pasa a formar parte de una costumbre general, aunque tal vez resulte difícil determinar la transición de una norma particular a una norma consuetudinaria general. Debe prestarse especial atención al valor de la aquiescencia, y es preciso establecer un umbral más elevado de conciencia de la existencia de una práctica generalizada.

54. El orador respalda el texto y el contenido del proyecto de conclusión 16 sobre la norma del objetor persistente. No obstante, no siempre está claro cómo debe un Estado expresar su objeción ni si bastaría una objeción tácita. En su opinión, tiene que haber pruebas de que el Estado ha formulado objeciones a lo largo de la cristalización de la norma y después de su creación, y de que ha formulado objeciones de manera sistemática, aunque a veces lo haya hecho de forma tácita. Lo fundamental es determinar si la objeción se ha comunicado suficientemente bien a otros Estados.

55. En respuesta a la invitación del Relator Especial a que se propongan cuestiones para su examen en el cuarto informe, el orador sugiere el proceso por el cual las normas consuetudinarias generales, con el tiempo, modifican su naturaleza o se convierten en costumbres especiales. Es preciso aclarar algunos aspectos, entre ellos cómo determinar un cambio en una norma y sus consecuencias jurídicas, y dónde trazar la línea entre la vulneración de una norma anterior y la adhesión a una nueva norma.

56. Para concluir, el orador recomienda la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

57. El Sr. TLADI dice que el Sr. Hmoud ha hecho referencia a normas que, por su naturaleza, requieren inacción, como las relativas a la prohibición del empleo de la fuerza. No obstante, entre las formas de práctica mencionadas en el proyecto de conclusión 6 [7] se incluyen los actos diplomáticos, mediante los cuales un Estado puede expresar sus opiniones sobre el empleo de la fuerza. Se trata de un acto positivo, lo que implica que incluso las normas que prohíben ciertos actos, por definición, no se basan únicamente en la inacción.

58. El Sr. Al-MARRI dice que el tema es importante porque el derecho consuetudinario es una fuente primaria de derecho internacional. El Relator Especial está en excelentes condiciones de orientar a la Comisión en su labor. Ha redactado un informe y proyectos de conclusión de gran calidad para que los examine el Comité de Redacción.

59. En cuanto al contenido del tercer informe, el orador dice que debe mantenerse el enfoque basado en dos elementos. Un aspecto fundamental del derecho es la práctica, no solo de los Estados, sino también de las organizaciones internacionales en las esferas de su competencia. Es esencial estudiar el papel que pueden desempeñar las resoluciones de las Naciones Unidas y las normas que puedan dimanar de estas, así como de propuestas realizadas en el marco de negociaciones sobre tratados. También es esencial estudiar los acuerdos locales y regionales relativos a la codificación del derecho internacional.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3252ª SESIÓN

Martes 19 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. E, A/CN.4/682, A/CN.4/L.869)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/682).

2. El Sr. MURASE aprueba el nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4], que indica claramente la necesidad de evitar el doble cómputo de los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional. Propone suprimir la expresión «por lo general» al comienzo de la segunda oración, porque da a entender que se prevén «excepciones» a la norma enunciada. También puede aprobar el nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5], relativo a los agentes no estatales, aunque duda de la conveniencia de emplear el término «otros». En cuanto al proyecto de conclusión 11, señala que el párrafo 3 le plantea problemas. Si la inacción puede considerarse, en algunos casos, una forma de práctica o una forma de expresión de la aceptación como derecho, en otros casos puede ser el medio para expresar la no aceptación —en Asia, por ejemplo, en particular en el Japón, no es raro guardar silencio para mostrar desaprobación—. Por tanto, convendría mencionar también ese aspecto negativo de la inacción en ese párrafo. El orador comparte la opinión del Sr. Kittichaisaree sobre los «Estados especialmente afectados» y apoya, por los motivos ya expresados, la decisión adoptada por la Comisión en su anterior período de sesiones de no abordar esa cuestión.

3. En cuanto a los elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, el orador observa que el Relator Especial parte del principio de que los miembros de la Comisión están de acuerdo con el enfoque basado en «dos elementos». Si bien esa afirmación no plantea ningún problema en particular, tampoco conviene exagerar su alcance, ya que los miembros de la Comisión tienen opiniones diferentes sobre la relación entre ambos elementos, que también varía en función de las normas de derecho internacional. Aunque hay un gran conjunto de

normas consuetudinarias en que los dos elementos están suficientemente presentes, otros conjuntos de normas sustentados en una práctica abundante de los Estados pueden no estar suficientemente apoyados por la *opinio iuris*, y muchas normas claramente apoyadas por la *opinio iuris* en el plano mundial no están suficientemente respaldadas por los Estados como para ser consideradas normas arraigadas de derecho internacional consuetudinario. En cuanto a la afirmación que hace el Relator Especial en la nota a pie de página al final de la tercera frase del párrafo 16 de su tercer informe, tal vez no sea del todo apropiado. En circunstancias excepcionales, puede suceder que la *opinio iuris* (y no solo la *opinio*) preceda a la práctica de los Estados y que, cuando la segunda sigue sin ser suficiente, la primera se considere un elemento adicional para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, de conformidad con la sección 19 de la Declaración de Londres de la Asociación de Derecho Internacional[75]. En cualquier caso, un enfoque demasiado rígido de la relación entre ambos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario impediría su buen desarrollo, por lo que el orador desea insistir una vez más en la necesidad de mostrar flexibilidad.

4. Con respecto al proyecto de conclusión 13, relativo a las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, el orador se hace eco de la distinción hecha por el Relator Especial en el párrafo 72 del informe y conviene en que la práctica externa de la organización es la pertinente para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. No obstante, la práctica ulteriormente seguida por una organización puede incidir en los efectos externos del derecho consuetudinario creado por esta, por lo que debería abordarse en un proyecto de conclusión. Además, si bien en el período de sesiones anterior la Comisión decidió con acierto no definir la expresión «organización internacional», no podrá ahorrarse precisiones sobre las conferencias internacionales, habida cuenta de su gran diversidad. Para ello, podría inspirarse en la sección 33 de la Declaración de Londres de la Asociación de Derecho Internacional y hablar de «conferencias internacionales de carácter universal».

5. En lo que respecta a la relación entre los tratados y la costumbre, el orador considera indispensable referirse al artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 y lamenta que ese artículo solo sea objeto de una breve mención en la nota a pie de página al final de la primera frase del párrafo 39 del tercer informe. Diversos autores, entre ellos el Magistrado Gaja, han señalado a la atención cuestiones importantes planteadas por esa disposición. Esas cuestiones deberían ser examinadas en profundidad en el marco de la labor sobre el tema, en particular el sentido de la expresión «reconocida como tal». En cuanto al proyecto de conclusión 12, tal vez sea conveniente reemplazar o completar, en la frase introductoria, el término «reflejar», que es puramente descriptivo y no tiene alcance normativo. Dado que el aspecto esencial es determinar si una disposición convencional vincula a los Estados como norma consuetudinaria, se podría modificar la oración introductoria de manera que diga lo siguiente: «La disposición de un tratado puede reflejar o llegar a reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario vinculante para terceros, …». Aunque el orador se felicita de que el Relator Especial hable de «norma emergente de derecho internacional consuetudinario» en el apartado *b*, no está seguro de entender el significado de la expresión «nueva norma de derecho internacional consuetudinario» que figura en el apartado *c*, que le parece aún más innecesaria en la medida en que esa «nueva norma» ya queda incluida en la expresión «norma emergente». También considera que, en ese proyecto de conclusión, habría que indicar que las disposiciones convencionales de «carácter fundamentalmente normativo», no todas, pueden crear nuevas normas de derecho internacional consuetudinario, como señaló con acierto la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*.

