distintos que operan en ámbitos diferentes del derecho consuetudinario. De todos modos, parece que son muchos los que consideran que la práctica de una organización internacional no es una fuente independiente de práctica pertinente para identificar el derecho internacional consuetudinario vinculante para los Estados. La Comisión, si dice otra cosa, deberá basarse en un análisis muy detallado y minucioso de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, y ofrecer ejemplos apropiados.

29. Por lo que respecta al proyecto de conclusión 8, el orador señala que, si bien efectivamente no existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica, sí hay una cierta jerarquía en determinados casos; de lo contrario, el comportamiento del *sheriff* de un pequeño pueblo de los Estados Unidos tendría tanto peso como el del Ministerio de Justicia, y la decisión de un tribunal municipal tanto como una decisión de un tribunal supremo, lo que sería un problema, cuanto más que, de conformidad con el párrafo 2 del proyecto de conclusión, «[e]n los casos en que los órganos del Estado no hayan adoptado una posición unánime, se otorgará menos peso a su práctica». Para solucionarlo, tal vez bastaría con indicar que los órganos en cuestión son «los más altos órganos competentes».

30. En lo que concierne al proyecto de conclusión 9, el orador propone, dado que la expresión «práctica general» se utiliza en todo el proyecto de conclusiones, redactar de nuevo el comienzo del párrafo 1 para que diga: «Por "práctica general" se entiende una práctica extendida […]» y, en aras de la coherencia, titular el proyecto de conclusión «La práctica general debe ser extendida, representativa y uniforme». Quizás habría que especificar también que, en algunos casos, la práctica no se tiene en cuenta (por ejemplo, cuando es contraria al Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y los Estados la consideran ilegal). Con respecto al proyecto de conclusión 10, se podría examinar la posibilidad, en el párrafo 1, de reemplazar «debe ir acompañada de» por «debe provenir de» y añadir «un derecho o» antes de «una obligación». También se podría añadir un párrafo 3 redactado como sigue: «En algunos casos, un Estado podrá desviarse de una práctica general aceptada como derecho debido a la creencia de que una nueva práctica será seguida y aceptada como derecho por otros Estados. En esas circunstancias, el derecho puede evolucionar con el tiempo». En cuanto al proyecto de conclusión 11, el orador propone mover las palabras «que indican qué constituye o no una norma de derecho internacional consuetudinario», de modo que el párrafo 2 diga así: «Las formas de prueba que indican qué constituye o no una norma de derecho internacional consuetudinario incluyen, entre otras cosas, […]». Además, para reflejar con mayor exactitud el análisis contenido en el párrafo 74 del informe, el párrafo 4 podría modificarse de la manera siguiente: «La aceptación como derecho por un Estado no queda, por lo general, demostrada por la mera práctica subyacente».

31. Por último, el orador se declara a favor de remitir todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3225ª SESIÓN

Jueves 17 de julio de 2014, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*[*])

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE señala el programa de trabajo de las tres semanas restantes del período de sesiones. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobarlo.

2. El Sr. KITTICHAISAREE dice que no parece que se haya asignado mucho tiempo al tema de la aplicación provisional de los tratados.

3. El PRESIDENTE subraya que el programa de trabajo es provisional. Si se necesita más tiempo para debatir un determinado tema, se puede modificar. Pregunta si la Comisión acuerda aprobar el programa de trabajo con esa salvedad.

Así queda acordado.

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/666, cap. II, secc. D, A/CN.4/672)

[Tema 9 del programa]

Segundo informe del Relator Especial (*continuación*)

4. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del segundo informe del Relator Especial sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/672).

5. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ alude a la sugerencia del Relator Especial de usar la expresión «aceptada como derecho» antes que la de *opinio iuris* y dice que los problemas relacionados con esta última han surgido más bien en el ámbito académico y no en la práctica. *Opinio iuris* es de uso corriente por parte de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales y nacionales, así como por los Estados y por la doctrina; refleja el carácter flexible y dinámico del derecho internacional

[*] Reanudación de los trabajos de la 3222ª sesión.

consuetudinario y evita interpretaciones literales o equivocadas, a las cuales podría dar pie la alternativa sugerida. El propio Relator Especial se ha referido a la *opinio iuris* varias veces en su segundo informe. Así pues, el orador está de acuerdo con aquellos miembros que han propuesto que se utilice en lugar de «aceptada como derecho» dondequiera que esta segunda expresión figure en los proyectos de conclusión. Debe quedar claro que el elemento subjetivo de la costumbre, sea cual sea su denominación, no es sinónimo de consentimiento o voluntad de los Estados, sino que significa la creencia de que se sigue una determinada práctica porque así lo exige el derecho internacional. El proyecto de conclusión 10 contribuye en alguna medida a explicar la distinción, pero habría que modificarlo ligeramente.

6. Algunos miembros de la Comisión han propuesto reemplazar, en el proyecto de conclusión 1, párrafo 1, la palabra «metodología» por «método». El orador puede estar de acuerdo con ese cambio, pero preferiría «métodos», ya que no existe un método único para determinar la existencia y el alcance del derecho internacional consuetudinario.

7. Un método para identificar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario consiste en realizar un análisis exhaustivo de una determinada práctica y su correspondiente *opinio iuris*; sin embargo, como puso de relieve el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, la Corte no procede a ese análisis respecto de cada norma que se presupone consuetudinaria en una causa determinada, sino que recurre a las pruebas disponibles más sólidas y más adecuadas para determinar la existencia de una norma consuetudinaria. A veces, la Corte examina la práctica directamente; más a menudo, estudia los elementos de prueba que se derivan de la codificación o de fuentes subsidiarias del derecho internacional, como los proyectos de artículo que elabora la Comisión o las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Con frecuencia, reconoce la existencia de una norma de derecho internacional en la forma como ha sido codificada, incluso cuando una norma ha adquirido la condición de consuetudinaria tras la codificación. El examen exhaustivo de la práctica de los Estados es más bien excepcional en el caso de la Corte.

8. La Corte y la Comisión ejercen una gran influencia mutua en sus respectivas labores. La Corte también influye en otros tribunales internacionales, los Estados y los tribunales internos, que no repiten la labor realizada por la Corte para determinar la existencia y el alcance de una norma consuetudinaria. Sería útil que el Relator Especial haga referencia a la práctica de la Corte y a su reconocida autoridad, que comparte la Comisión, para determinar la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario.

