Asamblea General examinó propuestas de Guatemala[21] y Costa Rica[22] para dar acceso a la Corte a las organizaciones internacionales. La propuesta de Guatemala fue retirada en 1999, "en vista de que su aprobación en un futuro inmediato parecía sumamente improbable"[23].

16. Más allá de las dificultades políticas que entraña la modificación del Estatuto, las diversas propuestas han situado en el punto de mira las cuestiones del alcance *ratione personae* y *ratione materiae* que han de abordarse en cualquier reforma del Estatuto a fin de conferir a las organizaciones internacionales capacidad para personarse ante la Corte.

17. A diferencia de la Corte Internacional de Justicia, otras cortes y tribunales permanentes que se rigen por tratados particulares están abiertos a las organizaciones internacionales parte en el tratado en cuestión. Es el caso, por ejemplo, del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982[24], así como del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio.

b) Arbitraje internacional

18. El arbitraje puede ser un instrumento útil para el arreglo de controversias internacionales en que son parte organizaciones internacionales. No solo evita las dificultades para personarse ante la Corte Internacional de Justicia, sino que también ofrece a las partes un sistema flexible que puede mantener la confidencialidad, de ser necesario.

[19] También se han citado consideraciones de economía judicial después de que la República Federativa de Yugoslavia tuviera que presentar reclamaciones contra todos y cada uno de los miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en lugar de una única reclamación contra la OTAN, en las *Causas relativas a la legalidad del uso de la fuerza*.

[20] *Examen de las funciones de la Corte Internacional de Justicia*, *Informe del Secretario General*, documento A/8382 (1971), pregunta III a), págs. 7 y 74 a 82, párrs. 200 a 224. Véanse también los documentos A/8382/Add.1, pág. 6; A/8382/Add.3, pág. 4; y A/8382/Add.4, pág. 3.

[21] Documentos A/AC.182/L.95 y Rev.1 (1997).

[22] Documento A/AC.182/L.97 (1997).

[23] Véase Wellens (nota 16 *supra*), págs. 237 y 238; y Ph. Couvreur, "Développements récents concernant l'accès des organisations intergouvernementales à la procédure contentieuse devant la Cour Internationale de Justice", en E. Yakpo y T. Boumedra (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui* (La Haya: Kluwer Law International, 1999), págs. 293 a 323, en especial págs. 302 a 322.

[24] Véase el anexo IX de la Convención de 1982, en cuyo artículo 7 se prevé específicamente el supuesto en que una organización internacional y uno o varios de sus Estados miembros son partes conjuntas en una controversia o partes con un mismo interés. La Unión Europea ha sido parte en una causa ante el Tribunal, la causa núm. 7: *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union)*.

19. Los esfuerzos anteriores para fomentar el recurso al arbitraje para el arreglo de controversias en que se vea involucrada una organización internacional se remontan a la resolución de 1964 de la Asociación de Derecho Internacional sobre el arbitraje internacional:

> "Señala a la atención de todos los Estados la disponibilidad de los tribunales arbitrales internacionales para el arreglo de diversas controversias internacionales, tales como: a) las controversias internacionales que no se puedan someter a la Corte Internacional de Justicia […], c) las controversias entre Estados y organizaciones internacionales."[25]

20. Del mismo modo, el Grupo de Trabajo sobre el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional de la Sexta Comisión propuso, en 1992, que "se recurriera con más frecuencia a la Corte Permanente de Arbitraje para el arreglo de controversias entre Estados, así como de controversias entre Estados y organizaciones internacionales"[26]. La cuestión principal que se plantea es en qué medida las organizaciones internacionales están obligadas o pueden estar realmente obligadas a someter a arbitraje sus controversias internacionales con Estados y otras organizaciones internacionales. A diferencia de los Estados, no existe en estos momentos ningún tratado general abierto a organizaciones internacionales en virtud del cual estas puedan asumir la obligación de someter a arbitraje dichas controversias. Sin duda, varios acuerdos bilaterales contienen cláusulas de ese tipo, pero no existe ninguna visión de conjunto de las cláusulas de arbitraje incluidas en acuerdos internacionales en los que sea parte una organización internacional o de los procedimientos arbitrales entablados con arreglo a tales cláusulas. Hasta la fecha, aparentemente solo cuatro arbitrajes entre una organización internacional y un Estado son públicos[27].

21. Otra cuestión conexa es la forma en que se redactan las cláusulas de arbitraje. La práctica actual consiste en incluir una cláusula de arbitraje de este tenor:

> "Toda controversia entre las partes que surja a raíz del presente Acuerdo, o en relación con este, que no haya sido solucionada mediante negociación u otra forma de arreglo convenida por las partes, será sometida, a petición de cualquiera de estas, a un tribunal compuesto de tres árbitros. Cada parte designará a un árbitro y los dos árbitros designados nombrarán a un tercero, que presidirá el tribunal. Si, en el plazo de 30 días contados desde la solicitud de arbitraje, una parte no ha designado a un árbitro o si, en el plazo de 15 días contados desde la designación de los dos árbitros, no se ha nombrado al tercer árbitro, las partes podrán solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que designe al árbitro de que se trate. El tribunal determinará sus propios procedimientos, sin perjuicio de que para constituir *quorum* a todos los efectos se precisará la concurrencia de dos de los árbitros y de que toda decisión requerirá el acuerdo de dos árbitros. Los gastos del tribunal correrán a cargo de las partes conforme a la asignación realizada por el tribunal. El laudo

[25] International Law Association, *Resolutions: International Arbitration*, Int'l L. Ass'n Rep. Conf., vol. 52 (1966), pág. xii, párr. 1.

[26] Documento A/C.6/47/L.12 (1992), párr. 15.

[27] *Tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France (France-UNESCO), U.N.R.I.A.A.*, vol. XXV, págs. 231 a 266; *European Molecular Biology Laboratory (EMBL) v. Federal Republic of Germany, I.L.R.*, vol. 105, págs. 1 a 74. Otro caso reciente, cerrado sin laudo, fue *Municipalidad Distrital de La Punta (Perú) c. Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS)* (caso de la Corte Permanente de Arbitraje núm. 2014-38 (https://pcacases.com/web/view/109)); *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. The European Union)* (caso de la Corte Permanente de Arbitraje núm. 2013-30 (https://pcacases.com/web/view/25)), en virtud de la parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, también concluido sin laudo.

arbitral contendrá una exposición razonada y tendrá carácter definitivo y vinculante para las partes."[28]

22. También podrían surgir cuestiones relacionadas con el procedimiento. No obstante, en tanto en cuanto estas cuestiones correspondan al reglamento de arbitraje, han sido resueltas en gran parte por el Reglamento Facultativo para el Arbitraje de Controversias entre Organizaciones Internacionales y Estados de la Corte Permanente de Arbitraje (1996). En vista de que ese reglamento ha sido elaborado a la luz de "la naturaleza de derecho internacional público de las controversias entre organizaciones internacionales y Estados y la práctica diplomática apropiada para tales controversias"[29], puede que a la Comisión no le merezca la pena, por ejemplo, adaptar su Modelo de Reglas sobre Procedimiento Arbitral de 1958.

c) Mecanismos no jurisdiccionales

23. En la línea de su planteamiento, que considera prioritaria la reparación, el informe definitivo sobre la rendición de cuentas de las organizaciones internacionales de la Asociación de Derecho Internacional señala la atención sobre el "potencial preventivo" de "las acciones menos formales de una organización internacional"[30]. Por consiguiente, sus recomendaciones se centran, en primer lugar, en la creación de mecanismos permanentes dentro de la propia organización internacional, como oficinas del *ombudsman* y órganos similares al Panel de Inspección del Banco Mundial[31]. A los efectos que aquí nos ocupan, es probable que estos mecanismos sean pertinentes únicamente en los casos en que un Estado ejerza la protección diplomática en nombre de sus nacionales (en relación con dicho tema, véase la próxima sección).

24. Si los trabajos de la Comisión se centran en el arreglo de las controversias que surgen en el marco del derecho internacional, los mecanismos no jurisdiccionales pertinentes serán fundamentalmente los mecanismos en que intervienen terceros, como la investigación[32], la

[28] Algunos ejemplos de acuerdos recientes con disposiciones en ese sentido son: el Acuerdo relativo al Establecimiento de la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres en Incheon, de 2010; el Acuerdo entre el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Egipto; el 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 (Kuala Lumpur, 24 de octubre de 2011), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2794. Por lo que respecta a una forma anterior de cláusula de arbitraje, véase, a modo de ejemplo, la sección 21, apartado a), del Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América relativo a la Sede de las Naciones Unidas (Lake Success, 26 de junio de 1947), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 11, pág. 11. Por lo que respecta a un análisis de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a las cláusulas anteriores, véanse *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, opinión consultiva de 26 de abril de 1988, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 12; e *Interpretation of Peace Treaties*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 65 y ss., en especial pág. 77.

[29] Corte Permanente de Arbitraje, *Optional Rules for Arbitration involving International Organizations and States* (1996), en especial pág. vii.

[30] International Law Association (Shaw y Wellens, correlatores), *Final Report on Accountability of International Organisations*, Int'l L. Ass'n Rep. Conf., vol. 71 (2004), págs. 164 y ss., en especial pág. 224.

[31] *Ibid.*, recomendaciones 2 a 5, págs. 223 y 224.