6. Las nuevas normas de derecho internacional consuetudinario o las normas emergentes de derecho internacional consuetudinario no se derivan únicamente de los tratados, sino también de medidas unilaterales de los Estados (como es sabido, el régimen de la plataforma continental proviene de las medidas unilaterales adoptadas por los Estados Unidos en una proclamación hecha por el Presidente Truman en 1945[76]). El orador espera que la Comisión aborde esa cuestión separadamente de la cristalización del derecho consuetudinario basado en los tratados. No obstante, el examen de ese aspecto del derecho internacional consuetudinario emergente no implica que se deba volver al estudio de la «formación» del derecho internacional consuetudinario, inicialmente propuesto por el Relator Especial y después abandonado.

7. En cuanto al proyecto de conclusión 15, el orador duda de la conveniencia de abordar en él la cuestión de la costumbre particular. Aunque reconoce la existencia de tal concepto, considera que la determinación de una costumbre particular, sea bilateral, regional o local, es un problema que concierne principalmente a un determinado grupo de Estados y que la Comisión debería atenerse al «derecho consuetudinario general», como ha hecho la Asociación de Derecho Internacional en la Declaración de Londres.

8. Por último, en relación con el proyecto de conclusión 16, el orador considera que la doctrina del objetor persistente no es pertinente para la identificación del derecho internacional consuetudinario, pero plantea, ante todo, la cuestión de la «aplicación» de algunas de sus normas. Salvo excepciones, esa doctrina nunca ha estado suficientemente respaldada por la práctica general de los Estados ni por la jurisprudencia de las cortes y los tribunales internacionales, aparte de referirse a la aplicación de normas relativas a la «aquiescencia»,

[75] «London Statement of principles applicable to the formation of general customary international law» (Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General), aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en su resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general), de 29 de julio de 2000. Véase International Law Association, *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, y puede consultarse en el sitio web de la Asociación de Derecho Internacional: www.ila-hq.org/.

[76] «Policy of the United States with respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf», proclamación de 28 de septiembre de 1945, *United States at Large, 1945*, vol. 59, parte 2, pág. 884.

el «*estoppel*» y la «oponibilidad» (y quizás también la admisibilidad). En opinión del orador, la doctrina del objetor persistente pone en peligro la aplicabilidad general del derecho internacional consuetudinario y puede provocar su erosión si se utiliza con creciente frecuencia. En cualquier caso, si el Relator Especial decide apoyarse en esa doctrina, será preciso imponer una serie de condiciones a su aplicación y exigir que la objeción sea persistente y coherente, se exprese públicamente, se mantenga de manera efectiva y vaya acompañada de actos concretos. Asimismo, habrá que precisar qué tipo de normas de derecho internacional pueden ser objeto de objeciones. El Relator Especial también indica que no puede haber una «objeción ulterior», es decir, una objeción formulada una vez que la norma consuetudinaria ha cristalizado, pero ¿qué sucede con el Estado que ha accedido recientemente a la independencia y parte de cero con respecto a los tratados ratificados por su predecesor? ¿Acaso no tiene derecho a oponerse a las normas consuetudinarias cristalizadas cuando aún no era independiente?

9. En conclusión, el orador afirma que, dada la complejidad de las cuestiones que hay en juego, la Comisión debería evitar aprobar conclusiones precipitadas, y considera que sería inapropiado apresurarse a finalizar la labor en 2016. En efecto, el tema se examina en profundidad en el tercer informe, pero las cuestiones relativas a las normas emergentes de derecho internacional consuetudinario exigen un estudio aún más detenido. Por esa razón, si bien aprueba la remisión de los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción —aunque tiene reservas en relación con los proyectos de conclusión 15 y 16— el orador invita al Relator Especial a mostrar prudencia y paciencia.

10. El Sr. HASSOUNA dice que el tercer informe del Relator Especial es un documento bien escrito, bien argumentado y bien documentado, aunque la profusión y extensión de las notas tienden a hacer olvidar la formulación concisa del cuerpo del texto. Felicita al Relator Especial por la claridad con la que trata las complejas cuestiones que plantea el tema y por la impresionante cantidad de referencias que presenta para sustentar los proyectos de conclusión propuestos, pero señala que esos proyectos de texto no siempre ofrecen indicaciones suficientemente claras con respecto al objeto de la labor de la Comisión, a saber, la elaboración de una guía práctica para ayudar a los juristas a identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Tal es el caso, entre otros, del proyecto de conclusión 12, cuya utilidad parece limitada, y que podría, por ejemplo, referirse a las indicaciones de los trabajos preparatorios para contribuir a determinar si las partes en un tratado consideraban que alguna de sus disposiciones reflejaba el derecho internacional vigente, precisar que la disposición convencional debe ser de carácter normativo o mencionar la importancia de la posibilidad de que las partes en el tratado formulen reservas.

11. El proyecto de conclusión 13 no es suficientemente preciso, pues no indica en qué circunstancias las resoluciones aprobadas por las organizaciones internacionales o en las conferencias internacionales pueden constatar el derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo. Así, sería útil incluir una lista no exhaustiva de los elementos enumerados en el informe que conviene tener en cuenta para determinar si una resolución es o no de carácter normativo —como la forma en que está redactada la resolución, el método empleado para aprobarla y, en su caso, adoptar el resultado de la votación— y recordar que la resolución en cuestión también debe ser observada en la práctica de los Estados.

12. La misma falta de precisión caracteriza el proyecto de conclusión 14, que se limita a repetir las disposiciones del párrafo 1 *d* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuando podría establecer una distinción entre las decisiones de los tribunales nacionales y las de los internacionales, y precisar, como se indica en el tercer informe, que las primeras pueden desempeñar un doble papel, no solo como práctica de los Estados, sino también como forma de determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Aunque la necesidad de «mantener la flexibilidad inherente de la costumbre como fuente de derecho internacional» justifica que las conclusiones, que deben leerse juntamente con sus comentarios, sean redactadas en términos generales, el orador cree que los textos de los proyectos de conclusión propuestos ganarían mucho si fueran más precisos. La propia AALCO ha hecho hincapié en ese aspecto y ha pedido a la Comisión que elabore proyectos de texto y comentarios más precisos y concretos.