9. En el proyecto de conclusión 1 se hace referencia a las «normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*)», pero tanto en el texto del proyecto de conclusión como en el comentario habría que añadir la palabra «general», de manera que la expresión diga en ambos «normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*)». Esto haría que ese enunciado se ajuste al texto de la Convención de Viena de 1969 y pondría de manifiesto que una norma de *jus cogens* es de aplicación universal.

10. No parece necesario incluir en el proyecto de conclusiones las definiciones de «derecho internacional consuetudinario» y «organización internacional»; si se conservaran, tendrían que ser debatidas en detalle en el Comité de Redacción. El orador no ve impedimento alguno para que las organizaciones internacionales, que son sujetos de derecho internacional y gozan de personalidad jurídica distinta de la de sus Estados miembros, puedan contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario. Si esa es la intención que persigue incluir la palabra «principalmente» en el proyecto de conclusión 5, se puede mantener. Sin embargo, no está muy claro cuál es el propósito de este proyecto de conclusión, puesto que lleva por título «Función de la práctica».

11. Con respecto al proyecto de conclusión 7, el orador apoya la inclusión de los actos y la inacción de las organizaciones internacionales como ejemplos de práctica, pero pone de relieve que las resoluciones de los órganos de organizaciones y conferencias internacionales habrían de examinarse en relación con las circunstancias de su aprobación. Las explicaciones de voto suelen proceder de los Estados que votan en contra de una determinada resolución o que se abstienen en la votación. Si se recogen esas declaraciones como prueba de la práctica o la *opinio iuris* y se obvian los votos a favor se podría distorsionar un análisis en favor de una posición minoritaria. Los actos relacionados con estas resoluciones no pueden ser analizados al margen de las resoluciones mismas. Los Estados son muy cuidadosos cuando negocian y aprueban resoluciones en foros internacionales porque son conscientes de las consecuencias jurídicas que pueden tener dichas resoluciones. La amplia participación de los Estados en organizaciones internacionales aporta una contribución igualmente amplia a la práctica y la *opinio iuris*.

12. En vista del principio básico de la igualdad soberana de los Estados, hay que suprimir el párrafo 4 del proyecto de conclusión 9. Todos los Estados, no solo los especialmente afectados, tienen interés en el contenido, el alcance, la creación y el desarrollo del derecho internacional general en todos los ámbitos, y su práctica debe tener el mismo valor.

13. Por último, el orador apoya que se remitan todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

14. El Sr. TLADI afirma que el informe y los proyectos de conclusión que contiene son en buena parte fieles a los objetivos que se había fijado la Comisión en su labor sobre el tema, al encontrar el justo equilibrio entre lo normativo y lo descriptivo. El orador apoya el enfoque basado en dos elementos para identificar el derecho internacional consuetudinario, pero dice que a veces parece que se ha perdido un elemento esencial del tema. El título original del tema era la «formación» del derecho internacional consuetudinario y se cambió para evitar dificultades de traducción, no para alterar la dirección de los trabajos sobre el proyecto[232]. El informe menciona la formación del derecho

[232] Véanse *Anuario… 2013*, vol. I, 3186ª sesión, pág. 118, párr. 21, e ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 70, párrs. 65 y 69.

internacional consuetudinario solo de pasada, pero el orador espera que en futuros informes se integre ese aspecto de forma más deliberada como componente decisivo de los trabajos de la Comisión. A tal efecto, puede que tenga que modificarse el proyecto de conclusión 1. Por otra parte, el proyecto de conclusión 5 deja claro que la Comisión se ocupa tanto de la formación como de la identificación del derecho internacional consuetudinario.

15. El orador se hace eco de las dudas expresadas por el Relator Especial acerca de la necesidad de definir el «derecho internacional consuetudinario», aunque por otras razones; si bien puede haber cierta confusión en cuanto a su formación e identificación, apenas existen dudas sobre el significado de la expresión. Tampoco es necesario definir «organización internacional» si no concurren circunstancias particulares que justifiquen una definición que no sea ni más ni menos que una definición de manual.

16. Con respecto a si existen enfoques diferentes respecto de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario en los distintos ámbitos del derecho internacional, el orador pone en tela de juicio la respuesta negativa que se da a esta cuestión en el párrafo 28 del informe. Las diferencias en cuanto la manera como los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales internacionales abordan la identificación de las normas consuetudinarias pueden, en efecto, ser indicio de que existen diferentes enfoques, pero la Comisión debería examinar cómo y por qué podría ser así, en lugar de limitarse a afirmar, como hace el Relator Especial, que ambos elementos son necesarios y que cualquier otro enfoque entraña el riesgo de dividir artificialmente el derecho internacional. Como ha señalado el Sr. Park, no se puede hacer una defensa tan acérrima del enfoque basado en dos elementos.

17. Habría que eliminar el solapamiento entre los proyectos de conclusión 2 y 3, preferiblemente suprimiendo la definición de «derecho internacional consuetudinario» del proyecto de conclusión 2. El proyecto de conclusión 3 debería incorporar la idea de que tanto la formación como la identificación del derecho internacional consuetudinario siguen el mismo enfoque básico. Si se considera necesario el proyecto de conclusión 4, se podría fusionar con el proyecto de conclusión 3 o el proyecto de conclusión 8, aun cuando este último no trata del concepto de la aceptación como derecho.

18. El orador, aunque conviene con el Relator Especial en que las resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales pueden servir de prueba de la práctica de los Estados, hace hincapié en que esas resoluciones no deberían examinarse fuera de su contexto: el proceso de negociación y aprobación tendría que analizarse en su conjunto, prestando especial atención a las posiciones adoptadas por cada uno de los Estados. También está de acuerdo en que la inacción puede contar como práctica; no obstante, hay otro matiz que debería tenerse en cuenta en el proyecto de conclusión 7. El hecho de que un alto funcionario del Estado nunca haya sido enjuiciado podría indicar que goza de inmunidad *ratione personae* única y exclusivamente si las autoridades competentes estudiaron la posibilidad de enjuiciarlo pero decidieron finalmente no hacerlo.

19. En relación con los proyectos de conclusión 5 y 7, el orador comparte la idea de que las indagaciones sobre la práctica se centran principalmente en la práctica de los Estados.

20. Los casos en que se acude a la práctica de otras entidades que no sean Estados son excepcionales, si bien pueden darse. La conducta de las organizaciones internacionales puede reflejar la práctica de los Estados, y en determinadas circunstancias la práctica de las propias organizaciones internacionales puede ser pertinente. El orador espera que en el tercer informe del Relator Especial se tengan en cuenta estas excepciones.