[32] La Asociación de Derecho Internacional recomienda que una organización internacional "estudie la posibilidad de establecer una comisión internacional de investigación de cualquier asunto que se haya convertido en tema de gran preocupación pública" (*ibid.*, recomendación 6, pág. 224). En particular, señala el Informe de la Comisión Independiente de Investigación acerca de las medidas adoptadas por las Naciones Unidas durante el genocidio de 1994 en Rwanda (S/1999/1257, anexo) y el Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General sobre la caída de Srebrenica (A/54/549) (*ibid.*, pág. 226).

mediación y la conciliación. La Comisión podría estudiar la manera de alentar a que se recurra a dichos mecanismos. Aunque no sean formalmente jurisdiccionales, estos mecanismos pueden desempeñar una importante función en el arreglo de controversias jurídicas.

d) Admisibilidad de las reclamaciones: protección funcional

25. En las secciones anteriores se han abordado las cuestiones relativas al acceso a los mecanismos de arreglo de controversias. Con todo, aun cuando haya acceso, es probable que se plantee cómo se aplican a las organizaciones internacionales las normas consuetudinarias relativas a la admisibilidad de las reclamaciones. Un aspecto especialmente problemático es el que se refiere a la transferibilidad de las normas consuetudinarias sobre la protección diplomática y el agotamiento de los recursos internos[33].

26. Según la opinión consultiva relativa a la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, una organización internacional está capacitada "para ejercer una protección funcional de sus agentes"[34], más o menos del mismo modo como un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales. Fruto de esta analogía, se ha sugerido que el requisito del agotamiento de los recursos internos[35] se aplica en el contexto de la "protección funcional" al igual que en el contexto de la protección diplomática[36].

27. Sin embargo, un examen más detenido pone de manifiesto que la comparación quizás no sea exacta. El razonamiento en que funda la Corte su opinión consultiva sobre la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* es en realidad totalmente diferente de la causa final de la protección diplomática. Por una parte, la protección

[33] La práctica anterior a 1967 fue analizada brevemente en Práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica en relación con su condición jurídica, privilegios e inmunidades: estudio preparado por la Secretaría, documentos A/CN.4/L.118 y Add.1 y Add.2 (1967), págs. 225 a 228, párrs. 49 a 56 (en relación con las Naciones Unidas); pág. 314, párr. 23 (en relación con los organismos especializados).

[34] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, pág. 184. El artículo 1 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional, documento A/61/10 (2006), define la protección diplomática como "la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad".

[35] Los artículos 14 y 15 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, *ibid.*, definen el alcance del requisito del agotamiento de los recursos internos en el contexto de la protección diplomática.

[36] Véase C. Eagleton, "International Organizations and the Law of Responsibility", en *Recueil des Cours*, vol. 76, págs. 319 y ss., en especial págs. 351 y 352; Dopagne (nota 9 *supra*), pág. 1108; y C. Trindade, "Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations", *Revue de Droit International, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 57 (1979), págs. 81 y ss., en especial págs. 82 y 83. Eagleton llega a afirmar que el requisito del agotamiento de los recursos internos se aplica a todas las reclamaciones de las Naciones Unidas, incluso "cuando alega haber sufrido daños causados por un Estado" (pág. 352). Esta postura se debe a la opinión equivocada de que el requisito del agotamiento de los recursos internos se aplica también a los daños causados directamente a un Estado extranjero y no solo cuando un Estado ejerce la protección diplomática con respecto a uno de sus nacionales. Amerasinghe señala con acierto que, en lo que se refiere a los daños causados directamente a un Estado, "la norma [del agotamiento de los recursos internos] no se aplicaría cuando se hubiera ocasionado directamente un daño a la organización". C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2ª edición (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pág. 482.

diplomática se deriva del "derecho que tiene [el Estado] de hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional"[37]. Se trata de un derecho general del que el Estado es titular como consecuencia del vínculo de la nacionalidad. En cambio, la protección funcional se presenta como una competencia implícita de la organización, necesaria para que esta pueda desempeñar sus funciones[38]. Como tal, es una competencia limitada que se extiende solo hasta donde sea necesaria para que el agente pueda llevar a cabo su cometido.

28. Otra cuestión que se plantea en relación con el ejercicio de la protección funcional por parte de una organización internacional es si se puede utilizar para presentar una reclamación contra el Estado de nacionalidad del funcionario[39]. La distinción entre protección diplomática basada en la nacionalidad y protección funcional basada en consideraciones funcionales permite intuir una respuesta afirmativa[40]. A este respecto, cabría mencionar que las opiniones consultivas sobre la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos* y la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas* versaban sobre controversias entre las Naciones Unidas y los Estados de nacionalidad de los agentes[41].

29. Son varias las cuestiones que se plantean cuando se hace valer la protección diplomática frente a una organización internacional. En principio, se podría aplicar, *mutatis mutandis*, el requisito del agotamiento de los recursos internos; en este sentido, sería más acertado hablar en inglés de *"internal remedies"* que de *"local remedies"*[42]. No obstante, en una resolución de 1971, el Instituto de Derecho Internacional estableció una presunción contraria al requisito del agotamiento de los recursos internos en el ejercicio de la protección diplomática contra organizaciones internacionales[43]. Se ha sugerido además que se trata de una norma inaplicable, puesto que deriva de la "relación jurisdiccional entre la persona y el Estado demandado"[44]. Un caso en el que los Estados parecen haber ejercido su derecho a la protección diplomática es el de la serie de acuerdos de 1965 y 1966 entre las Naciones Unidas y Bélgica, Grecia, Italia, Luxemburgo y Suiza en virtud de los cuales las

[37] *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK), PCIJ Reports, 1924*, serie A, núm. 2, pág. 12.

[38] Véase *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, págs. 181 a 184.

[39] Véase el artículo 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática (nota 34 *supra*): "Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación".

[40] Véase Amerasinghe (nota 36 *supra*), págs. 487 y 488.

[41] Véanse *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva (nota 16 *supra*); y *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 177.

[42] Jean-Pierre Ritter, "La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale", en *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), págs. 427 y ss., en especial pág. 454.

[43] Institut de Droit International (de Vischer, Relator), *Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées* (1971), art. 8: "Es asimismo deseable que, si tales organismos han sido designados o establecidos en virtud de una decisión obligatoria de las Naciones Unidas, o si la competencia de organismos similares ha sido aceptada por el Estado del que la víctima es nacional, ese Estado no pueda presentar una reclamación contra las Naciones Unidas antes de que la víctima haya agotado el recurso así puesto a su disposición".

[44] Amerasinghe (nota 36 *supra*), pág. 486.

Naciones Unidas aceptaron abonar una indemnización por los perjuicios causados por sus operaciones en el Congo a nacionales de los Estados en cuestión[45].

Bibliografía seleccionada

R. Ago, 'Les avis consultatifs "obligatoires" de la Cour internationale de justice: problèmes d'hier et d'aujourd'hui', in Bardonnet, Combacau, Dupuy and Weil (eds.), *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally* (Paris: Pedone, 1991), p. 9.

R. Ago, '"Binding" Advisory Opinions of the International Court of Justice', AJIL, vol. 85 (1991), p. 450.

C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd edition, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

M. Arsanjani, "Claims against International Organizations: *Quis custodiet ipsos custodes*", *Yale J. World Pub. Ord.*, vol. 7 (1980-1981), p. 131.

O. Audéoud, "La cour internationale de Justice et le règlement des différends au sein des organisations internationales", *RGDIP*, vol. 81 (1977), p. 945.

G. Bacot, "Réflexions sur les clauses qui rendent obligatoires les avis consultatifs de le C.P.I.J. et de la C.I.J.", *RGDIP*, vol. 84 (1980), p. 1027.

M. Bedjaoui, *Les organisations internationales devant la Cour internationale de Justice: bilan et perspectives*, address before the Sixth Committee, 24 October 1994, summarised in document A/C.6/49/SR.16 (1994), paras. 3-16.

S. Bellier, *Le recours à l'arbitrage par les organisations internationales* (L'Harmattan, 2011).

D. Bindshedler, "Le règlement des différends relatifs au statut d'un organisme international", *Recueil des Cours*, vol. 124 (1968), p. 453.

[45] Véase: *Exchange of letters constituting an agreement between the United Nations and Belgium relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Belgian nationals* (Nueva York, 20 de febrero de 1965), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 535, pág. 199; *Exchange of letters constituting an agreement between the United Nations and Greece relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Greek nationals* (Nueva York, 20 de junio de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 565, pág. 5; *Exchange of letters constituting an agreement between the United Nations and Italy relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Italian nationals* (Nueva York, 18 de enero de 1967), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 588, pág. 198; *Exchange of letters constituting an agreement between the United Nations and Luxembourg relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Luxembourg nationals* (Nueva York, 28 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 585, pág. 149; y *Exchange of letters constituting an agreement between the United Nations and Switzerland relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Swiss nationals* (Nueva York, 3 de junio de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 565, pág. 195. Véase también M. Guillaume, "La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie", AFDI, vol. 43 (1997), pág. 151; y K. Schmalenbach, "Dispute Settlement (Article VIII Sections 29-30 General Convention)", en A. Reinisch (ed.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2016), págs. 529 a 588, en especial pág. 530.