13. En cuanto a los elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, en el tercer informe se dice que el enfoque de los dos elementos se aplica a la formación y la identificación de todas las normas de derecho internacional consuetudinario, pero que puede haber una diferencia en la aplicación de ese enfoque en diversos campos del derecho internacional. El orador lamenta que el proyecto de conclusión no refleje ese aspecto importante, tratado, por lo demás, un poco rápido en el informe. La afirmación de que el enfoque de los dos elementos se puede aplicar de manera diferente según la rama del derecho internacional de que se trate sigue siendo controvertida en la doctrina y plantea numerosas dificultades, como la de saber cuáles son las esferas del derecho internacional concernidas y quién las determina. En opinión del orador, es arriesgado dejar en manos de los jueces internacionales, que deben aplicar y no crear las normas de derecho internacional consuetudinario, la tarea de resolver esas cuestiones, a riesgo de que sustituyan su criterio por el de los Estados, que siguen siendo las principales fuentes de derecho internacional, aparte de que aún no existe una jurisdicción general y obligatoria encargada de la aplicación del derecho internacional. Corresponde a la Comisión solucionar esas cuestiones, ya que la simple mención de la aplicación dispar del enfoque de los dos elementos en derecho internacional consuetudinario no aclarará nada al jurista que debe identificar la existencia de normas consuetudinarias. Las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión en 2014 confirman, además, la necesidad de profundizar en esa cuestión, puesto que, aunque varias delegaciones afirmaron que, en algunos ámbitos, la presencia de uno solo de esos elementos bastaba para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario no respaldada por la práctica, otras propusieron estudiar las diferencias respecto del peso otorgado a ambos elementos en ámbitos concretos del derecho internacional. No

obstante, el Relator Especial no trata la cuestión de la manera de determinar el peso respectivo de los dos elementos. En el párrafo 15 de su tercer informe, destaca la importancia de la distinción entre los dos elementos del derecho internacional consuetudinario, pero, aunque reconoce que puede haber superposición, no indica ningún criterio concreto o método para valorar las pruebas específicas de cada uno de ellos. Del mismo modo, dado que en el párrafo 17 se menciona el carácter flexible y circunstancial de las normas consuetudinarias, sería conveniente especificar en el comentario las circunstancias objetivas que pueden variar el efecto.

14. En cuanto al proyecto de conclusión 11, el orador señala que el Relator Especial ha tratado de responder a las preguntas formuladas por los miembros de la Comisión en el período de sesiones anterior y de aclarar, con la modificación del párrafo 3, las circunstancias en que la inacción puede servir como prueba de la aceptación como derecho, es decir, siempre que las circunstancias exijan alguna reacción. No obstante, invita a que se reformule ese párrafo para que refleje elementos importantes relacionados con la inacción que figuran en el informe y, en particular, para que arroje luz sobre tres elementos fundamentales, a saber: que la inacción persistente y a largo plazo puede servir de prueba de la aceptación como derecho, que el Estado ha tenido o debería haber tenido conocimiento de las circunstancias de que se trate y que la situación exige generalmente alguna reacción.

15. El orador aprueba la propuesta de incluir la labor de la Comisión de Derecho Internacional, como órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la quinta parte del proyecto de conclusiones, titulada «Formas particulares de práctica y prueba». En cuanto al proyecto de conclusión 13, el Relator Especial señala que se prestará una atención especial a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pues se trata de una instancia de participación casi universal, cuyas resoluciones pueden resultar particularmente útiles para dar relevancia al derecho internacional o promoverlo, pero no dice nada sobre el peso de las resoluciones de otras organizaciones internacionales, que también representan en gran medida a los Estados, con respecto al establecimiento de la existencia de normas generales de derecho internacional consuetudinario. No obstante, en general se admite que las resoluciones aprobadas por los Estados en organizaciones internacionales y en conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, desempeñar un papel en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. En ese contexto, el término «circunstancias», empleado en el proyecto de conclusión 13, debería aclararse en el proyecto de texto o en su comentario.

16. Con respecto al proyecto de conclusión 14, el orador observa que, en el párrafo 60 del informe, se indica que el peso de las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales varía según la calidad del razonamiento, la composición del órgano jurisdiccional y el número de magistrados que haya constituido la mayoría para adoptar la decisión. En su opinión, algunas de esas condiciones no solo son demasiado subjetivas, sino que plantean la cuestión de determinar qué parte puede evaluarlas y en función de qué. En el párrafo 62 del informe, se afirma, además, que el papel de la doctrina depende de la calidad de los textos, un criterio que también resulta difícil de evaluar objetivamente.

17. Si bien los argumentos expuestos por el Relator Especial a fin de justificar la relevancia de la práctica de las organizaciones internacionales para la identificación del derecho internacional consuetudinario son convincentes, no parece haber acuerdo sobre la función autónoma de dichas organizaciones a ese respecto, lo que debería mencionarse en el comentario. En cuanto al proyecto de conclusión 15, el orador opina que el Comité de Redacción debería determinar qué expresión —«costumbre particular», «costumbre especial» o «costumbre regional»— es la más adecuada. En el párrafo 1, el Comité de Redacción también podría reemplazar las palabras «por ciertos Estados y contra ellos» por «entre Estados», y sería conveniente que el Relator Especial explicara cómo puede una norma consuetudinaria particular evolucionar con el tiempo para convertirse en una norma general de derecho internacional consuetudinario o, a la inversa, en contraria a tal norma. El orador considera que el proyecto de conclusión 16 está incompleto porque no indica si el objetor persistente puede eludir indefinidamente la fuerza vinculante de la norma consuetudinaria a la que se opone. También debería examinarse la cuestión de cómo se aplica la norma del objetor persistente en el contexto de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*), incluido el derecho internacional de los derechos humanos. Por último, el orador toma nota con satisfacción de que el Relator Especial tiene intención de finalizar la labor sobre este tema en 2016, si bien no se precipitará si considera que se necesita más tiempo. También celebra que el Relator Especial haya expresado la voluntad de examinar, en paralelo a los proyectos de conclusión y los comentarios, los medios prácticos para hacer más accesible la documentación que permite establecer la existencia de la práctica general y la aceptación como derecho. En conclusión, está de acuerdo en que se remitan al Comité de Redacción los ocho proyectos de conclusión propuestos.

18. El Sr. WISNUMURTI agradece al Relator Especial su tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y la presentación que hizo al respecto en una sesión anterior. Observa con satisfacción que ese informe contiene una serie completa de proyectos de conclusión particularmente útiles y señala que el enfoque de los dos elementos fue apoyado en la Sexta Comisión. Antes de pasar a comentar los proyectos de conclusión propiamente dichos, desearía subrayar, en general, que habrá que velar por que esos proyectos de texto se redacten con claridad para que los juristas, en especial los que no son especialistas en derecho internacional consuetudinario, puedan entenderlos.