21. En relación con el proyecto de conclusión 8, el orador comparte la preocupación que se ha expresado acerca del menor peso que se ha de otorgar a la práctica de un Estado si sus diversos órganos no adoptan una posición unánime, puesto que ese enfoque no tiene en cuenta el poder relativo de los distintos órganos. No se deben menospreciar las resoluciones del más alto tribunal de un país debido a la práctica contraria de un funcionario municipal. También comparte la opinión de que no debe entenderse que la práctica de los «Estados especialmente afectados» signifique la práctica de los «Estados poderosos», ni siquiera los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, puesto que ello podría tener repercusiones en el principio de la igualdad soberana de los Estados. Por consiguiente, tal vez sea necesario que la Comisión defina la expresión «Estados especialmente afectados» a los efectos del proyecto de conclusión 9, párrafo 4.

22. Finalmente, el orador rechaza la crítica del Sr. Murase de que la enumeración de las mismas fuentes como prueba tanto de la práctica como de la *opinio iuris* equivale a un doble cómputo y es incompatible con el enfoque basado en dos elementos. Una resolución aprobada cada año sobre una cuestión determinada cuenta sin duda como práctica; si contiene disposiciones exhortativas, también cuenta como *opinio iuris*. Por último, el orador apoya que se transmitan los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

23. El Sr. FORTEAU, si bien alaba el rigor intelectual del informe del Relator Especial, dice que la cantidad de cuestiones suscitadas en los numerosos proyectos de conclusión amenazan con paralizar los trabajos del Comité de Redacción. El año próximo hay que abordar cuestiones más complejas. Por ello, resultaría útil saber más de cuáles son los planes, en particular en lo concerniente a la forma y el contenido de los comentarios.

24. El orador, tras llamar la atención sobre un problema de traducción en el título de los proyectos de conclusión en francés, dice que la expresión *opinio iuris*, que el Relator Especial ha decidido no emplear por razones teóricas y conceptuales, debería introducirse porque es comúnmente utilizada por los Estados y la doctrina y en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales internacionales y ofrece una alternativa simple a la complicada paráfrasis propuesta. También refleja el hecho de que la creación de la costumbre no se basa en la aceptación individual por cada miembro de la comunidad internacional, sino en una opinión generalmente aceptada en el ámbito de esa comunidad.

25. El orador expresa su respaldo a la orientación general del proyecto de conclusiones y apoya plenamente el enfoque basado en dos elementos para la identificación del derecho internacional consuetudinario. En el proyecto de conclusión 1 habría que hacer referencia, no solo a la existencia y al contenido de las normas consuetudinarias, sino también a su alcance, para dejar la puerta abierta a que se tenga en cuenta a los objetores persistentes, así como la costumbre regional no universal. El proyecto de conclusión 1 también debería referirse, no a la «metodología», sino a las «normas», un término más exacto en el contexto del tema, que versa sobre las normas secundarias de derecho internacional que contribuyen a determinar cómo y cuándo puede considerarse que una norma forma parte de la costumbre.

26. Por lo que respecta al proyecto de conclusión 5, el orador no está de acuerdo en que sea principalmente la práctica de los Estados la que contribuya a la creación de normas de derecho internacional consuetudinario. Si bien puede que sea así en el caso de las normas relativas a las relaciones entre Estados, el derecho internacional no se limita a esas relaciones. La práctica de las organizaciones internacionales es directamente pertinente. Por consiguiente, hay que suprimir o volver a redactar en lo sustancial el proyecto de conclusión 5.

27. En el proyecto de conclusión 7, el párrafo 2 debe hacer alusión a los actos administrativos y legislativos; el párrafo 3 parece prematuro, en vista de que en el tercer informe del Relator Especial se tratará la inacción. El proyecto de conclusión 11, párrafo 3, también parece prematuro, por el mismo motivo. Solo determinados tipos de inacción pueden constituir práctica. La inacción puede ser directa, como en el caso del cumplimiento de una prohibición consuetudinaria, o indirecta, como el hecho de no oponerse a la práctica de otros Estados, tal como se refleja en el reciente fallo del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la causa *Buque «Virginia G»* (párr. 218). El proyecto de conclusión 7, párrafo 4, se examinará de nuevo a la luz del tercer informe del Relator Especial, pero el orador subraya que, dado que las organizaciones internacionales gozan de personalidad jurídica, sus prácticas son atribuibles a las propias organizaciones, y no a cada uno de sus miembros, cosa que refleja adecuadamente el empleo de la expresión «práctica general» de preferencia a «práctica de los Estados».

28. En vez de otorgar menos peso a la práctica de los Estados cuyos órganos no hayan adoptado una posición unánime, como sugiere el proyecto de conclusión 8, convendría centrarse en determinar si una práctica concreta es constante. La necesidad de tener en cuenta toda la práctica disponible del Estado, enunciada en el proyecto de conclusión 8, párrafo 2, plantea dos dificultades: ¿cómo puede contribuir la Comisión a que los profesionales tengan acceso más fácilmente a la práctica del Estado y cuál es el significado jurídico de «disponible»? ¿Es realista esperar que los jueces, en particular los de los tribunales nacionales, busquen toda la práctica disponible del Estado con respecto a una norma determinada o tienen que basarse en las pruebas presentadas por las partes en un asunto? El orador cuestiona el uso mismo del término «prueba» en el contexto de la determinación del derecho internacional consuetudinario y sugiere que los proyectos de conclusión 4, 8 y 11 se refieran en su lugar a «medios» o «modos» de constatar la existencia de la práctica y la *opinio iuris*. Según el principio *iura novit curia*, corresponde al juez determinar el derecho, y no a las partes.

29. En el proyecto de conclusión 9, los párrafos 2 y 3 deberían ser más coherentes al referirse a la medida en que una práctica debe ser general a los efectos de constatar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. El párrafo 4 parece ir demasiado lejos al interpretar los fallos de la Corte Internacional de Justicia relativos a la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados; se corre el riesgo de crear desigualdades entre los Estados. El orador respalda el principio que se enuncia en el proyecto de conclusión 11, párrafo 4, porque un solo documento puede servir fácilmente de prueba tanto de la práctica como de la *opinio iuris*.

30. Por último, el orador recomienda que se remitan los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

31. El Sr. CANDIOTI, en alusión al comentario del Sr. Forteau de que sería preferible hablar de «normas» en vez de «metodología» en el proyecto de conclusión 1, recuerda que el propósito original de los trabajos sobre el tema era preparar una guía para profesionales[233] y no elaborar normas secundarias para determinar la existencia de derecho internacional consuetudinario.