L. Boisson de Chazournes, “Advisory Opinions and the Furtherance of the Common Interest of Mankind”, in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 105.

D. W. Bowett, ‘To the Editor in Chief’, AJIL, vol. 86 (1992), p. 342.

Ph. Cahier, *Étude des accords de siège conclu entre les organisations internationales et les états où elles résident* (1959).

Ph. Couvreur, “Développements récents concernant l’accès des organisations intergouvernementales à la procédure contentieuse devant la Cour Internationale de Justice”, in E. Yakpo and T. Boumedra (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p. 293.

R. J. Depuy, “L’adaptation de la cour internationale de Justice au monde d’aujourd’hui”, *Revue belge de droit international*, vol. 1 (1966), p. 28.

Chr. Domincé, “Le règlement juridictionnel du contentieux externes des organisations internationales”, in Bardonnet, Combacau, Dupuy and Weil (eds.), *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally* (Paris: Pedone, 1991), p. 225.

Chr. Dominicé, “Request of Advisory Opinions in Contentious Cases?”, in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 91.

F. Dopagne, “Les différends opposant l’organisation internationale à un état ou une autre organisation international”, in E. Lagrange and J.-M. Sorel (eds.), *Droit des Organisations Internationales* (Paris: LGDJ, 2013), p. 1101.

C. Eagleton, “International Organization and the Law of Responsibility”, *Recueil des Cours*, vol. 76 (1950), p. 319.

G. Fitzmaurice, “Enlargement of the Contentious Jurisdiction of the Court”, in L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice* (New York: Oceana, 1976), p. 461.

G. Fitzmaurice, “The Law and Practice of the International Court of Justice: International Organizations and Tribunals”, BYIL, vol. 29 (1952), p. 1.

T. Furukawa, “Le double rôle de la Cour internationale de Justice à l’égard des organisations internationales”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter; le droit international: unité et diversité* (Paris: Pedone, 1981), p. 293.

L. Gross, “The International Court of Justice: Considerations of Requirements for Enhancing its Role in the International Legal Order”, in L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice* (New York: Oceana, 1976), p. 22.

C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1987).

M. Guillaume, ‘La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie’, AFDI, vol. 43 (1997), p. 151.

M. J. L. Hardy, ‘Claims by International Organizations in Respect of Injuries to their Agents’, BYIL, vol. 37 (1961), p. 516.

F. Hoffmeister, P. Ondrusek, ‘The European Community in International Litigation’, *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 61 (2008), p. 205.

F. Hoffmeister, ‘The European Union and the Peaceful Settlement of International Disputes’. *Chinese Journal of International Law*, vol. 11 (2012), p. 77.

Institut de Droit international (Huber, rapporteur), *Etude des amendements à apporter au Statut de la Cour internationale de Justice* (1954).

Institut de Droit international (Wengler, rapporteur), *Recours judiciaires à instituer contre les décisions d'organes internationaux* (1957).

International Law Association, *Resolutions: International Arbitration*, Int'l L. Ass'n Rep. Conf., vol. 52 (1966), p. xii.

International Law Association (Schwarzenberger, rapporteur), *Review of the Charter of the United Nations*, Int'l L. Ass'n Rep. Conf., vol. 47 (1956), p. viii.

International Law Association (Shaw and Wellens, co-rapporteurs), *Final Report on Accountability of International Organisations*, 71 Int'l L. Ass'n Rep. Conf., vol. 71 (2004), p. 164.

C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication* (London: Stevens, 1964).

C. W. Jenks, "The Status of International Organizations in Relation to the International Court of Justice", *Transactions Grotius Society*, vol. 32 (1946), p. 1.

R. Y. Jennings, "Comité restreint sur le règlement pacifique des différends: Note préliminaire", *Annuaire IDI*, vol. 65 (1993-II), p. 281.

R. Y. Jennings, "The International Court of Justice at Fifty", AJIL, vol. 89 (1995), p. 493.

L. Jully, "Arbitration and Judicial Settlement: Recent Trends", AJIL, vol. 48 (1954), p. 380.

J. Klabbers, *Advanced Introduction to the Law of International Organizations* (Cheltenham: E. Elgar, 2015).

E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice* (Cambridge: Grotius Publications, 1991).

H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (London: Stevens, 1950).

H. Lauterpacht, "The Revision of the Statute of the International Court of Justice" (1 September 1955), edited by E. Lauterpacht and reproduced in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 1 (2002), p. 57.

B. F. MacPherson, *World Court Enhancements to Advance the Rule of Law*, Monograph No. 13 of the Center for UN Reform Education (1994).

B. Martenczuk, "The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?", EJIL, vol. 10 (1999), p. 517.

J. Moussé, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne* (Bruxelles: Bruylant, 1997).

A. S. Muller, *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship* (Boston: Nijhoff, 1995).

C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", *Recueil des Cours*, vol. 90 (1956), p. 654.

Permanent Court of Arbitration, *Optional Rules for Arbitration Involving International Organizations and States* (1996).

The practice of the United Nations, the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency concerning their status, privileges and immunities: study prepared by the Secretariat, document A/CN.4/L.118 and Add.1 and Add.2 (1967).

A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

A. Reinisch (ed.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and Its Specialized Agencies: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

Review of the Role of the International Court of Justice: Report of the Secretary General, document A/8382 and Add.1, Add.2, Add.3 and Add.4 (1971).

J. P. Ritter, "La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale", AFDI, vol. 8 (1962), p. 427.

A. M. la Rosa, "Links Between the ILO and the ICJ: A Less than Perfect Match", in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 119.

C. P. R. Romano, "International Organizations and the International Judicial Process: An Overview", in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.) *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 3.

Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, 4th edition (Leiden: Nijhoff, 2006).

S. Schwebel, "Authorizing the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the ICJ", in Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honor of Judge Manfred Lachs* (The Hague: Nijhoff, 1984), p. 519.

I. Seidl-Hohenveldern, "Access of International Organizations to the International Court of Justice", in A. S. Muller et al. (eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years* (The Hague: Nijhoff, 1997), p. 189.

F. Seyersted, "Settlement of Internal Disputes of Intergovernmental Organizations by Internal and External Courts", ZaöRV, vol. 24 (1964), p. 1.

K. Schmalenbach, "Law of International Organisations: Dispute Settlement" in J. Klabbers and A. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations,* (Cheltenham: E. Elgar, 2011), p. 251.

D. Sharooshi (ed.), *Remedies and Responsibility for the Actions of International Organizations* (Leiden: Nijhoff, 2014).

P. C. Szasz, "Granting International Organizations *Ius Standi* in the International Court of Justice", in A. S. Muller et al. (eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years* (The Hague: Nijhoff, 1997), p. 169.

J. Sztucki, "International Organizations as Parties to Contentious Proceedings before the International Court of Justice?" in A.S. Muller et al. (eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years* (The Hague: Nijhoff, 1997), p. 141.

G. Thallinger, "Rule of Exhaustion of Local Remedies in the Context of the Responsibility of International Organizations", *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), p. 401.

T. Treves, "International Organizations as Parties to Contentious Cases: Selected Aspects", in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 37.

C. Trindade, "Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations", *Revue de Droit International, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 57 (1979), p. 81.

US Department of State, *Study on Widening Access to the International Court of Justice* (June 1976), ILM, vol. 16 (1977), p. 187.

K. Wellens, *Remedies against international organisations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

P. L. Zollikofer, *Les Relations Prévues Entre les Institutions Spécialisées des Nations Unies et la Cour Internationale de Justice* (Leyde: Sijthoff, 1955).

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

Pavel Šturma

Introducción

1. En 1998 la Comisión de Derecho Internacional acordó que la selección de temas para el programa de trabajo a largo plazo debía basarse en los criterios de "que el tema reflejara las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; 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 que el tema fuera concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación"[1]. El tema propuesto parece satisfacer todos los criterios.

2. La Comisión de Derecho Internacional ultimó en 2001 sus trabajos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, no se ocupó de las situaciones en las que tiene lugar una sucesión de Estados tras la comisión de un hecho ilícito. El Estado sucesor puede ser el Estado responsable o el Estado lesionado. En ambos casos, la sucesión genera unas relaciones jurídicas bastante complejas y, en este sentido, cabe apreciar cierto cambio en las opiniones mantenidas en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y en otros foros. Mientras que, en su informe de 1998, el Relator Especial, James Crawford, dijo que la opinión compartida por muchos era que, con carácter general, un Estado nuevo no sucedía al Estado predecesor en su responsabilidad de Estado[2], en el comentario de la Comisión a los Artículos de 2001 se dice algo diferente. En él se afirma que "[e]n el contexto de la sucesión de Estados, no está claro si el nuevo Estado sucede en la responsabilidad del Estado predecesor con respecto a su territorio"[3]. J. Crawford describe sucintamente la evolución de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, desde la norma de la sucesión negativa a su rechazo parcial[4].

3. La Comisión abordó este problema en el contexto de sus trabajos sobre la sucesión de Estados en la década de los sesenta. En 1963 el Profesor Manfred Lachs, Presidente del Subcomité para la Sucesión de Estados y de Gobiernos de la Comisión, propuso incluir la sucesión en relación con la responsabilidad por ilícitos civiles como uno de los subtemas que se podrían examinar en relación con la labor de la Comisión sobre la cuestión de la sucesión de Estados[5]. En vista de las discrepancias acerca de su inclusión, la Comisión decidió excluir el problema de los ilícitos civiles del alcance del tema[6]. No obstante, desde entonces, la práctica de los Estados y la doctrina han evolucionado.