19. Con respecto al proyecto de conclusión 3 [4], el orador señala que el Relator Especial ha tratado de aclarar más la relación entre los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional. Está de acuerdo en que, si bien son inseparables, cada elemento se ha de determinar por separado, como se indica en el párrafo 2. Aunque comparte las dudas del Sr. Tladi sobre la distinción, en su opinión demasiado rígida, que se hace en el párrafo 15 del informe entre la prueba de la práctica y la prueba de la aceptación

de esa práctica como derecho, puede aprobar la manera en que está redactado el párrafo 2, en el que se podría suprimir la expresión «[p]or lo general», que no es suficientemente concreta y puede inducir a error al intérprete. El proyecto de conclusión 11 tampoco es lo bastante preciso y debería reformularse para reflejar plenamente las condiciones establecidas en los párrafos 23, 24 y 25 del informe. En cuanto al proyecto de conclusión 12, el orador dice que los apartados *a* y *b* no le plantean ningún problema, pero el apartado *c* quizás no esté redactado con suficiente claridad para el intérprete. En relación con el proyecto de conclusión 13, se felicita de la prudencia mostrada por el Relator Especial al indicar que las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales no pueden «por sí mismas» constituir derecho internacional consuetudinario.

20. En cuanto al proyecto de conclusión 14, el orador toma nota con satisfacción de que el Relator Especial ha tenido debidamente en cuenta la necesidad de tomar en consideración que la importancia real de la jurisprudencia depende del peso otorgado a cada decisión. Lo mismo cabe decir de los trabajos individuales de la doctrina.

21. En relación con el papel de las organizaciones internacionales en la formación e identificación del derecho consuetudinario, que se aborda en el capítulo V del tercer informe, es importante subrayar la distinción establecida por el Relator Especial entre el comportamiento de la organización relativo a su funcionamiento interno y el comportamiento de la organización en sus relaciones con los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades, siendo el segundo el único pertinente para la determinación de la costumbre. Asimismo, en el informe también se dice con acierto que los actos de las organizaciones internacionales pueden reflejar la práctica y las convicciones de sus Estados miembros y que, por lo tanto, pueden constituir práctica de los Estados o prueba de *opinio iuris*. Aunque el párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5] no parece suficientemente fundamentado, se trata de una cláusula de exclusión esencial que sirve para completar las disposiciones del proyecto de texto. Como propuso el Relator Especial, convendría omitir el término «principalmente» que figura en el párrafo 1 de ese proyecto de conclusión.

22. Si bien acoge con agrado el proyecto de conclusión 15, relativo a la costumbre particular, lamenta que no concrete el ámbito de aplicación, lo que podría remediarse modificando su párrafo 1 para que diga lo siguiente: «Una costumbre particular, manifestación de una costumbre regional o local, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo puede ser invocada por ciertos Estados y contra ellos».

23. Por último, el orador recuerda que la regla de objetor persistente es fundamental para preservar el carácter consensual del derecho internacional consuetudinario y dice que respalda el proyecto de conclusión 16, siempre que el objetor persistente dé a conocer ampliamente su posición. Concluye apoyando la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

24. El Sr. CAFLISCH dice que el tercer informe del Relator Especial es valioso, claro e interesante y se caracteriza por una moderación y prudencia oportunas.

25. En cuanto al proyecto de conclusión 14, relativo a la jurisprudencia y la doctrina, el Relator Especial ha elegido sabiamente utilizar una fórmula neutra sin remitir, como hace el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a las «doctrinas de los publicistas de mayor competencia», que son difíciles de identificar. También incluye con acierto en la jurisprudencia las decisiones internacionales, como las decisiones internas, pese a que estas últimas son ciertamente menos fehacientes (aunque quepa argumentar que ponen de manifiesto también la «práctica» de los Estados). Además, si bien es cierto que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia gozan de un prestigio especial porque proceden del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, conviene recordar la falta de una jerarquía formal entre las instancias jurisdiccionales internacionales y no subestimar la importancia de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales permanentes ni de los laudos arbitrales.

26. En lo que respecta al nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5], cabe preguntarse si no hay otras entidades, que no sean los Estados o las organizaciones internacionales, a las que se confíen determinadas funciones, y que, en el marco de dichas funciones, puedan desarrollar prácticas que contribuyan a la formación y la prueba de las normas consuetudinarias. Tal podría ser el caso, en particular, del CICR.

27. En cuanto a la «costumbre regional o subregional» y la «costumbre bilateral», abordadas en el proyecto de conclusión 15, cabe cuestionar su carácter. La primera, que parece basada en la práctica de los Estados de una región o una subregión geográfica, solo se aplica a los Estados de esa zona que la reconozcan y, por tanto, no se aplica necesariamente a toda la región o subregión. No obstante, los Estados situados fuera de ese marco geográfico pueden unirse a ella. En otras palabras, la aceptación de la norma en cuestión es lo que determina el ámbito de aplicación; así pues, se basa en el consentimiento de los Estados y forma parte del ámbito convencional más que del consuetudinario. Lo mismo sucede con la costumbre bilateral, que se deriva de comportamientos consuetudinarios concordantes, es decir, por tanto, si se quiere, de acuerdos bilaterales tácitos o concluyentes, cuya verdadera naturaleza es casi convencional. Por eso el Relator Especial habla con acierto de las costumbres particulares. No obstante, cabe preguntarse si nos encontramos ante auténticas normas consuetudinarias o ante normas convencionales «latentes», aunque esa cuestión no parece preocupar a la comunidad internacional, que vive desde hace muchos años con la idea de que se trata de un fenómeno consuetudinario.

28. No parece oportuno que la Comisión se haga eco de la teoría del objetor persistente, que tiene poco apoyo a escala internacional, más allá del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa de las *Pesquerías* en 1951. Además, esa teoría parece potencialmente destructora del orden jurídico internacional, ya que basa todo el derecho internacional, convencional y consuetudinario en el consentimiento de cada Estado. No obstante, es difícil admitir que un Estado pueda eludir indefinidamente la aplicación de una norma consuetudinaria de carácter universal formada de manera válida, pues

la comunidad internacional se sumiría en una situación que creíamos superada desde hace mucho tiempo, en la que prevalecía la idea de un orden jurídico puramente voluntarista. Si la Comisión decidiese, no obstante, mantener el proyecto de conclusión 16, debería aclarar cuál sería su relación con las normas de *ius cogens*, como ha señalado el Sr. Hassouna. También sería posible y conveniente modificar el texto actual del proyecto de conclusión 8 [9], exigiendo, para establecer la costumbre, una práctica y una *opinio iuris* no solo ampliamente, sino «abrumadoramente» (*overwhelming*), mayoritarias de la comunidad internacional.

29. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ felicita al Relator Especial por la claridad de su tercer informe y valor añadido que le ha conferido al intentar ofrecer soluciones a los problemas planteados por algunos miembros de la Comisión en el período de sesiones anterior.

30. A título de observaciones generales, recuerda que el alcance del tema dio lugar a un importante debate en 2013 que llevó, incluso, a la modificación del propio título[77], que consistió en limitar su alcance a la «identificación», dejando fuera la cuestión de la formación de la costumbre. De conformidad con el objetivo fijado por el proyecto de conclusiones, a saber, ofrecer a los operadores jurídicos una guía útil que les permita identificar si una costumbre internacional existe o no y cuál es su contenido, se trata, por tanto, de enfocar el tema desde la perspectiva de la prueba de la costumbre y no desde la perspectiva de la formación de la misma. Sin embargo, el Relator Especial no ha logrado plasmar ese enfoque y un buen número de párrafos del informe, en particular, los capítulos V, VI y VII se refieren a la formación (nacimiento) de la costumbre y abordan cuestiones generales de tipo conceptual o relativas a la obligatoriedad u oponibilidad de la misma. A fin de evitar que se produzcan equívocos, sería conveniente que se siguiera manteniendo el concepto de «identificación» como lema esencial del trabajo sobre este tema y que los proyectos de conclusión no incluyesen el término «formación». También es preciso que el término «identificación», empleado en la versión española, se utilice de forma homogénea y coherente, en lugar de los términos «determinación» o «determinar», que figuran en los proyectos de conclusión 3 [4], párrafo 2, 14 y 15, párrafo 2.