32. El Sr. MURASE, en referencia a los comentarios del Sr. Forteau y el Sr. Tladi, afirma que personalmente no ha entendido que la intención del Relator Especial sea estudiar el contenido de la *opinio iuris*.

33. El Sr. PETRIČ considera que la estructura y formulación generales de los 11 proyectos de conclusión son aceptables y que todos deben remitirse al Comité de Redacción. Los proyectos de conclusión, al estar destinados a servir de ayuda a los profesionales, deben ser lo más explícitos posible, aun cuando algunos de ellos puedan parecer una obviedad para los expertos en derecho internacional.

34. En relación con el proyecto de conclusión 1, el orador conviene con el Sr. Park en la necesidad de sustituir la palabra «metodología» por otro término más adecuado.

35. En cuanto al proyecto de conclusión 2, el orador suscribe la propuesta del Relator Especial de adoptar una definición de derecho internacional consuetudinario basada en la terminología de la Corte Internacional de Justicia. Como el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más comúnmente aceptados, la Comisión no debería apartarse de modo significativo de su letra y su espíritu, en particular el Artículo 38.

36. No está claro por qué el Relator Especial habla tan solo de «normas» al hacer referencia al derecho internacional consuetudinario. Es bien sabido que algunos principios establecidos en tratados internacionales, que son

[233] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 160.

vinculantes únicamente *inter partes*, pueden ser después aceptados generalmente por quienes no son partes en un tratado determinado y pasar así a formar parte del derecho internacional consuetudinario. Resultaría útil que el Relator Especial aclarara el razonamiento que lo ha llevado a esa decisión e incluyera también la correspondiente explicación en el comentario.

37. Debe quedar claro que, salvo que esté codificado, el derecho internacional consuetudinario es un derecho no escrito, y habría que considerar también las consecuencias de ese hecho en cuanto a su identificación e interpretación.

38. Por lo que respecta al proyecto de conclusión 3, sería útil que se indicase, bien en el comentario o bien en la propia conclusión, a quién incumbe determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. En relación con una controversia, probablemente incumba a un tribunal, un árbitro o un órgano de una organización internacional. Sin embargo, la cuestión es si los Estados mismos son libres de determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario alegando que hay una práctica general aceptada como derecho.

39. En lo que concierne al proyecto de conclusión 5, el orador comparte las preocupaciones expresadas por oradores anteriores respecto del término «principalmente». De mantenerse esa palabra, habría que explicar con claridad qué tipo de práctica, que no sea práctica estatal, contribuye a la creación de las normas de derecho internacional consuetudinario; si no, «principalmente» podría entenderse en el sentido de que existe una jerarquía entre las distintas formas de práctica de los diversos contribuyentes al derecho internacional consuetudinario. Asimismo, el uso de la palabra no concuerda con el proyecto de conclusión 6, que se refiere solamente a la práctica del Estado.

40. En el párrafo 40 del informe, el Relator Especial cita una lista no exhaustiva de las principales formas de práctica, entre las cuales figuran las «resoluciones judiciales internacionales y nacionales». Sin embargo, en el proyecto de conclusión 7, no se hace mención alguna de las sentencias de los tribunales internacionales; teniendo en cuenta quiénes son los futuros usuarios de las conclusiones, quizás sea útil explicar esa omisión.

41. Además, la lista no exhaustiva de los tipos de práctica de los Estados que figura en el párrafo 41 del informe, aunque incluye la categoría de actos y correspondencia diplomáticos, no se refiere al acto de reconocimiento, a pesar de que el reconocimiento de una costumbre, una situación o una pretensión es un acto diplomático importante que produce efectos jurídicos. Tampoco se mencionan las gestiones diplomáticas. Sería útil que se explicaran estas omisiones.

42. El proyecto de conclusión 7, párrafo 3, que se refiere a la inacción, debería desarrollarse ampliamente en el comentario o incluso en una conclusión separada.

43. El proyecto de conclusión 8, párrafo 1, que indica que no existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de la práctica, entra en contradicción con el párrafo 2, que da a entender que la práctica de un órgano de un Estado puede tener más peso que la de otro.

44. En relación con el proyecto de conclusión 9, el orador está de acuerdo en que la práctica tiene que ser general y representativa y estar extendida. También comparte la opinión del Relator Especial, expresada en el párrafo 53 de su segundo informe, de que la práctica seguida por un número relativamente pequeño de Estados puede crear una norma de no haber una práctica que la contradiga. Sin embargo, se plantea el interrogante de si, a falta de oposición por parte de otro Estado, la práctica de un solo Estado es suficiente para crear una norma consuetudinaria. Se trata de una cuestión en gran parte hipotética, pero un caso famoso a este propósito es la conducta jurídica de los Estados Unidos a raíz de su alunizaje, que llevó a la aserción de la condición jurídica de la Luna y otros cuerpos celestes como *res communis omnium*.

45. Aunque fundamentalmente esté de acuerdo con el proyecto de conclusión 10, el orador no está seguro de que la expresión «acompañada de la creencia de que se trata de una obligación jurídica» sea apropiada. A su juicio, debe haber algo más que una «creencia» de que la práctica en cuestión se percibe como una obligación jurídica. Las palabras «conciencia» o «suposición» podrían ser alternativas apropiadas.

46. El orador está de acuerdo en líneas generales con el proyecto de conclusión 11, sobre la prueba de la aceptación como derecho, pero sugiere que el Relator Especial estudie la posibilidad de dedicar parte del comentario a la cuestión de la llamada opinión pública profesional, en otras palabras, la opinión de expertos y organismos como la International Law Association, como elemento que contribuye a la toma de conciencia de lo que ha sido aceptado como derecho.

47. El Sr. KITTICHAISAREE opina que el proceso de identificación debe ser práctico y realista, por lo que saluda el proyecto de conclusión 4, que exige tener en cuenta el contexto, incluidas las circunstancias que rodean el caso. A este respecto, la Comisión podría considerar la necesidad de seguir los cuatro métodos concretos que, según el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, han desempeñado un papel importante en la valoración por la Corte de la prueba del derecho internacional consuetudinario, en función de las circunstancias. Estos métodos son: la remisión a los tratados multilaterales y sus trabajos preparatorios; la remisión a las resoluciones de las Naciones Unidas y otros documentos no vinculantes redactados en lenguaje normativo; el estudio de si una norma existente se aplica a las circunstancias del momento por deducción; y el recurso a la analogía.