---

[1] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 121.

[2] Primer informe sobre la responsabilidad del Estado (adición núm. 5), James Crawford, 22 de julio de 1998, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/490/Add.5, párr. 282.

[3] Comentarios al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional, informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 53er período de sesiones, 2001, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/56/10), pág. 109, párr. 3.

[4] J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), págs. 435 a 455.

[5] Informe del Subcomité para la Sucesión de Estados y de Gobiernos, *Anuario…, 1963*, vol. II, pág. 302.

[6] *Anuario…, 1963*, vol. II, pág. 345.

4. La Comisión suele seguir el método, en general útil, de ocuparse, una vez finalizada la labor sobre un tema, de otros conexos procedentes del mismo ámbito del derecho internacional. La Comisión adoptó este enfoque, entre otros casos, en dos temas del ámbito de la responsabilidad internacional, al ultimar en primer lugar sus Artículos sobre la Responsabilidad del Estado (2001) y posteriormente sus Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (2011), y en tres temas del campo de la sucesión de Estados, al finalizar el proyecto de artículos de lo que en última instancia se convirtió en la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (1978) y la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado (1983), así como sus Artículos sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales en relación con la Sucesión de Estados (1999)[7]. Aunque ninguna de las dos Convenciones de Viena fue ratificada por un gran número de Estados, ello no significa que las normas recogidas en ellas no influyeran en la práctica de los Estados[8], sino que sucedió lo contrario, en particular en el caso de los Estados de Europa Central, que aplicaron esas normas a su propia sucesión[9]. En esa misma línea, algunos documentos no vinculantes, como los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado o los Artículos sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales, han tenido un gran seguimiento en la práctica.

5. En principio, la cuestión de la sucesión en relación con la responsabilidad del Estado se plantea fundamentalmente en determinados casos de sucesión de Estados en los que el Estado que cometió un hecho ilícito ha dejado de existir, a saber, en casos de disolución y de unificación de Estados. No obstante, otros casos, como los de secesión, también pueden beneficiarse de un análisis en profundidad que confirme o rebata tres hipótesis. En primer lugar, el Estado que continúa debe, en principio, suceder no solo en las obligaciones primarias del Estado predecesor sino también en sus obligaciones secundarias (responsabilidad). En segundo lugar, un Estado de reciente independencia debe beneficiarse del principio de tabla rasa *(tabula rasa)*, pero podría aceptar libremente su sucesión en relación con la responsabilidad del Estado. En tercer lugar, en caso de separación (secesión), el Estado sucesor o los Estados sucesores también pueden asumir la responsabilidad en circunstancias particulares.

Evolución de la práctica de los Estados y la doctrina en el pasado

6. Tradicionalmente, ni la práctica de los Estados ni la doctrina han dado una respuesta uniforme a la pregunta de si un Estado sucesor puede ser responsable por un hecho internacionalmente ilícito de su predecesor y, de ser así, en qué circunstancias. No obstante, en algunos casos de práctica de los Estados, se puede encontrar una división o asignación de responsabilidad entre Estados sucesores.

7. Las primeras decisiones al respecto sostuvieron que en derecho internacional el Estado sucesor no es responsable de los ilícitos internacionales de su predecesor. En el caso

[7] Texto aprobado en el anexo de la resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000.

[8] Véase, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia and Montenegro)* (excepciones preliminares), fallo de 18 de noviembre de 2008, *I.C.J. Reports 2008*, párr. 109.

[9] Por ejemplo, cuando la República Checa y la República Eslovaca depositaron los instrumentos de ratificación de la Convención de Viena de 1978, ambas formularon las declaraciones previstas en el artículo 7, párrs. 2 y 3, según las cuales aplicarían la Convención a su propia sucesión, que se produjo antes de la entrada en vigor de la Convención de 1978. Véase Status of Treaties as at 15-04-2014. Chapter XXIII: Law of Treaties (https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&lang=en).

Robert E. Brown[10], el demandante reclamaba una indemnización por la negativa de las autoridades locales de las Repúblicas Bóers a expedir licencias para explotar una mina de oro. El tribunal entendió que el Sr. Brown había adquirido un derecho de propiedad y que se habían lesionado sus intereses por falta de tutela judicial efectiva, pero se trataba de una responsabilidad por daños que no recaía sobre Gran Bretaña. Del mismo modo, en el caso *Frederick Henry Redward*[11], los demandantes habían sido encarcelados ilícitamente por el Gobierno de la República de Hawái, que fue anexionado posteriormente por los Estados Unidos. El tribunal entendió que "se había extinguido la responsabilidad legal por el ilícito" con la desaparición de la República de Hawái. Sin embargo, si la demanda se hubiera reducido a un pronunciamiento de carácter pecuniario, que pudiera considerarse una deuda, o un interés del demandante en activos de valor fijo, el demandante habría tenido un derecho adquirido y habría existido una obligación en la que habría sucedido el Estado sucesor[12].

8. No obstante, con respecto a los laudos en los casos *Brown* y *Redward*, se ha señalado que "estos casos datan de la época del colonialismo, cuando las potencias coloniales se resistían a cualquier norma que les atribuyera responsabilidad por actos ilícitos de Estados que consideraban incivilizados. Es dudosa la autoridad de esos casos un siglo después. Al menos en algunos supuestos, sería injusto desestimar la demanda de una parte lesionada porque el Estado que cometió el ilícito fue absorbido por otro Estado"[13].

9. La práctica inicial también incluye la disolución de la Gran Colombia (1829-1831), tras la cual los Estados Unidos invocaron la responsabilidad de los tres Estados sucesores (Colombia, Ecuador y Venezuela), lo que dio lugar a que se celebraran acuerdos de indemnización por la adquisición ilegal de naves estadounidenses. Después de la independencia de la India y el Pakistán, los derechos y las obligaciones previos (incluidas las obligaciones por daños resultantes de actos ilícitos) asociados a Gran Bretaña pasaron al Estado en que se produjo el acto ilícito. Muchos acuerdos de autogobierno celebrados por los antiguos territorios dependientes del Reino Unido también disponen la continuidad de la responsabilidad por actos ilícitos de los nuevos Estados[14].

10. Si bien las decisiones de los tribunales arbitrales no son uniformes, en el caso *Lighthouses Arbitration* el tribunal concluyó que Grecia era responsable, en tanto que Estado sucesor del Imperio Otomano, de los incumplimientos del contrato de concesión suscrito entre dicho Imperio y una empresa francesa tras la unión de Creta con Grecia en 1913[15]. En el laudo se dice que "el Tribunal no puede sino concluir que Grecia, que ha hecho suya la conducta ilegal de Creta en su pasado reciente como Estado autónomo, está obligada, en tanto que Estado sucesor, a hacerse cargo de las consecuencias financieras del incumplimiento del contrato de concesión"[16]. En cambio, algunos autores opinan que Grecia fue considerada responsable de sus propios actos cometidos antes y después de la

[10] *Robert E. Brown Claim (United States v. Great Britain)*, Arbitraje de Reclamaciones Estadounidenses y Británicas, reclamación núm. 30; 6 *United Nations Reports of International Arbitral Awards* (1923), pág. 120.

[11] *Frederick Henry Redward Claim (Great Britain v. United States)*, Arbitraje de Reclamaciones Estadounidenses y Británicas, reclamación núm. 85; 6 *United Nations Reports of International Arbitral Awards* (1925), págs. 157 y 158.

[12] Véase D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. 1 (Cambridge, Cambridge University Press, 1967), págs. 482, 485 y 486.

[13] *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, párr. 209; Reporters' Note 7 (1987).

[14] Véase Materials on Succession of States, documento de las Naciones Unidas ST/LEG/SER.B/14, 1967.

[15] *Lighthouses Arbitration (France v. Greece)* (1956), *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. 12, pág. 155. Véase también *International Law Reports*, vol. 23, pág. 81.

[16] *Ibid.*, pág. 92.

cesión de territorio a Grecia. La decisión en el caso *Lighthouses Arbitration* es también importante por su crítica de las soluciones absolutistas a favor y en contra de la sucesión en relación con la responsabilidad: "Resulta tan injustificado admitir el principio de transmisión como norma general como negarlo. En esencia, es más bien una pregunta cuya respuesta depende de multitud de factores concretos"[17].

11. Hay también otros casos fuera de Europa sobre la responsabilidad del Estado en situaciones de unificación, disolución y secesión de Estados. Un ejemplo es la República Árabe Unida, nacida de la unificación de Egipto y Siria en 1958. Hay tres casos en los que la República Árabe Unida asumió, en tanto que Estado sucesor, la responsabilidad por obligaciones resultantes de hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los Estados predecesores. En todos los casos, se trataba de medidas adoptadas por Egipto contra bienes occidentales en el contexto de la nacionalización del Canal de Suez en 1956 y la nacionalización de bienes de propiedad extranjera. El primer caso es la nacionalización de la Société Financière de Suez por parte de Egipto, resuelto en virtud de un acuerdo entre la República Árabe Unida y la empresa privada (1958). En otras palabras, el nuevo Estado pagó una indemnización a los accionistas por el acto cometido por el Estado predecesor[18]. Otro ejemplo es un acuerdo entre la República Árabe Unida y Francia por el que se restablecían las relaciones culturales, económicas y financieras entre ambos Estados (1958). De conformidad con dicho acuerdo, la República Árabe Unida, en tanto que Estado sucesor, restituiría los bienes y las propiedades de nacionales franceses que se había quedado Egipto y pagaría una indemnización por los bienes y propiedades que no fueran restituidos[19]. En 1959 la República Árabe Unida y el Reino Unido firmaron un acuerdo similar[20].