31. El programa de trabajo sugerido por el Relator Especial parece exageradamente ambicioso. Como ya se ha dicho, el tema tiene la suficiente importancia para que la Comisión se dé tiempo para reflexionar y no se aventure a dejar cuestiones no suficientemente tratadas por el empeño de acabar un tema dentro de un quinquenio. Además, la intención del Relator Especial de examinar en su cuarto informe los medios prácticos de mejorar la disponibilidad de los materiales a partir de los cuales puede determinarse una práctica general y la aceptación como derecho, suscita dudas a la oradora. ¿Se trata de elaborar una lista de los medios ya existentes a través de los cuales se puede acceder a la prueba o, por el contrario, de proponer mecanismos nuevos que faciliten el acceso a la prueba en el futuro? ¿Qué sucedería con el requisito irrenunciable del acceso universal a la información pertinente? A la oradora le preocupa que tales mecanismos no sean alimentados por todos los Estados, que no tengan en cuenta la práctica y la *opinio iuris* de todos ellos, y que, por ello, puedan influir negativamente en la sobrerrepresentación de los «Estados más poderosos». Está segura de que el Relator Especial tendrá respuesta para sus dudas al presentar el resumen de los debates, proporcionando así un anticipo de su próximo informe.

32. En cuanto a los proyectos de conclusión, la oradora dice que comparte, en líneas generales, el contenido del nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4], aunque, en la versión española, el empleo del calificativo «específica» antes de las palabras «referente a cada elemento» le parece innecesario y redundante. En relación con el proyecto de conclusión 4 [5], tiene serias dudas de que el capítulo V del informe responda adecuadamente a la preocupación expresada por los miembros de la Comisión en el período de sesiones anterior sobre el papel de la práctica de las organizaciones internacionales. En efecto, el Relator Especial hace un fuerte énfasis en el componente estatal de esa práctica, sin analizar con claridad qué práctica de la organización, entendida en sentido estricto, puede ser relevante para identificar la costumbre internacional. Ese capítulo está más orientado a analizar la contribución de la práctica de las organizaciones internacionales a la formación de la costumbre que a la identificación de la misma, y del mismo resulta muy difícil concluir cuáles son las directrices prácticas que se pueden ofrecer a un operador jurídico para determinar qué práctica, de qué órganos y en qué circunstancias, puede ser útil para identificar la costumbre. Por otro lado, incluso desde la perspectiva de la formación de la costumbre, algunos argumentos del Relator Especial le parecen poco convincentes, pudiendo llegar a incurrir incluso en alguna contradicción. Así, en el párrafo 72 del tercer informe se afirma que la práctica interna de una organización puede dar lugar a «una especie de derecho consuetudinario de la organización, creado por esta última y aplicable solo a ella» y, en la primera nota a pie de página de ese párrafo, se señala que «[e]ste tipo de “costumbre” va más allá del alcance del presente tema», sin que se ofrezca ninguna razón que avale dicha afirmación. Sin embargo, el párrafo 76 se refiere a la práctica de los organismos administrativos y operativos de una organización internacional afirmando que su práctica puede ser relevante en determinadas circunstancias para contribuir a la formación y la identificación de una costumbre. Junto a ello, en el párrafo 72 se menciona la práctica externa de las organizaciones internacionales como la que realmente puede ser pertinente para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario, pero posteriormente no se explica la razón. Pese a los estudios realizados, el Relator Especial ha considerado que no es preciso modificar el párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 [5], cuyo texto es ambiguo y ofrece poca orientación a los operadores jurídicos. Por ello, sería necesario modificar su redacción, suprimiendo la expresión «[e]n ciertos casos» del comienzo, a fin de aminorar el carácter vago e impreciso del proyecto de conclusión, e incluir en los comentarios orientaciones más precisas sobre las circunstancias en que la práctica de las organizaciones

[77] En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió cambiar el título del tema «Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario» por el de «Identificación del derecho internacional consuetudinario» (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 65).

internacionales puede ser tenida en cuenta para la identificación de normas consuetudinarias. Por lo que se refiere a la propuesta de suprimir en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 4 [5] el término «principalmente», la oradora no puede compartirla, ya que su supresión produciría el efecto de calificar a la práctica de los Estados como la única práctica relevante a los fines de la identificación del derecho consuetudinario. Sin embargo, considera que debería suprimirse la referencia a la formación de la costumbre que figura en el nuevo párrafo 3 y en los otros párrafos del proyecto de conclusión 4 [5].

33. La oradora comparte el planteamiento que subyace al párrafo 3 del proyecto de conclusión 11, aunque sería útil que el Comité de Redacción reflexionara sobre los términos exactos en que el proyecto de conclusión debe referirse a las circunstancias que hacen que dicha inacción sea relevante. Comparte igualmente el contenido del proyecto de conclusión 12, que recoge la clásica doctrina de la interacción entre tratado y costumbre, pero, en su opinión, el párrafo introductorio debería ser modificado para suprimir las palabras «o llegar a reflejar», que hacen referencia más al proceso de formación que al proceso de identificación, en el que el tratado a considerar ya existe y, por tanto, ya refleja la norma consuetudinaria para cuya identificación se utiliza el tratado como medio de prueba.

34. La redacción del proyecto de conclusión 13, en el que el Relator Especial sigue con acierto un estrecho paralelismo entre los tratados y las resoluciones aprobadas por organizaciones y en conferencias internacionales, no parece satisfactoria a la oradora por las siguientes razones. En primer lugar, contiene elementos que están directamente vinculados con la formación de la costumbre y que no guardan relación con su identificación, por lo que considera necesario que se supriman las frases «o contribuir a su desarrollo» y «no pueden, por sí mismas constituir ese derecho». En segundo lugar, la redacción es demasiado genérica, empleando la expresión «en algunas circunstancias», que no ofrece elementos de guía al lector. Sería más útil seguir un modelo similar al del proyecto de conclusión 12, máxime cuando el Relator Especial se ha apoyado también en la clásica doctrina de la triple interacción entre la costumbre y las resoluciones de organismos internacionales. En cualquier caso, sería necesario que se ofrezcan guías más precisas en el comentario del proyecto de conclusión, que incorporen un tratamiento específico del significado probatorio de las declaraciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ejemplos de otras resoluciones distintas de las de esa instancia.

35. Aunque el tenor literal del proyecto de conclusión 14 le parece aceptable, la oradora desea unirse a las voces de otros miembros que han señalado que los trabajos de la Comisión no pueden, en ningún caso, ser calificados de mera doctrina. Por el contrario, la naturaleza y el mandato de la Comisión obligan a darle un tratamiento autónomo, que tendría mejor acomodo en los proyectos de conclusión sobre la práctica de las organizaciones internacionales o el papel de los tratados.