48. En un mundo con casi 200 Estados y varios otros actores internacionales, el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, y el proyecto de conclusión 11, párrafo 2, aciertan al abarcar todas las formas posibles de prueba de la práctica y la aceptación como derecho, respectivamente. Sin embargo, los principales retos estriban en cómo demostrar que una «creencia de que se trata de una obligación jurídica» está acompañada de una práctica determinada, conforme a lo dispuesto en el proyecto de conclusión 10,

párrafo 1, y cómo distinguir los supuestos en que el «doble cómputo» es lícito en virtud del proyecto de conclusión 11, párrafo 4.

49. Con respecto a la afirmación que hace el Relator Especial en el párrafo 27 del informe según la cual la Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General de la International Law Association[234] tiende a rebajar la función del elemento subjetivo en la identificación del derecho internacional consuetudinario, el orador dice que la Declaración de Londres debe tenerse en cuenta en su debido contexto. La International Law Association distinguía con toda la razón entre las diferentes etapas de la vida de una norma consuetudinaria y concluyó que no siempre era necesario constatar la existencia del elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario separadamente de la existencia del elemento objetivo[235]. Asimismo, la «paradoja» o el «argumento de círculo vicioso» a los que se alude en el párrafo 66 del informe han sido resueltos por la International Law Association, que afirmó que, en cuanto una norma consuetudinaria había arraigado, los Estados adquirían naturalmente el convencimiento de su existencia, aunque eso no probaba necesariamente que el elemento subjetivo tuviera que estar presente durante la formación de la norma[236].

50. En relación con la aplicación del enfoque basado en dos elementos en distintos ámbitos del derecho internacional, a que se refiere el párrafo 28, el orador señala que el proyecto de conclusión 4 afirma correctamente que la identificación de una norma determinada de derecho internacional consuetudinario en cualquier ámbito debe ser considerada en su debido contexto, incluidas las circunstancias que rodean el caso.

51. En el párrafo 62 del informe se afirma que, cuando un Estado actúa en cumplimiento de sus obligaciones convencionales, el acto no demuestra por lo general la existencia de una *opinio iuris*. En ese contexto, un dilema que hay que resolver es que, a medida que aumenta el número de partes en un tratado, más difícil resulta valorar cuál es el estado del derecho consuetudinario fuera del derecho convencional; en el caso de tratados que han sido ampliamente ratificados, tan solo unos pocos Estados crearán derecho consuetudinario. De hecho, en algunos casos, como en el de los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Convenios de Ginebra de 1949), será prácticamente imposible determinar el estatus de derecho consuetudinario fuera de los Convenios, puesto que casi no hay ningún Estado que esté al margen de ese régimen convencional. A fin de aclarar la relación entre el derecho consuetudinario y el derecho convencional, la Comisión debería tomar en consideración la clasificación de las formas de interacción de un tratado con el derecho consuetudinario, realizada en 1978 por el Magistrado Jiménez de Aréchaga, Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Según el Magistrado, un tratado puede tener: el efecto declaratorio de codificar el derecho existente; el efecto cristalizador de codificar una norma emergente; y un efecto generador y representar la prueba constitutiva de la aceptación como derecho, que contribuirá a la formación del derecho consuetudinario[237].

52. En el párrafo 66 de su segundo informe, el Relator Especial sostiene que el elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario ha suscitado más dificultades en la teoría que en la práctica. En vista de que las sentencias de tribunales internacionales más recientes que se citan para respaldar esa afirmación se remontan a 1970, el orador se pregunta si hay normas más recientes de derecho internacional consuetudinario que hayan nacido a partir de los criterios fijados por la Corte Internacional de Justicia en las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte* de 1969. De haberlas, el Relator Especial debería explicar en detalle cómo se han identificado esas normas y los factores que han contribuido a que se las identifique como tales.

53. En el párrafo 70 del informe se afirma que ciertas prácticas pueden ser, en sí mismas, prueba de una *opinio iuris* o ser pertinentes para demostrar tanto la práctica necesaria como su aceptación como derecho. Sin embargo, en el párrafo 74 se dice que la misma conducta no puede servir, en un caso concreto, para demostrar tanto la práctica como la aceptación de esa práctica como derecho. Como esos dos párrafos son contradictorios entre sí, es preciso profundizar aún más para aclarar la norma propuesta en el proyecto de conclusión 11, párrafo 4. Al objeto de resolver la contradicción, el orador propone que se indique que la práctica constante de los Estados puede demostrar la aceptación como derecho, y viceversa.

54. En el proyecto de conclusión 2, apartado *b*, la expresión «organización internacional» debe entenderse en el sentido de que abarca a entidades internacionales como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el predecesor de la OMC. En segundo lugar, el proyecto de conclusión 4 debería especificar las circunstancias que son importantes al valorar la prueba de una práctica general. En tercer lugar, el Relator Especial podría abordar la evaluación del consenso en relación con las resoluciones de órganos deliberativos de organizaciones o conferencias internacionales. Si bien en el segundo informe se trata esa cuestión en el párrafo 76 *g*, no se ofrece ninguna conclusión sobre las resoluciones aprobadas por consenso.

55. En cuarto lugar, si bien la inacción puede considerarse como prueba de la práctica del Estado, en particular cuando se califica de aquiescencia, no siempre es así. El silencio en ausencia de una obligación de hablar no debe implicar necesariamente consentimiento. Como la manera de llevar los asuntos internacionales difiere de una región a otra, la inacción no se puede interpretar

[234] Resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, pág. 39. La Declaración de Londres aparece reproducida en ibíd., págs. 712 a 777.

[235] Véase el párrafo *b* 4 del comentario de la parte I de la Declaración de Londres.

[236] Véase el párrafo 10 *b* de la introducción de la Declaración de Londres.

[237] E. Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, vol. 159, págs. 1 a 334, en especial pág. 14.

uniformemente. En el comentario hay que dar más orientaciones sobre los supuestos en que la inacción puede interpretarse como aquiescencia. La Comisión tiene que elaborar criterios que respondan a preguntas fundamentales sobre, por ejemplo, el nivel de inacción requerido, la relación entre acción e inacción y el papel del objetor persistente en ese contexto.

56. Por último, en cuanto al peso que debe otorgarse a la práctica del Estado cuando sus órganos no mantienen una posición unánime, es necesario tener en cuenta qué órganos tienen potestad legal o constitucional para posicionarse respecto de una cuestión determinada y si la postura del órgano debe considerarse que representa la práctica estatal para ese Estado.