12. La República Árabe Unida dejó de existir en 1961 cuando Siria abandonó la unión estatal. Tras la disolución, Egipto celebró, en calidad de uno de los dos Estados sucesores, acuerdos con otros Estados (por ejemplo, los Estados Unidos, Italia, el Reino Unido, Suecia) sobre la indemnización a nacionales extranjeros cuyas propiedades hubieran sido nacionalizadas por la República Árabe Unida (el Estado predecesor) durante el período comprendido entre 1958 y 1961[21].

13. En el caso de la secesión se plantean situaciones más complejas. Después de que Panamá se separara de Colombia en 1903, Panamá se negó a asumir responsabilidad por los daños ocasionados a nacionales estadounidenses durante un incendio en la ciudad de Colón en 1855. No obstante, los Estados Unidos y Panamá firmaron en 1926 el Convenio para el Arreglo de Reclamaciones. El tratado preveía una serie de futuros procedimientos arbitrales que se ocuparían de las consecuencias del incendio de la ciudad de Colón en 1855, incluida la cuestión de si en "caso de determinarse en el arbitramento que existe una responsabilidad original de parte de Colombia, en qué proporción, si alguna cabe, la República de Panamá

[17] *Ibid.*, pág. 91.

[18] Véase L. Foscaneanu, "L'accord ayant pour objet l'indemnisation de la compagnie de Suez nationalisée par l'Egypte", *Annuaire français de droit international*, 1959, pág. 196.

[19] "Accord général entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République arabe unie" en: *R.G.D.I.P.* (1958), págs. 738 y ss.; véase Ch. Rousseau, "Chronique des faits internationaux", *R.G.D.I.P.* (1958), pág. 681.

[20] Agreement between the Government of the United Kingdom and the Government of the United Arab Republic Concerning Financial and Commercial Relations and British Property in Egypt, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 343, pág. 159. Véase E. Cotran, "Some Legal Aspects of the Formation of the United Arab Republic and the United Arab States", *International & Comparative Law Quaterly*, vol. 8 (1959), pág. 366.

[21] Véase B. H. Weston, R. B. Lillich, D. J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Ardsley, N.Y.: Transnational Publ., 1999), págs. 139, 179, 185 y 235. Véase P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007), págs. 107 a 110.

ha sucedido a Colombia en tal responsabilidad por razón de su separación de Colombia el 3 de noviembre de 1903". Aunque nunca tuvo lugar ningún procedimiento arbitral, este ejemplo pone de manifiesto, al menos implícitamente, que ambos Estados habían reconocido la posibilidad de la sucesión en relación con la responsabilidad del Estado[22].

14. Otro ejemplo se refiere a la independencia de la India. Tanto la India como el Pakistán se convirtieron en Estados independientes el 15 de agosto de 1947. El Decreto de Independencia de la India (Derechos, Propiedades y Obligaciones) de 1947 se ocupa de cuestiones relacionadas con la sucesión de Estados[23]. El artículo 10 del Decreto prevé "la transmisión de obligaciones por daños resultantes de actos ilícitos que no sean incumplimientos de contratos" del Dominio Británico de la India al nuevo Estado independiente de la India. En muchos casos tribunales de la India han interpretado el artículo 10 del Decreto[24] y han concluido que la India sigue siendo responsable de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos con anterioridad a la fecha de sucesión[25].

El caso de la sucesión en Europa Central y Oriental en la década de los noventa

15. Casos más recientes corresponden a situaciones de sucesión de Estados en la segunda mitad del siglo XX, algunas de las cuales dieron pie a la cuestión de la responsabilidad. Se trata, en particular, de casos de sucesión ocurridos en Europa Central y Oriental en la década de los noventa, como la disolución de Checoslovaquia, Yugoslavia y la Unión Soviética, así como la unificación de Alemania. Cabe señalar que, de acuerdo con el dictamen núm. 9 de la Comisión Badinter, los Estados sucesores de la República Federativa Socialista de Yugoslavia tenían que resolver mediante acuerdos todas las cuestiones relativas a su sucesión y encontrar una solución equitativa basada en principios inspirados por las Convenciones de Viena de 1978 y 1983 y por las normas pertinentes del derecho internacional consuetudinario[26]. También tuvieron lugar algunos casos en Asia y, aunque en menor medida, en África, donde hubo varios casos de sucesión fuera del contexto de la descolonización (Eritrea, Sudán del Sur). Pueden encontrarse conclusiones relevantes sobre esos casos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros órganos judiciales, en tratados y en otras prácticas de los Estados.

16. Tal vez la decisión más importante sea la resolución de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*. Es cierto que la disolución de Checoslovaquia se basó en un acuerdo y que incluso fue llevada a la práctica de conformidad con su Constitución. Con todo, los Parlamentos checo y eslovaco declararon antes de la disolución su disposición a asumir los derechos y las obligaciones dimanantes de los tratados internacionales del Estado predecesor[27]. El artículo 5 de la Ley Constitucional núm. 4/1993 decía incluso lo siguiente: "La República Checa asume los derechos y las obligaciones que, con arreglo al derecho internacional, incumbían a la República Federal Checa y Eslovaca en la fecha de su disolución, excepto las obligaciones relacionadas con el territorio que había estado bajo la soberanía de la

[22] Convenio entre los Estados Unidos de América y la República de Panamá para el Arreglo de Reclamaciones (1926) en *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, pág. 301. Véase P. Dumberry, *op. cit.*, pág. 165.

[23] En: M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. II (Washington, 1973), pág. 873.

[24] Citado en: D. P. O'Connell, *State Succession…*, *op. cit.*, vol. I, pág. 493.

[25] Véase P. Dumberry, *op. cit.*, pág. 173.

[26] Comisión de Arbitraje para la solución de controversias de la Comunidad Europea, opinión núm. 9, 4 de julio de 1992.

[27] Véanse la Proclamación del Consejo Nacional de la República Eslovaca a los Parlamentos y los Pueblos del Mundo (3 de diciembre de 1992) y la Proclamación del Consejo Nacional de la República Checa a Todos los Parlamentos y Todas las Naciones del Mundo (17 de diciembre de 1992).

República Federal Checa y Eslovaca pero que no se encontraba bajo la soberanía de la República Checa"[28].

17. La Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre la responsabilidad internacional de Eslovaquia en los siguientes términos:

> "Eslovaquia […] puede estar obligada a pagar una indemnización no solo por su propio comportamiento ilícito, sino también por el de Checoslovaquia, y tiene derecho a ser indemnizada por los daños sufridos por Checoslovaquia y por ella misma como resultado del comportamiento ilícito de Hungría."[29]

No obstante el acuerdo especial entre Hungría y Eslovaquia, la Corte parece reconocer, pues, la sucesión en relación con las obligaciones (responsabilidad) secundarias y los derechos secundarios resultantes de hechos ilícitos.

18. Las cuestiones de la sucesión de Estados tras la caída de la antigua Yugoslavia fueron más complejas que en el caso de Checoslovaquia. Una de las razones fue que en 1992 la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) se declaró Estado continuador de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. Sin embargo, las otras antiguas repúblicas yugoslavas no estuvieron de acuerdo. El Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas también se negaron a reconocer a la República Federativa de Yugoslavia como Estado continuador en resoluciones aprobadas en septiembre de 1992[30]. La Comisión de Arbitraje (Comisión Badinter) adoptó la misma postura[31]. Finalmente, la República Federativa de Yugoslavia cambió su posición en 2000, cuando solicitó su ingreso en las Naciones Unidas como nuevo Estado[32].

19. A partir de la recomendación de la Comisión Badinter, los Estados sucesores de la antigua Yugoslavia tuvieron que resolver todas las cuestiones relativas a la sucesión de Estados mediante acuerdos. El 29 de junio de 2001 se concluyó el Acuerdo sobre Cuestiones de Sucesión[33]. De conformidad con su preámbulo, se llegó al acuerdo tras negociaciones "encaminadas a identificar y determinar la distribución equitativa entre sí de los derechos, las obligaciones, los activos y los pasivos de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia". Ha de señalarse que el artículo 2 del anexo F del Acuerdo se ocupa de las cuestiones relativas a los hechos internacionalmente ilícitos cometidos contra terceros Estados con anterioridad a la fecha de sucesión:

> "Todas las reclamaciones formuladas contra la República Federativa Socialista de Yugoslavia que no estén contempladas de algún otro modo por este Acuerdo deberán ser examinadas por el Comité Mixto Permanente establecido con arreglo al artículo 4 del presente Acuerdo. Los Estados sucesores se informarán entre sí de todas las reclamaciones de ese tipo formuladas contra la República Federativa Socialista de Yugoslavia."