36. El título de la sexta parte del proyecto de conclusiones es oscuro y, de nuevo, tiene poco que ver con la definición de criterios que permitan identificar la costumbre. Aunque es obvio que tanto la costumbre particular como la figura del objetor persistente deben abordarse, el tratamiento de ambas categorías debe realizarse desde la perspectiva de clarificar si existen criterios específicos que deban aplicarse para la identificación de una costumbre particular o para identificar a un determinado Estado como objetor persistente. Tanto el párrafo 1 del proyecto de conclusión 15 como el proyecto de conclusión 16 se inclinan hacia la naturaleza, obligatoriedad y oponibilidad de la costumbre, cuando sería más adecuado poner el énfasis en la posible especificidad de los medios de prueba de la costumbre particular o en la necesidad de identificar tanto la práctica general como la *opinio iuris* en relación con todos y cada uno de los Estados a los que la costumbre particular presuntamente obliga. Lamentablemente, ese último aspecto no es objeto de un tratamiento específico en el tercer informe y aparece únicamente en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15. En consecuencia, la oradora considera necesario que ese proyecto de conclusión se revise en su totalidad, eliminando el párrafo 1 y dando una formulación más clara al párrafo 2. Por lo que se refiere al objetor persistente, el tratamiento dado a dicha institución en el informe es confuso, mezclándose casos de la práctica que se refieren a auténticos supuestos de objetor persistente con otros que se refieren a los criterios de oponibilidad de una costumbre particular. Aunque comprende la idea que subyace a este enfoque, considera que ello puede generar importantes problemas de comprensión e interpretación al operador jurídico que quiera utilizar el proyecto. Otro tanto cabe decir del proyecto de conclusión 16 en sí mismo considerado, que se limita a describir el efecto de la institución del objetor persistente, sin añadir ningún criterio que pueda ser utilizado para identificar si un determinado Estado ha de ser considerado como objetor persistente en relación con una determinada costumbre. En consecuencia, sería deseable que el Relator Especial reformulase ese proyecto para adecuarlo al objeto que persigue la Comisión.

37. Para terminar, la oradora desea expresar su apoyo al envío de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción, en el entendimiento de que este tendrá en cuenta todas las observaciones formuladas en sesión plenaria.

38. El Sr. TLADI señala, a propósito de la modificación que se hizo en 2013 al título del tema que se examina, que el propósito de la Comisión no era cambiar la orientación de la labor en cuanto al fondo, sino simplemente solucionar un problema planteado por la traducción al francés del término inglés «*formation*».

39. El Sr. NOLTE, que cita el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, recuerda que hubo acuerdo general en que, aun cuando se cambiase el título del tema, era conveniente incluir los elementos de la formación y la identificación del derecho internacional consuetudinario en su ámbito de aplicación[78].

40. El Sr. FORTEAU dice que el cambio de título no respondió únicamente a una preocupación lingüística y que, habida cuenta del objetivo fijado para su labor,

[78] Ibíd., pág. 71, párr. 76.

la Comisión acordó que, si bien el tema examinado no concernía a la descripción de la formación de las normas consuetudinarias en sí, atañía tanto a la prueba de esas normas como a la definición del régimen aplicable a los elementos que forman la costumbre.

41. Sir Michael WOOD (Relator Especial), aunque reconoce que el sentido de ese cambio se le escapa un tanto, comparte la opinión del Sr. Forteau. El tema debe centrarse en la determinación de la costumbre con miras a orientar a los profesionales que tratan de establecer la existencia de normas consuetudinarias, pero, al hacerlo, puede que tengan que preguntarse si ha habido formación o no de las normas consuetudinarias en cuestión. Así pues, la identificación y formación de la costumbre no pueden estar completamente disociadas. No obstante, la Comisión debe abstenerse de abordar el terreno sociológico del nacimiento de las normas consuetudinarias. Lo mejor sería adoptar una actitud pragmática y, mientras se avanza en el examen del tercer informe, decidir caso por caso si conviene o no hablar de la formación.

42. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ aclara que, al hacer hincapié en la necesidad de distinguir entre la formación y la identificación, no quiere decir que la determinación de si se ha formado o no una costumbre no deba ser tenida en cuenta como elemento de prueba de la existencia de esa costumbre. No obstante, ni la labor del Relator Especial, ni los proyectos de conclusión han de centrarse en esa cuestión, que debe seguir siendo de carácter instrumental. Esto es tanto más cierto cuanto que sería peligroso tratar de identificar las condiciones generales de la formación de la costumbre, a riesgo de hacer creer que la Comisión tiene la intención de introducir nuevos elementos en el mecanismo bien arraigado de formación de una norma internacional.

43. El Sr. SABOIA felicita al Relator Especial por la excelente calidad de su tercer informe sobre la determinación del derecho internacional consuetudinario. Comparte la idea, expresada en el capítulo I, de que los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional son inseparables pero deben examinarse y verificarse por separado, así como el reconocimiento que se hace en los párrafos 16 y 17 del hecho de que tanto el orden temporal de aparición de la práctica de los Estados y de la *opinio iuris* como su posible influencia recíproca pueden variar dependiendo de las circunstancias y la rama del derecho internacional de que se trate. Considera que, aunque el término «formación» haya sido eliminado del título del tema, la cuestión de la formación del derecho internacional consuetudinario debería recibir toda la atención que proceda en la futura labor. Aprueba el nuevo párrafo 2 que se propone añadir en el proyecto de conclusión 3 [4].

44. El orador está de acuerdo con la manera en que el Relator Especial ha abordado los efectos de la inacción en la determinación del derecho internacional consuetudinario. Aunque considera que las circunstancias en que la inacción puede servir de prueba de la aceptación están bien explicadas en los párrafos 23 y 24 del informe e ilustradas con los ejemplos ofrecidos en las notas a pie de página correspondientes, propone, para responder a la solicitud de aclaraciones del Sr. Tladi a ese respecto, que esas circunstancias se especifiquen en el nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 11. En relación con el capítulo III, considera que el Relator Especial ha sabido encontrar un justo equilibrio entre el creciente papel desempeñado por algunas categorías de tratados en la formación del derecho internacional consuetudinario y la necesidad de tener debidamente en cuenta otros factores y circunstancias pertinentes, en particular la práctica de los Estados, y suscribe el proyecto de conclusión 12. En la parte de ese capítulo dedicada a las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales y en conferencias internacionales, el Relator Especial analiza con acierto las circunstancias y los factores en virtud de los cuales esos documentos, que no son en sí mismos jurídicamente vinculantes, pueden desempeñar una función importante en la formación, la cristalización y la identificación del derecho internacional consuetudinario, sin dejar de lado otros factores determinantes, en particular la práctica de los Estados pero también las condiciones en que se aprobaron esas resoluciones. No obstante, el orador cree que el proyecto de conclusión 13 podría traducir en términos más contundentes la incidencia práctica de esas resoluciones, que parece reconocerse además en los párrafos explicativos.