57. En conclusión, el orador recomienda que los proyectos de conclusión se remitan al Comité de Redacción.

58. El Sr. HASSOUNA respalda el enfoque basado en dos elementos y aprueba la meticulosa formulación de los proyectos de conclusión 2 y 3. Coincide con el Relator Especial en rechazar el punto de vista según el cual la identificación del derecho internacional consuetudinario puede variar en función del ámbito específico del derecho internacional; de aceptarse esa opinión, se podrían crear divisiones artificiales dentro del derecho internacional en su conjunto. No obstante, se debería indicar en el comentario que el peso respectivo que ha de otorgarse a cada uno de los dos elementos puede variar según el ámbito del derecho internacional de que se trate.

59. Con respecto al proyecto de conclusión 4, sería útil que el Relator Especial aclarase el sentido de las palabras «incluidas las circunstancias que rodean el caso», que parece estar subsumido en la expresión «debe tenerse en cuenta el contexto». La formulación «debe tenerse» es demasiado prescriptiva y el orador propone sustituirla por «se debería prestar la debida atención».

60. En lo que se refiere al proyecto de conclusión 7, párrafo 1, es discutible que los actos verbales constituyan práctica. Las manifestaciones o declaraciones escritas o verbales atribuibles a Estados desempeñan sin duda un papel esencial en el proceso consuetudinario, puesto que son prueba de la existencia de una práctica, así como de su aceptación como derecho. Sin embargo, esas afirmaciones, de por sí, no constituyen práctica. Las normas consuetudinarias se basan en lo que hacen los Estados, no en lo que declaran, aunque sus declaraciones sean imprescindibles para conocer y entender su conducta.

61. El argumento del Relator Especial de que excluir de la práctica las declaraciones escritas y orales «podría interpretarse como una forma de alentar la confrontación y, en algunos casos, incluso el uso de la fuerza» parece exagerado. La aportación doctrinal citada en la nota del párrafo 37 del segundo informe, después de las palabras «uso de la fuerza», para respaldar ese argumento es inexacta. Pasa por alto el hecho de que la inacción también es una forma de práctica y de que el derecho internacional consuetudinario no surge solamente de la práctica, sino que requiere la prueba de la aceptación de la práctica como derecho, lo cual obviamente no sucede en los ejemplos aducidos en el artículo citado.

62. A fin de evitar diferencias entre el enunciado del proyecto de conclusión 11, que versa sobre la *opinio iuris*, y el del proyecto de conclusión 7, que concierne a la práctica, el orador propone basar el proyecto de conclusión 7 en el proyecto de conclusión 11. Por consiguiente, los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 7 deberían empezar, respectivamente, así: «La prueba de la práctica puede asumir una gran variedad de formas» y «Las formas de prueba incluyen, entre otras cosas». Este enfoque reflejaría la idea de que las manifestaciones y declaraciones, en cuanto «actos verbales», no son ellas mismas constitutivas de normas consuetudinarias, a pesar de ser necesarias para entender la práctica de los Estados y aportar prueba de ella.

63. En relación con el proyecto de conclusión 7, párrafo 4, el orador está de acuerdo en que las resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales, como la Asamblea General de las Naciones Unidas, pueden demostrar que los Estados siguen una determinada práctica y la aceptan como derecho. Sin embargo, una demostración a tales efectos exige que se detalle el procedimiento de votación y el contexto en el que se aprueban las resoluciones. Habrá que abordar varias cuestiones complejas cuando el Relator Especial examine la práctica de las organizaciones internacionales en su tercer informe: ¿en qué medida la suposición de que la práctica de las organizaciones internacionales es equiparable a la de los Estados es compatible con la condición jurídica de las organizaciones internacionales como sujetos distintos de derecho internacional? ¿Cómo ha de valorarse el alcance de la práctica de las organizaciones internacionales a la luz de su gran diversidad? Si los actos de las organizaciones internacionales constituyen práctica, ¿hasta qué punto el comportamiento de otros actores no estatales puede desempeñar un papel similar?

64. Si bien el proyecto de conclusión 8 indica con acierto que no existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica, la conclusión del Relator Especial de que los actos verbales son una forma de práctica contradice esa disposición. El informe señala que las palabras no siempre pueden interpretarse en sentido literal y que las declaraciones abstractas, por sí solas, no pueden crear derecho internacional consuetudinario, con lo que se da a entender que los actos concretos prevalecen sobre las declaraciones contrarias a dichos actos. Otras cuestiones mencionadas por el Relator Especial en su informe ponen de manifiesto la necesidad de revisar y redefinir el concepto de jerarquía, como su recomendación de otorgar más peso a la práctica de los órganos intergubernamentales de las organizaciones internacionales que a sus secretarías o su propuesta de que, cuando los órganos de un Estado no mantengan una posición unánime, se trate al que tenga potestad para actuar en las relaciones exteriores como representante del Estado en su práctica.

65. Aun cuando el proyecto de conclusión 9 se ajusta a las resoluciones judiciales internacionales y nacionales en lo concerniente al carácter general de la práctica, evaluar si una práctica es «suficientemente general y uniforme» o si un Estado está «especialmente afectado» supondrá todo un reto para quienes estén llamados a identificar

normas consuetudinarias. Por consiguiente, convendría que los profesionales tuvieran acceso al mayor número posible de ejemplos de pronunciamientos judiciales. Sería útil que en el comentario del proyecto de conclusión se profundizara en los numerosos ejemplos citados en las notas del informe. Teniendo en cuenta la norma enunciada en el párrafo 3, y como ha confirmado la Corte Internacional de Justicia en las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, el orador propone que en el comentario del proyecto de conclusión se mencionen declaraciones aseverativas sobre la creación espontánea de normas consuetudinarias, o lo que con frecuencia se ha denominado en la doctrina «costumbre instantánea», junto con algunos ejemplos.

66. En cuanto al proyecto de conclusión 10, párrafo 1, el orador propone que se sustituyan las palabras «ir acompañada de la creencia de que se trata de una obligación jurídica» por la de «derivarse de la creencia de que se trata de una obligación jurídica».

67. La formulación actual del proyecto de conclusión 11, párrafo 4, tiene que ser aclarada, puesto que, por analogía con la opinión reflejada en el proyecto de conclusión 7, párrafo 1, de que la práctica incluye actos verbales, el párrafo 4 podría interpretarse en el sentido de que las declaraciones abstractas pueden ser suficientes para proporcionar prueba de los dos elementos necesarios para la formación del derecho internacional consuetudinario. En cambio, como se reconoce en el informe, esas declaraciones no pueden, por sí solas, crear derecho.