20. De este texto se puede inferir que las obligaciones del Estado predecesor no desaparecen simplemente por la disolución de la República Federativa Socialista de

[28] Ley Constitucional núm. 4/1993 de Medidas relativas a la Extinción de la República Federal Checa y Eslovaca.

[29] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997*, pág. 78 (párr. 151).

[30] Resolución 777 (1992) del Consejo de Seguridad, de 19 de septiembre de 1992; resolución 47/1 (1992) de la Asamblea General, de 22 de septiembre de 1992.

[31] Comisión de Arbitraje para la solución de controversias de la Comunidad Europea, opinión núm. 10, 4 de julio de 1992.

[32] Resolución 55/12 de la Asamblea General, de 1 de noviembre de 2000.

[33] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2262, núm. 40296, pág. 251.

Yugoslavia[34]. Asimismo, el artículo 1 del anexo F hace referencia a la transmisión de las reclamaciones del Estado predecesor al Estado sucesor[35].

21. La primera causa "yugoslava" en la que la Corte Internacional de Justicia abordó la cuestión de la sucesión en relación con la responsabilidad, si bien de modo indirecto, es la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*. No se pidió a la Corte que resolviera la cuestión de la sucesión, sino que identificara a la parte demandada:

> "La Corte observa que los hechos y acontecimientos en que se basan las conclusiones finales de Bosnia y Herzegovina tuvieron lugar en un momento en el que Serbia y Montenegro constituían un solo Estado […] Así pues, la Corte señala que la República de Serbia sigue siendo la parte demandada en la causa y que en la fecha del presente fallo es de hecho la única parte demandada […] Dicho esto, hay que tener en cuenta que toda responsabilidad por acontecimientos pasados determinada en el presente fallo incluía en su momento al Estado de Serbia y Montenegro."[36]

22. La Corte Internacional de Justicia dio la misma solución a la controversia paralela en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia y Montenegro)* de 2008[37]. No obstante, no fue hasta su reciente fallo definitivo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* cuando la Corte entró más en detalle en las cuestiones de la sucesión en la responsabilidad del Estado[38]. A pesar de que la Corte desestimó la demanda de Croacia y la reconvención de Serbia aduciendo que faltaba el elemento intencional del genocidio *(dolus specialis)*, el fallo parece ser el pronunciamiento más reciente a favor del argumento de que se puede asumir la responsabilidad de un Estado por vía de sucesión.

23. La Corte Internacional de Justicia recordó que, en su fallo de 18 de noviembre de 2008, había estimado que carecía de competencia para pronunciarse sobre la demanda de Croacia en relación con actos cometidos a partir del 27 de abril de 1992, fecha en que nació la República Federativa de Yugoslavia como Estado independiente y adquirió la condición de parte, por vía de sucesión, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pero se reservó la decisión sobre su competencia respecto de las vulneraciones de la Convención que presuntamente se habían cometido con anterioridad a esa fecha. En su fallo de 2015, la Corte comienza afirmando que la República Federativa de Yugoslavia no podía haber estado obligada por la Convención antes del 27 de abril

[34] Véase P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2007), pág. 121.

[35] "Todos los derechos e intereses que pertenecieran a la República Federativa Socialista de Yugoslavia y que no estén contemplados en modo alguno en el presente Acuerdo, como, entre otros, las patentes, las marcas registradas, los derechos de autor, las regalías, así como las reclamaciones y las deudas a favor de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, se distribuirán entre los Estados sucesores, teniendo presente la proporción en la división de los activos financieros de la República Federativa Socialista de Yugoslavia que figura en el anexo C del presente Acuerdo."

[36] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo de 26 de febrero de 2007, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 75 y 76 (párrs. 74, 77 y 78).

[37] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia and Montenegro)* (excepciones preliminares), fallo de 18 de noviembre de 2008, *I.C.J. Reports 2008*, párrs. 23 a 34.

[38] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (fondo), fallo de 3 de febrero de 2015, *I.C.J. Reports 2015*.

de 1992, ni tan siquiera como Estado *in statu nascendi*, que era el principal argumento de Croacia.

24. No obstante, la Corte toma nota de un argumento alternativo esgrimido por el demandante durante la vista oral celebrada en marzo de 2014, a saber, que la República Federativa de Yugoslavia (y posteriormente Serbia) podía haber sucedido a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en la responsabilidad por incumplir la Convención con anterioridad a dicha fecha. En realidad, Croacia fundó en dos motivos diferentes su afirmación de que la República Federativa de Yugoslavia había sucedido a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en la responsabilidad. En primer lugar, adujo que esta sucesión había tenido lugar por la aplicación de los principios del derecho internacional general relativos a la sucesión de Estados[39]. A tal fin remitía al laudo del tribunal arbitral en el caso *Lighthouses Arbitration* (1956), en el que se afirmaba que se podía transmitir la responsabilidad de un Estado a un sucesor si los hechos eran tales que hacían al Estado sucesor responsable de los actos ilícitos de aquel[40]. En segundo lugar, Croacia sostuvo que la República Federativa de Yugoslavia había señalado, mediante declaración de 27 de abril de 1992, "no solo que sucedía a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en las obligaciones convencionales, sino que también la sucedía en la responsabilidad en que hubiere incurrido la República Federativa Socialista de Yugoslavia por incumplimiento de esas obligaciones convencionales"[41].

25. Serbia mantuvo, además de los argumentos relativos a la competencia y la admisibilidad (una nueva alegación presentada por Croacia, sin fundamento jurídico en el artículo IX u otras disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio), que no existía en derecho internacional general ningún principio de sucesión en la responsabilidad. Resulta bastante interesante que Serbia también sostuviera que todas las cuestiones de sucesión en los derechos y las obligaciones de la República Federativa Socialista de Yugoslavia se regían por el Acuerdo sobre Cuestiones de Sucesión (2001), que establecía un procedimiento para examinar las reclamaciones pendientes presentadas contra la República Federativa Socialista de Yugoslavia[42].

26. Cabe mencionar que la Corte no desestimó y, por ende, aceptó el argumento alternativo de Croacia relativo a su competencia sobre los actos anteriores al 27 de abril de 1992. La Corte afirmó que, a fin de determinar si Serbia era responsable de las vulneraciones de la Convención,

> "la Corte tendría que establecer:
>
> 1) si los actos denunciados por Croacia tuvieron lugar y, en caso afirmativo, si eran contrarios a la Convención;

[39] *Ibid.*, párr. 107.

[40] Véanse los argumentos del Profesor J. Crawford, abogado de Croacia; vista pública celebrada el viernes 21 de marzo de 2014, a las 10.00 horas, en el Palacio de la Paz, bajo la Presidencia del Presidente Tomka, en *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, CR 2014/21, pág. 21, párr. 42: "Afirmamos que la norma de sucesión puede ser de aplicación en circunstancias particulares si está justificada. No existe ninguna norma general de sucesión aplicable a la responsabilidad, pero tampoco existe ninguna normal general en contra de dicha sucesión".

[41] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (fondo), fallo de 3 de febrero de 2015, párr. 107.

[42] Véanse los argumentos del Profesor A. Zimmermann, abogado de Serbia, quien remitió al artículo 2 del anexo F del Acuerdo, que prevé la solución de controversias a manos del Comité Mixto Permanente. Vista pública celebrada el jueves 27 de marzo de 2014, a las 15.00 horas, CR 2014/22, pág. 27, párrs. 52 a 54.

2) de ser así, si eran achacables a la República Federativa Socialista de Yugoslavia en el momento en que tuvieron lugar y entrañaban su responsabilidad; y

3) en caso de responsabilidad de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, si la República Federativa de Yugoslavia fue su sucesora al respecto.”[43]

27. Es importante señalar que la Corte consideró que las normas sobre sucesión que podían ser de aplicación en aquel caso entraban en la misma categoría que las normas sobre interpretación de los tratados y responsabilidad de los Estados[44]. Ahora bien, no todos los magistrados de la Corte Internacional de Justicia compartieron la opinión de la mayoría. Tal y como figura en la Declaración de la Magistrada Xue, “hasta la fecha, en ninguna de las normas codificadas de derecho internacional general relativas a la sucesión en tratados y la responsabilidad del Estado se ha contemplado nunca la sucesión del Estado en la responsabilidad […] Están aún por desarrollar normas sobre la responsabilidad del Estado en caso de sucesión”[45].

28. Resulta también interesante el arbitraje sobre inversiones en el caso *Mytilineos Holdings SA.* En este caso, el tribunal arbitral señaló que, una vez iniciada la controversia, Montenegro declaró la independencia. Si bien no se pidió al tribunal que se pronunciara sobre ninguna cuestión jurídica relativa a la sucesión de Estados, este observó que era indiscutible que la República de Serbia mantendría la condición jurídica de Serbia y Montenegro en el plano internacional[46].