45. Contrariamente a lo que había anunciado en su segundo informe[79], el Relator Especial no ha tratado verdaderamente en detalle el papel de las organizaciones internacionales en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. Se ha dedicado, sobre todo, a resaltar las diferencias, en términos de carácter y alcance, entre la práctica de las organizaciones internacionales y la de los Estados y, citando fuentes académicas que ilustran el creciente papel de esas organizaciones en la formación del derecho internacional consuetudinario, ha tomado otra dirección. El orador no discute que la práctica de los Estados siga desempeñando una función predominante y que la influencia de las organizaciones internacionales en el derecho internacional consuetudinario dependa de factores relacionados con su mandato y composición. No obstante, considera que la historia contemporánea tiende a poner de manifiesto que las organizaciones internacionales contribuyen cada vez más al derecho internacional consuetudinario. Cita el ejemplo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y recuerda que este, con arreglo al mandato encomendado por los Estados en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas de acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, amplió su intervención y su campo de actuación, sobre todo al término de la Guerra Fría, y creó, entre otras cosas, tribunales penales internacionales, cuyas decisiones han tenido repercusiones, en algunos casos, en el derecho internacional consuetudinario, según se ha reconocido. Otro ejemplo interesante es el de la resolución 377 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de noviembre de 1950, titulada «Unión pro paz», que tuvo consecuencias jurídicas y políticas notables al permitir que la Asamblea General desempeñara un papel cada vez más importante en el ámbito de la paz y la seguridad. Ciertamente cabría objetar que solo son ejemplos de la práctica de los Estados en el marco de una organización internacional, pero ¿qué sucede con las competencias del Secretario General? Además, no todos los órganos de las organizaciones internacionales están compuestos por

[79] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672.

Estados, sino que a veces están integrados por expertos que participan a título personal o por enviados o representantes especiales del Secretario General, cuyo mandato, bajo la supervisión de los Estados, evoluciona y no siempre está claramente definido. La Corte Internacional de Justicia está integrada por magistrados elegidos a título personal y ello no impide que tenga una enorme influencia en la formación del derecho internacional consuetudinario. En cuanto al Órgano de Apelación de la OMC, formado por miembros elegidos por el Órgano de Solución de Diferencias, cabe preguntarse si repercuten sus decisiones, aceptadas como firmes por los Estados partes en las controversias comerciales de las que entiende, en el derecho internacional consuetudinario. Teniendo en cuenta esas consideraciones, el orador considera que el proyecto de conclusión 4 [5] debería revisarse para que refleje mejor el papel actual de las organizaciones internacionales en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. También cree que el adverbio «principalmente» del párrafo 1 debería conservarse. Por último, comparte las preocupaciones del Sr. Caflisch sobre el hecho de que, según está redactado en estos momentos, el proyecto de conclusión 4 [5] no reconoce al CICR ningún papel en la identificación y la formulación del derecho internacional consuetudinario, lo que equivale a negar la historia de ese derecho.

46. El Sr. ŠTURMA elogia la calidad del tercer informe del Relator Especial, que está bien estructurado, es claro y está bien documentado. Observa con satisfacción que el informe refleja la posición que él mismo había defendido en el período de sesiones anterior, a saber, que el hecho de reconocer que el peso otorgado a la práctica y la *opinio iuris* puede diferir dependiendo de la rama del derecho internacional de que se trate no conlleva abandonar el enfoque unitario de la costumbre internacional en favor de enfoques específicos por esferas del derecho internacional (derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional, etc.). También suscribe la opinión de que una forma particular de práctica o una prueba particular de la aceptación de una práctica como derecho puede ser más pertinente en algunos casos que en otros, y apoya, por consiguiente, el nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4]. Asimismo, suscribe los párrafos 2 y 3 del proyecto de conclusión 4 [5], si bien matizaría el segundo añadiendo un adverbio como «en general» para ilustrar que, en casos excepcionales, la práctica de agentes no estatales, como el CICR, también puede contribuir a la formación o la expresión de normas consuetudinarias. Aprueba el contenido del párrafo 3 del proyecto de conclusión 11, pero coincide con otros miembros de la Comisión en que deberían aclararse las circunstancias en que la inacción puede servir de prueba de la aceptación como derecho, a saber, cuando la inacción proviene de la abstención del Estado de que se trate, se prolonga durante un período de tiempo suficiente y las circunstancias requieren una reacción.

47. Con respecto a los proyectos de conclusión relativos a las formas particulares de práctica y prueba, el orador señala que el proyecto de conclusión 12 expone correctamente los diferentes tipos de relación que puede haber entre las normas convencionales y las normas consuetudinarias. También aprueba el proyecto de conclusión 13, relativo al papel de las resoluciones aprobadas por organizaciones y conferencias internacionales, si bien, en su opinión, ese papel dista de ser marginal. Tal vez habría que establecer una distinción entre las organizaciones internacionales, sus órganos y sus actos, a fin de ofrecer información más precisa sobre las circunstancias en que esos actos pueden ser relevantes y tener más o menos peso como prueba del derecho internacional consuetudinario. En cuanto al papel de la jurisprudencia y la doctrina, el orador está de acuerdo con el principio del proyecto de conclusión 14, pero considera, como el Sr. Tladi, que las opiniones individuales y las opiniones disidentes de los magistrados de la Corte Internacional de Justicia también deberían tenerse en cuenta y, como el Sr. Forteau, que el término «doctrina» merecería una aclaración.

48. En relación con los proyectos de conclusión relativos a las excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario, el orador dice estar dispuesto a aceptar la expresión «costumbre particular» siempre que se emplee para designar de manera abreviada las normas consuetudinarias locales y regionales, que, recuerda, solo pueden tomarse en consideración si no son contrarias a la costumbre general de *ius cogens*. En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15, propone aclarar que la costumbre particular solo es vinculante para los Estados que han participado en una práctica general (o común) aceptada por ellos como derecho, es decir, que no puede hacerse valer contra otros Estados. Comparte hasta cierto punto las preocupaciones expresadas por los Sres. Forteau y Caflisch sobre el enfoque dinámico adoptado por el Relator Especial, pues considera que el derecho internacional consuetudinario debe conservar su carácter espontáneo como fuente de derecho claramente distinta del derecho convencional. Considera que los conceptos de costumbre particular y objetor persistente pueden aceptarse como excepciones, siempre que el proyecto de conclusión 16 se reformule de manera más prudente o, en su defecto, se suprima.

49. Dado que actualmente hay muchos documentos adoptados por organismos internacionales que no son resoluciones clásicas aprobadas por las organizaciones internacionales ni decisiones judiciales en sentido estricto, cabe preguntarse, por ejemplo, qué importancia revisten los dictámenes, las observaciones y las decisiones de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos no tienen la condición de órgano jurisdiccional ni las competencias de los tribunales internacionales, pero, como instancias internacionales creadas por los Estados en virtud del derecho internacional, a menudo realizan funciones similares a las de dichos tribunales. No obstante, su papel en la formación del derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos ha sido ignorado en gran medida, pese a que podrían contribuir a ella de diversas maneras. Al tratarse de órganos cuasi jurisdiccionales, sus decisiones deberían tomarse en consideración de la misma manera, *mutatis mutandis*, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales; no deberían clasificarse como doctrina, sino tener una condición de obras colectivas comparable al de los textos resultantes de la labor de la Comisión; y deberían considerarse actos de organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Consejo de Europa, etc.) que abarcan a los órganos de los que emanan. Convendría que esas cuestiones se trataran en el próximo informe del Relator Especial.