68. En relación con el futuro programa de trabajo de la Comisión, el orador saluda la sugerencia del Relator Especial, en el párrafo 83 de su segundo informe, de que los proyectos de conclusión vengan acompañados de indicaciones sobre el lugar y el modo de encontrar práctica y *opinio iuris*. La Comisión podría ampliar la solicitud de información que trasladó en 2013 a los Estados[238] interesándose por compilaciones y otras publicaciones nacionales que puedan contener pruebas de la práctica y la *opinio iuris*. También podría renovar su solicitud inicial de información sobre la práctica de los Estados relacionada con la formación del derecho internacional consuetudinario[239], dado el limitado número de respuestas escritas que hay sobre este tema esencial: solo nueve en el momento de redactar el segundo informe. Esta escasez de respuestas supone un obstáculo importante para los trabajos de la Comisión, ya que la formación del derecho internacional consuetudinario incumbe principalmente a los Estados, cuya práctica debe ser determinante.

69. El orador recomienda que los 11 proyectos de conclusión se remitan al Comité de Redacción.

70. El Sr. KAMTO dice que la elaboración de una norma de derecho internacional consuetudinario es un proceso complejo que no siempre es fácil de entender y que incluso se ha descrito como «misterioso». En el párrafo 12 de su informe, el Relator Especial afirma que «el proceso consuetudinario es inherentemente flexible», lo que lleva a preguntar si tiene algún sentido hacerlo más rígido y, en caso afirmativo, dentro de qué parámetros debe alcanzarse tal objetivo. La identificación del derecho internacional consuetudinario es a la vez un proceso y un resultado, y el orador coincide con el Relator Especial en que procede adoptar el enfoque basado en dos elementos. La cuestión fundamental es cómo determinar el momento decisivo en que una práctica se convierte en una norma exigible de derecho internacional consuetudinario. Los participantes en el proceso no pueden responder a esa cuestión, puesto que, como pone de manifiesto la práctica, casi nunca están de acuerdo sobre el momento exacto en que se ha creado una norma de derecho consuetudinario que se aplica a ellos. Por el contrario, la invocación por el Estado A de una norma de derecho internacional consuetudinario con respecto al Estado B suele suscitar dudas y controversia acerca de la aceptación por el Estado B de la conclusión normativa a que ha llegado el Estado A.

71. Lo que aparentemente ha perdido de vista la doctrina, en lo que a la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario se refiere, es la intervención de un tercero: el juez o el codificador. La potestad del juez para descubrir o incluso crear una norma consuetudinaria es muy real; no solo puede formular una norma, sino que también puede negarse a transformar una práctica en una norma de derecho internacional consuetudinario.

72. La manera como está redactado el texto de las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia pone en tela de juicio que los magistrados hayan adoptado siempre el enfoque basado en dos elementos, especialmente en causas relativas al derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en el párrafo 79 de su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte afirma que las normas fundamentales del derecho internacional humanitario «deben ser observadas por todos los Estados […] porque constituyen principios intangibles del derecho internacional consuetudinario». Se trata de un caso claro de identificación judicial de una norma de derecho consuetudinario, pero no se puede afirmar a ciencia cierta que la identificación haya tenido lugar aplicando el enfoque basado en dos elementos. De ahí la necesidad, como señala el Relator Especial en el párrafo 30 de su informe, de proceder con cautela y equilibrio, también en la redacción de los proyectos de conclusión.

73. Con respecto a la sustancia del informe, el orador desearía señalar, en primer lugar, que las explicaciones y justificaciones del Relator Especial son algo lacónicas y no fundamentan suficientemente sus conclusiones. En el párrafo 14, por ejemplo, se limita a indicar que los trabajos sobre el tema se entenderán sin prejuicio de las cuestiones relativas al *jus cogens*, que podría ser objeto de un tema aparte, sin especificar quién abordará ese tema o en qué contexto se estudiará.

74. En segundo lugar, en el párrafo 18 de su informe, el Relator Especial indica que parecería deseable una definición amplia de «organización internacional». Sin embargo, eso contradice el proyecto de conclusión 2, apartado *b*, en el que «organización internacional» se

[238] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 17, párr. 26.

[239] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 29.

define como una «organización intergubernamental», definición relativamente restrictiva si se compara con la que figura en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[240].

75. En tercer lugar, en los párrafos 37 y 38 de su informe, el Relator Especial afirma que los actos verbales pueden ser considerados manifestaciones de la práctica, idea que se sustenta bastante mejor en la doctrina que en la jurisprudencia. Este punto motiva tres preguntas: ¿es necesario que un acto verbal se transfiera a un medio físico para que se tenga en cuenta como práctica? ¿Tiene que repetirse un acto verbal para que sea considerado una forma de práctica? ¿Se puede realmente identificar una práctica general si es meramente verbal?

76. En cuarto lugar, el Relator Especial indica en el párrafo 41 *b* de su informe que entre los actos del poder ejecutivo pueden figurar «posiciones expresadas por los Estados ante cortes y tribunales […] internacionales». No obstante, hay que tratar estas tomas de posición con cautela. Los argumentos formulados en los informes orales y los escritos de alegaciones de los Estados se rigen por los parámetros del litigio en cuestión y el objetivo de cada parte es aducir argumentos decisivos. Además, puede que un gobierno ni siquiera sea consciente de los argumentos alegados por su propio consejero. Ya ha ocurrido que este presente argumentos que no son coherentes en una causa o en otra o que contradigan sus propios escritos publicados anteriormente.

77. En quinto lugar, en el párrafo 55 de su informe, el Relator Especial afirma que, para que se constate la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debe ser constante. Sin embargo, no menciona que también debe ser uniforme. De hecho, en el párrafo 57 del informe, sostiene que no hace falta que la práctica sea totalmente uniforme, y cita el párrafo 186 del fallo dictado en 1986 por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*. Sin embargo, el pasaje citado no parece guardar relación con la afirmación de que la uniformidad de la práctica no es necesaria en la formación del derecho internacional consuetudinario. La Corte se limita a indicar, entre otras cosas, que no cabe esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya de ser perfecta, pero ello no invalida en absoluto el requisito de que la práctica ha de ser uniforme. Al contrario, el pasaje citado da por sentado que el proceso de formación de la costumbre ha llegado a una fase en la que ya se ha constatado la existencia de una norma. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte, citada por el propio Relator Especial, uno de los requisitos para que exista una norma de derecho internacional consuetudinario es precisamente una práctica constante y uniforme. Por consiguiente, no hay ningún precedente claro en la jurisprudencia por el que no pueda utilizarse el término «uniforme».