29. La unificación de Alemania ha dado lugar a numerosos ejemplos en relación con la sucesión de Estados. Tras la reunificación, la República Federal de Alemania asumió las obligaciones derivadas de la responsabilidad por ilícitos civiles de la antigua República Democrática de Alemania[47]. Una de las cuestiones sin resolver en el momento en que tuvo lugar la unificación era la de las indemnizaciones por la expropiación de bienes en el territorio de la antigua República Democrática de Alemania. Con la excepción de algunos acuerdos sobre sumas a tanto alzado, la República Democrática de Alemania siempre se había negado a pagar indemnizaciones, situación que cambió en la última etapa previa a la unificación, cuando aprobó una ley para la resolución de este tipo de cuestiones (29 de junio de 1990). En relación con este cambio, los Gobiernos de la República Federal de Alemania y de la República Democrática de Alemania aprobaron la Declaración Conjunta sobre la Resolución de Cuestiones Sin Resolver en Materia de Derechos de Propiedad (15 de junio de 1990)[48]. De acuerdo con el párrafo 3 de la Declaración Conjunta, las propiedades confiscadas después de 1949 debían ser restituidas a los propietarios originales. Esta disposición puede ser interpretada fundamentalmente desde la vertiente de la responsabilidad por ilícitos civiles (responsabilidad extracontractual) más que desde la vertiente de la responsabilidad del Estado.

30. No obstante, merece la pena señalar que el Tribunal Administrativo Federal de la República Federal de Alemania abordó la cuestión de la sucesión del Estado en relación

[43] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (fondo), fallo de 3 de febrero de 2015, párr. 112.

[44] *Ibid.*, párr. 115.

[45] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (fondo), fallo de 3 de febrero de 2015, Declaración de la Magistrada Xue, párr. 23.

[46] *Mytilineos Holdings SA v. 1. The State Union of Serbia & Montenegro, 2. Republic of Serbia*, laudo parcial sobre competencia (arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), Zúrich, 8 de septiembre de 2006, párr. 158.

[47] Art. 24, Tratado relativo al Establecimiento de la Unidad Alemana, 31 de agosto 1990, *I.L.M.*, vol. 30, pág. 463.

[48] *BGBl. 1990*, vol. II, pág. 1237.

con los extranjeros. Aunque el Tribunal no admitió la responsabilidad de la República Federal de Alemania por un hecho internacionalmente ilícito (una expropiación) cometido por la República Democrática de Alemania contra un ciudadano neerlandés, reconoció que la obligación de la antigua República Democrática de Alemania de pagar una indemnización se trasladaba al Estado sucesor[49].

31. Otro ejemplo de transmisión de la responsabilidad del Estado predecesor al Estado sucesor es el Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la Resolución de Determinadas Demandas de Restitución de Bienes (1992)[50]. Este Acuerdo abarca las demandas de los nacionales estadounidenses como resultado de la nacionalización, la expropiación y otras medidas adoptadas por la República Democrática de Alemania entre 1949 y 1976.

Opinión de la doctrina

32. En el pasado, la doctrina mayoritaria negaba la posibilidad de que la responsabilidad se trasladara al Estado sucesor[51]. No obstante, con el paso del tiempo, fundamentalmente en los últimos 20 años, han ido cambiando los planteamientos, incluidas algunas opiniones matizadas o críticas sobre la tesis de la no sucesión, o incluso se ha llegado a admitir la sucesión en determinados casos[52]. Según algunos autores, cuando el Estado sucesor asume todos los derechos del Estado predecesor (como en el caso de la unificación), también debe asumir las obligaciones resultantes de hechos internacionalmente ilícitos. En estos casos, las obligaciones que resultan de ilícitos civiles deben ser tratadas como deudas contractuales[53].

33. Cabe señalar que la cuestión fue abordada por la Asociación de Derecho Internacional (2008)[54] y el Instituto de Derecho Internacional (2013). Este último ha

[49] Decisión de 1 julio de 1999, BVerwG 7 B 2.99. Véase P. Dumberry, *op. cit.*, pág. 90.

[50] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1911, pág. 27.

[51] Véanse, por ejemplo, A. Cavaglieri, "Règles générales du droit de la paix", *RCADI*, vol. 26, 1929-I, págs. 374, 378, 416 y ss.; K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law* (Ginebra: Librairie Droz, 1968), págs. 11 y 189; P. M. Eisemann, M. Koskenniemi (Dir.), *State Succession: Codification Tested Against the Facts* (La Haya: Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publ., 2000), págs. 193 y 194; C. R. Craven, "The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law", *European Journal of International Law*, vol. 9 (1998), núm. 1, págs. 149 y 150; J. Malenovský, "Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie", *Annuaire français de droit international*, vol. 39 (1993), pág. 334; L. Mälksoo, *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR (A Study of the Tension between Normativity and Power in International Law)* (Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2003), pág. 257; J. P. Monnier, "La succession d'Etats en matière de responsabilité internationale", *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), págs. 65 a 90; D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I (Cambridge, Cambridge University Press, 1967), pág. 482.

[52] Véanse, por ejemplo, W. Czaplinski, "State Succession and State Responsibility", *Canadian YBIL* 28 (1990), págs. 346 y 356; M. T. Kamminga, "State Succession in Respect of Human Rights Treaties", *European Journal of International Law*, vol. 7 (1996), núm. 4, pág. 483; V. Mikulka, "State succession and responsibility" en: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *Law of International Responsibility* (Oxford, Oxford University Press, 2010), pág. 291; P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility* (Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2007); D. P. O'Connell, "Recent Problems of State Succession in Relation to New States", *RCADI*, vol. 130, 1970-II, pág. 162; B. Stern, "Responsabilité internationale et succession d'Etats" en: L. Boisson de Chazournes, V. Gowland-Debbas, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (La Haya: Martinus Nijhoff Publ., 2001), pág. 336.

[53] W. Czaplinski, "State Succession…", *op. cit.*, pág. 357.

[54] Report of the ILA Conference (2008).

establecido una comisión específica para ocuparse de la cuestión[55]. En su período de sesiones de Tallin (en 2015), el Instituto aprobó finalmente, sobre la base del informe del Relator Especial (Profesor Marcelo G. Kohen), una resolución sobre la sucesión de Estados en cuestiones de responsabilidad del Estado, que consta de 1 preámbulo y 16 artículos. La resolución insiste acertadamente en que se necesitan codificación y desarrollo progresivo en este ámbito[56]. El capítulo I tiene dos artículos: uno sobre los términos empleados (art. 1), que se basa en los términos utilizados en las Convenciones de Viena de 1978 y 1983, y otro sobre el ámbito de aplicación de la resolución (art. 2). El capítulo II incluye una serie de normas comunes aplicables a todas las categorías de sucesión de Estados (arts. 3 a 10). En primer lugar, el artículo 3 subraya el carácter subsidiario de los principios rectores. Los artículos 4 y 5 regulan, respectivamente, la invocación de la responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado predecesor o en contra de este con anterioridad a la fecha de la sucesión de Estados. El punto común es la pervivencia del Estado predecesor. Refleja una norma general de no sucesión si el Estado predecesor sigue existiendo. El siguiente artículo está dedicado a los acuerdos de autogobierno y las declaraciones unilaterales. El capítulo III (arts. 11 a 16) comprende disposiciones sobre categorías específicas de sucesión de Estados, como la transmisión de una parte del territorio, la separación (secesión) de partes de un Estado, la fusión de Estados y la incorporación de un Estado a otro Estado ya existente, la disolución de un Estado y la aparición de Estados de reciente independencia.

Derecho a una reparación en caso de sucesión de Estados

34. Una de las principales razones para cuestionar la tesis de no sucesión en la responsabilidad del Estado es la "humanización" del derecho internacional, que hace hincapié, entre otros elementos, en la reparación de los daños sufridos por personas físicas, ya sea por vía de la protección diplomática o mediante otros mecanismos. Por tanto, no debe desaparecer el derecho a una reparación en nombre de personas físicas en caso de cesión, disolución o unificación, sino que debe trasladarse al Estado sucesor.

35. En este ámbito, la práctica parece más consolidada que en el de la transmisión de obligaciones resultantes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Por ello, la Comisión de Derecho Internacional pudo aprobar, al codificar los Artículos sobre la Protección Diplomática (2006), una excepción a la regla de continuidad de la nacionalidad en los casos en que una persona física tuviera la nacionalidad de un Estado predecesor (véase el proyecto de artículo 5)[57]. De manera análoga, en el proyecto de artículo 10 se aprobó una regla modificada de continuidad de la nacionalidad de las sociedades[58].

[55] Instituto de Derecho Internacional, 14th Commission: State Succession in Matters of State Responsibility.

[56] Instituto de Derecho Internacional, resolución de 2015, preámbulo, párr. 2: "Convencido de la necesidad de la codificación y el desarrollo progresivo de las normas relativas a la sucesión de Estados en materia de responsabilidad internacional de los Estados, como medio para garantizar una mayor seguridad jurídica en las relaciones internacionales".

[57] Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, 2006, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/61/10), pág. 20: "2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en la fecha en la que se produjo el perjuicio, siempre que esa persona haya tenido la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional".

[58] *Ibid.*, pág. 21: "1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad, o la de su Estado predecesor…".

36. Las reglas codificadas en los Artículos sobre la Protección Diplomática son fruto de una larga historia de arbitrajes y otras decisiones de comisiones de reclamaciones, desde el período que siguió a la Primera Guerra Mundial[59], que interpretaron, entre otras, las normas del Tratado de Versalles[60]. En la práctica moderna, el papel más importante corresponde a la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, que se ocupó de la disolución de Checoslovaquia, Yugoslavia y la Unión Soviética en su decisión núm. 10 de 1992[61].