78. En lo concerniente al proyecto de conclusión 1, párrafo 1, el orador comparte con el Sr. Candioti su reticencia a sustituir la palabra «metodología» por «normas». De hacerse, se cambiaría por completo la naturaleza de los trabajos de la Comisión sobre el tema, que no persiguen fijar normas secundarias estrictas para determinar la existencia de normas de derecho consuetudinario, sino servir de guía a profesionales y académicos para que entiendan la formación de la costumbre. Una solución más radical sería eliminar todo el párrafo o incluirlo como parte del comentario del proyecto de conclusión.

79. De acuerdo con su observación de que el enfoque basado en dos elementos no siempre parece aplicarse cuando un órgano jurisdiccional o cuasijurisdiccional internacional declara la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, el orador propone que se modifique el proyecto de conclusión 1, párrafo 2, para que diga: «Los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de otros modos de identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario, así como de los métodos concernientes a otras fuentes del derecho internacional y las cuestiones relativas a las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*)». (*Les présents projets de conclusion sont sans préjudice d'autres modes de détermination d'une règle de droit international coutumier ainsi que des méthodes concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international* (jus cogens).)

80. Con respecto al proyecto de conclusión 2, apartado *a*, el empleo de la expresión «que se derivan de una práctica general aceptada como derecho y la reflejan» no se explica ni fundamenta en el análisis que precede al proyecto de conclusión. El empleo de las dos expresiones «derivan de» y «reflejan» da pie a la confusión; por ello, es partidario de mantener tan solo la primera. Una solución más radical sería eliminar el párrafo.

81. En el proyecto de conclusión 5, las expresiones «significa que es principalmente la práctica» y «la creación o expresión de las normas» son ambiguas; la segunda da la impresión de que, mientras que en algunos casos se crea una norma consuetudinaria, en otros se expresa, dando a entender que existía previamente. Como alternativa, el orador propone una formulación más simple que diga así: «El requisito de una práctica general como elemento del derecho internacional consuetudinario significa que esa práctica contribuye a la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario». (*L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit coutumier signifie qu'une telle pratique contribue à la formation de règles de droit international coutumier.*)

82. En el proyecto de conclusión 8, párrafo 2, la segunda oración presupone que, aunque haya que otorgar menos peso a la práctica contradictoria en el ámbito de un determinado Estado, se le otorgará no obstante algún peso. Ello lleva a preguntarse cuál de las diversas tendencias de esa práctica se seleccionará como prueba. En la situación hipotética de que el Jefe de Estado y el Parlamento sostengan puntos de vista opuestos, teniendo

[240] Resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en su 63er período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88.

ambos potestad en un ámbito determinado, resultará difícil decidir si favorecer la práctica de uno u otro al determinar la existencia de una norma consuetudinaria. Por ese motivo, el orador propone modificar la segunda oración a fin de que diga: «No se tendrá en cuenta la práctica contradictoria de los órganos del Estado». (*Il ne sera pas tenu compte de la pratique contradictoire des organes de l'État*.)

83. El orador propone sustituir el título actual del proyecto de conclusión 9 por el de «La práctica general debe ser constante y uniforme» (*La pratique générale doit être constante et uniforme*), lo que está en consonancia con la jurisprudencia reiterada de la Corte Internacional de Justicia en ese ámbito. En el párrafo 1, sería mejor que en la versión francesa se sustituyera la palabra *forcément* por *nécessairement*. El párrafo 2 es innecesario, puesto que reproduce, con palabras menos apropiadas, el título del proyecto de conclusión. Habría que eliminarlo del todo o sustituirlo por un texto que explicase lo que se entiende por práctica constante y uniforme.

84. Por último, en cuanto al proyecto de conclusión 9, párrafo 4, el orador comparte la preocupación expresada con respecto a la expresión «la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados». Del párrafo 54 del informe se desprende que, dejando de lado los fallos dictados en las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, tan solo hay referencias al concepto de los Estados especialmente afectados en opiniones separadas y disidentes o en los trabajos de algunos autores. A juicio del orador, la aceptación del concepto de Estados especialmente afectados pondría en peligro el principio de la igualdad soberana de los Estados. Si la Comisión decide mantener una referencia a este concepto, es esencial que el Relator Especial dé una explicación detallada y exhaustiva en el comentario del párrafo 4.

85. El orador se declara partidario de remitir los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3226ª SESIÓN

Jueves 17 de julio de 2014, a las 15.00 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/666, cap. II, secc. D, A/CN.4/672)

[Tema 9 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. ŠTURMA señala que el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/672) está bien documentado y será útil no solo para la Comisión y los Estados Miembros, sino también para los estudiantes de derecho. Sería mejor emplear el término «métodos» en lugar de «metodología» para describir el proceso de determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario, ya que el resultado que se espera obtener del tema son métodos o directrices para los profesionales.

2. La redacción de la definición que figura en el proyecto de conclusión 2 justifica el enfoque basado en dos elementos que se menciona en el capítulo III del informe y se refleja en los proyectos de conclusión 3 y siguientes. Tanto la práctica general como la *opinio iuris* tienen una función que desempeñar, aunque la importancia concedida a cada elemento varía en las diferentes esferas del derecho internacional.

3. Según su interpretación del proyecto de conclusión 5, este no excluye la práctica de las organizaciones internacionales. El orador puede estar de acuerdo con el proyecto de conclusión 6, en el entendimiento de que se aplica a los órganos del Estado y otras entidades en el sentido de los artículos 4 y 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[241], pero no a todos los casos de conducta atribuible a un Estado a los efectos de la responsabilidad. El enfoque adoptado en el proyecto de conclusión 9 le parece acertado. No obstante, el elemento temporal merece una conclusión aparte, porque la afirmación de que «[n]o se requiere que la práctica tenga una duración concreta» puede ser o no correcta, dependiendo de las circunstancias. La distinción establecida por René-Jean Dupuy entre *la coutume sauvage* y *la coutume sage* es acertada, pues aclara la relación existente entre la práctica y la expresión de la *opinio iuris* a la luz de las diferentes circunstancias y las declaraciones de los Estados en las conferencias internacionales y las organizaciones internacionales[242].

4. El orador está a favor de la gran variedad de formas de la práctica mencionadas en el proyecto de conclusión 7 y de que no haya una jerarquía predeterminada entre esas formas. Cabe destacar que, en la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de la República Checa en 2004, a la que se hace alusión en el párrafo 24 del informe del Relator Especial, el Tribunal utilizó como prueba en

---

[241] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53er período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

[242] R. J. Dupuy, «Coutume sage et coutume sauvage», en *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974, págs. 75 a 87.