37. La práctica de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas pone claramente de manifiesto que esta Comisión no siguió la regla de continuidad de la nacionalidad, sino que, por ejemplo, permitió que los Estados sucesores de la antigua Checoslovaquia recibieran indemnizaciones en nombre de sus nuevos nacionales[62].

38. Los derechos de las personas son también objeto de acuerdos muy recientes relativos a la sucesión de Estados. Por ejemplo, el Acuerdo entre la República del Sudán y la República de Sudán del Sur sobre Determinados Asuntos Económicos (2012) dispone, entre otras cosas, en el artículo 5.1.1, que "cada una de las Partes acepta cancelar y condonar a la otra Parte de manera incondicional e irrevocable todas las reclamaciones por los atrasos que no guarden relación con el petróleo y demás reclamaciones financieras pendientes que no guarden relación con el petróleo…". Sin embargo, de conformidad con el artículo 5.1.3, "las Partes convienen en que las disposiciones del artículo 5.1.1 no serán impedimento para las reclamaciones a título privado". Asimismo, en virtud del artículo 5.1.4, "las Partes convienen en adoptar las medidas necesarias, incluido el establecimiento de comités mixtos u otros mecanismos oportunos, para facilitar la presentación de reclamaciones por parte de nacionales u otras personas jurídicas de ambos Estados y asistir en ella con arreglo a las disposiciones de la legislación aplicable en cada Estado".

Una labor de codificación para la Comisión de Derecho Internacional

39. La cuestión de la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado merece ser examinada por la Comisión de Derecho Internacional. Es uno de los temas de derecho internacional general en los que el derecho internacional consuetudinario no estaba bien establecido en el pasado, de modo que la Comisión no lo incluyó en su programa en un primer momento. Es hora, pues, de evaluar los cambios en la práctica de los Estados y la jurisprudencia. Este tema podría llenar las lagunas que sigue habiendo tras haberse ultimado, por una parte, la codificación de la sucesión de Estados en relación con los tratados (Convención de Viena de 1978) y en relación con los bienes, los archivos y las deudas (Convención de Viena de 1983), así como en relación con la nacionalidad

[59] Véase, por ejemplo, *National Bank of Egypt v. German Government and Bank für Handel und Industrie*, Tribunal Mixto de Arbitraje Reino Unido-Alemania, 14 de diciembre de 1923 y 31 de mayo de 1924, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. IV, pág. 233.

[60] Artículos 296, 297e y 297h del Tratado de Versalles.

[61] Decisión adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en la 27ª sesión, sexto período de sesiones, 26 de junio de 1992.

[62] Decisión relativa a la primera entrega de reclamaciones por lesiones corporales graves o muerte (reclamaciones de la categoría "B") adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en su 43ª sesión, celebrada el 26 de mayo de 1994, decisión núm. 20, Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas S/AC.26/Dec.20 (1994); decisión relativa a la primera serie de reclamaciones por la salida del Iraq o de Kuwait (reclamaciones de la categoría "A") adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en su 46ª sesión, celebrada el 20 de octubre de 1994, decisión núm. 22, Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas S/AC.26/Dec.22 (1994).

(Artículos sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales en relación con la Sucesión de Estados de 1999), y, por otra, la relativa a la responsabilidad del Estado.

40. Los trabajos sobre el tema deben seguir los principios fundamentales de la sucesión de Estados en relación con los tratados, que distinguen la transmisión de una parte del territorio, la secesión, la disolución, la unificación y la creación de un nuevo Estado independiente. Un enfoque realista, respaldado por el estudio de la jurisprudencia y otras prácticas de los Estados, requiere que se diferencien los casos de disolución y unificación, en los que ha desaparecido el Estado originario, de los casos de secesión en los que sigue existiendo el Estado predecesor. Este último supuesto suele plantear más problemas, puesto que es mucho menos probable que los Estados acepten la transmisión de la responsabilidad del Estado[63]. Sigue siendo importante distinguir la secesión negociada de la secesión controvertida (revolucionaria). La secesión negociada crea mejores condiciones para acordar todos los aspectos de la sucesión, incluida la responsabilidad.

41. No obstante, los trabajos deben centrarse en mayor medida en reglas secundarias sobre la responsabilidad del Estado. Es importante señalar que el proyecto tiene por objeto tratar los aspectos activos y pasivos de la responsabilidad, es decir, la transmisión (o traspaso) tanto de las obligaciones del Estado que actúa (infractor) como de los derechos (reclamaciones) del Estado lesionado. Esta puede ser la estructura: a) disposiciones generales sobre la sucesión de Estados, haciendo hincapié en particular en la prioridad del acuerdo; b) principios residuales (subsidiarios) sobre la transmisión de las obligaciones resultantes de la responsabilidad del Estado; c) principios sobre la transmisión del derecho a una reparación; d) disposiciones de procedimiento y otras disposiciones.

42. Una cuestión que merece seguir siendo debatida y analizada es si se incluye la transmisión de las obligaciones resultantes de la responsabilidad de los Estados a las organizaciones internacionales, incluidas las instituciones financieras. Otra cuestión se refiere a la transferencia de obligaciones de la responsabilidad de los Estados a las personas físicas. Dejando a un lado las cuestiones de la protección diplomática (por ejemplo, excepciones a las reglas de continuidad de la nacionalidad), que siguen no obstante circunscritas a las relaciones entre Estados, parece que esta cuestión puede ser relevante en el caso y en la medida en que las personas sean titulares de derechos directos frente a un Estado. Este es el caso de ciertos regímenes convencionales, como el del Convenio Europeo de Derechos Humanos[64].

43. La Comisión tiene que debatir la manera y el momento de abordar la cuestión. Sin perjuicio de la decisión que se adopte en el futuro, una forma apropiada para el tema podría ser la de un proyecto de artículos o de principios con comentarios (en particular, tras el precedente de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado y los que posteriormente se convirtieron en las Convenciones de Viena de 1978 y 1983).

[63] Véase J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), pág. 455.

[64] Al respecto, véase *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], asunto núm. 60642/08, sentencia de 16 de julio de 2014.

Bibliografía seleccionada

A. Cavaglieri, “Règles générales du droit de la paix”, *RCADI*, vol. 26, 1929-I.

E. Cotran, “Some Legal Aspects of the Formation of the United Arab Republic and the United Arab States”, *ICLQ*, vol. 8, 1959.

J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (Cambridge: CUP, 2013).

W. Czaplinski, “State Succession and State Responsibility,” *Canadian YBIL* 28 (1990), 339.

W. Czaplinski, *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki miedzynarodowoprawne (1990-1992)* [Territorial Changes in Central and Eastern Europe in 1990-1992 and Their International Legal Consequences] (Warszawa: Scholar, 1998).

P. Dumberry, “New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement”, *EJIL* 17 (2006), 605.

P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007).

P. Dumberry, “The Controversial Issue of State Succession to International Responsibility Revisited in Light of Recent State Practice”, *GYIL* 49 (2006), 413.

P. Dumberry, “Use of the concept of unjust enrichment to resolve issues of state succession to international responsibility”, *Revue Belge de Droit International* 39-2 (2006), 507.

IDI, Session of Tallinn, 14th Commission, Resolution (final text): Succession of States in Matters of International Responsibility (2015).

M. T. Kamminga, “State Succession in Respect of Human Rights Treaties”, *EJIL*, vol. 7, 1996, No. 4.

M. G. Kohen (ed.), *Secession. International Law Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

M. G. Kohen, “Succession of states in the field of international responsibility: the case for codification”, in: *Perspectives of international law in the 21st century: Liber Amicorum Professeur Christian Dominicé in honour of his 80th birthday* (Leiden, Boston: Nijhoff, 2012), 161.

Y. Makonnen, “State succession in Africa: selected problems”, *RCADI*, vol. 200 (1986), 93.

J. Malenovský, “Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie”, *AFDI*, vol. 39 (1993).

L. Mälksoo, *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR* (A Study of the Tension between Normativity and Power in International Law), (Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2003).

K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law* (Geneva: Librairie Droz, 1968).

V. Mikulka, “State Succession and Responsibility”. In: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

V. Mikulka, “Succession of States in Respect of Rights of an Injured State”. In: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

J. P. Monnier, “La succession d’Etats en matière de responsabilité internationale”, *AFDI* 8 (1962), 65.

D. P. O’Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1967).

P. Pustorino, “Failed States and international law: the impact of UN practice on Somalia in respect of fundamental rules of international law”, *GYIL* 53 (2010), 727.

B. Stern, “Responsabilité internationale et succession d’Etats”. In: L. Boisson de Chazournes, V. Gowland-Debbas, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. (The Hague, Martinus Nijhoff, 2001), 335.

P. Šturma, P., “State Succession in Respect of International Responsibility”, *The Geo. Wash. Int’l L. Rev.*, vol. 48 (2016), 653.

P. C. Szasz, “Comment on the genocide case (preliminary objections)”, *Leiden Journal of International Law* 10 (1997), 163.

M. J. Volkovitch, “Towards a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts”, *Columbia Law Review* 92 (1992), 2166.

B. H. Weston, R.B. Lillich, D.J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Ardsley, N.Y.: Transnational Publ., 1999).

M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. II (Washington, 1973).

I. Ziemele, “State continuity, succession and responsibility: reparations to the Baltic States and their Peoples”, *Baltic YBIL* 3 (2003), 165.

1614345