50. Otro aspecto que convendría examinar en mayor detalle es la evolución a lo largo del tiempo del derecho internacional consuetudinario existente, incluidas las circunstancias en que una nueva norma consuetudinaria puede reemplazar a una ya existente y una determinada norma consuetudinaria puede caer en desuso. Ese análisis también podría contribuir a aclarar el proceso por el que la costumbre particular se convierte en costumbre general, y viceversa, ya que el orador está convencido de que esa cuestión no concierne únicamente a la formación del derecho internacional consuetudinario, sino también a la identificación de las normas consuetudinarias en vigor. Aparte de esas consideraciones, que incumben sobre todo a la continuidad de la labor de la Comisión sobre el tema, recomienda la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

51. El Sr. KAMTO felicita al Relator Especial por su excelente informe, que, no obstante, incumple, y en esto no es el único, el límite de 50 páginas establecido por la Comisión para la extensión de los informes. Como observación de carácter general, muestra sus reservas sobre la manera inusual en que el Relator Especial ha tratado las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión en sesión plenaria, citando expresamente las que sustentaban su posición y omitiendo las otras, lo que puede incitar a sus autores a volver a la carga. En cuanto al contenido del tercer informe, dice no entender el razonamiento del párrafo 16, que considera contrario a lo dispuesto en el párrafo 1 *b* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la jurisprudencia constante de esa instancia. ¿Cómo puede el Relator Especial afirmar que «es posible que surja en primer lugar una aceptación de que algo deba constituir derecho […] y que esta luego dé lugar a una práctica que lo plasme», cuando el párrafo 1 *b* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte se refiere a «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho» y la Corte, en el fallo dictado en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, que se cita además en el párrafo 13 del tercer informe, dispone que «los actos de que se trata deben constituir una práctica establecida y, además, deben ser de tal naturaleza, o realizarse de tal modo, que pongan de manifiesto el convencimiento de que la práctica se considera obligatoria por la existencia de una norma de derecho que exige su cumplimiento» (párr. 77 del fallo)? *Opinio iuris* es la creencia de que una práctica es obligatoria, no de que una práctica futura será o podrá ser obligatoria. Por tanto, el orador no puede estar de acuerdo con la posición del Relator Especial ni encuentra convincente la opinión citada en la tercera nota del párrafo 16 del informe, de que, en ciertos casos, «la expresión de una “necesidad de derecho” […] está en el origen de una práctica que lleva a la formación de la norma consuetudinaria», ya que puede haber una necesidad de derecho sin que sea necesariamente una necesidad de derecho consuetudinario: muy a menudo se trata de una necesidad de derecho convencional. Por lo tanto, sentir y expresar la necesidad de normas en materia de protección de la atmósfera no significa que los Estados consideren que el documento en el que expresan esa necesidad es *opinio iuris* de una práctica que aún no existe, y mucho menos que aceptan de antemano las normas de derecho que pudieran derivarse de una práctica futura. La Comisión comprometería su labor si adoptara ese enfoque, que es puramente teórico y no se ajusta a la manera en que las normas consuetudinarias surgen en realidad en el orden jurídico internacional. En efecto, la costumbre internacional no es derecho voluntario en el sentido en que lo es el derecho convencional —aunque los elementos de voluntad intervienen en la formación de ciertas normas consuetudinarias—, pero desde luego tampoco es derecho espontáneo, pues ninguna norma de derecho surge de repente sin el más mínimo proceso intelectual o psicológico. En cuanto a la prueba de los dos elementos constitutivos de la norma consuetudinaria, el orador propone añadir en el nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4] la oración siguiente: «No obstante, en algunos casos, los medios de prueba de un elemento también pueden servir de medios de prueba de otro elemento».

52. El orador señala que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 11 no menciona las tres condiciones establecidas en los párrafos 23, 24 y 25 del tercer informe, a reserva de las cuales la inacción puede considerarse práctica y prueba de la *opinio iuris*, y propone completar ese párrafo para que diga lo siguiente: «La inacción puede también servir de prueba de aceptación como derecho, siempre que las circunstancias requieran una reacción, que el Estado cuya inacción se intenta hacer valer para identificar el derecho internacional consuetudinario tuviera conocimiento de ello y que su inacción se prolongue durante un período de tiempo suficiente». En cuanto al proyecto de conclusión 12, propone dividirlo en dos párrafos. El primero reagruparía el párrafo introductorio y los apartados *a* y *b* actuales, suprimiendo la expresión «o llegar a reflejar», que no añade nada y puede crear una confusión innecesaria, y modificando el apartado *b* para que diga lo siguiente: «Ha llevado, en el momento en que se concluye el tratado, a la cristalización de una norma consuetudinaria emergente». El segundo párrafo del proyecto de conclusión 12 retomaría esencialmente el apartado *c* actual y diría lo siguiente: «La disposición de un tratado puede también generar una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, al dar lugar a una práctica general aceptada como derecho».

53. El orador aprueba la prudencia con que se ha redactado el proyecto de conclusión 13, pero le parecería mejor decir que las resoluciones pueden contribuir, no al «desarrollo» del derecho internacional consuetudinario, sino a su formación o, si ese término plantea problemas, a su identificación, en consonancia con la terminología empleada en otros proyectos de conclusión. En el capítulo IV del tercer informe, titulado «Jurisprudencia y doctrina», convendría aclarar que se trata de la jurisprudencia internacional. Las opiniones separadas o disidentes de los jueces, que no tienen ninguna autoridad en relación con las partes en la controversia, no deberían considerarse elementos de la jurisprudencia, sino elementos de la doctrina. El orador está preocupado por el carácter subjetivo de la elección de los escritos constitutivos de la doctrina a los efectos de la codificación, en general, y de la identificación del derecho internacional consuetudinario, en particular, que favorece la doctrina de las naciones europeas u occidentales en detrimento de la de las demás regiones del mundo, en contravención de las disposiciones del párrafo 1 *d* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que remiten a «las doctrinas de los publicistas de mayor competencia

de las distintas naciones». Señala, a este respecto, que el término «juristas» es más adecuado que «publicistas», ya que incluye a los juristas especializados en derecho privado, muchos de los cuales son miembros de la Comisión y de la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, propone modificar el proyecto de conclusión 14 para que diga: «La jurisprudencia internacional y las doctrinas de los juristas de mayor competencia de las distintas naciones pueden servir de formas subsidiarias para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario».

54. En cuanto al papel de los actores no estatales en la identificación del derecho internacional consuetudinario, el orador considera que el enfoque tradicional adoptado en el capítulo V del tercer informe no siempre tiene en cuenta la evolución del derecho internacional consuetudinario. Aunque el derecho transnacional, que no es ni interestatal ni siquiera semiestatal, que generan algunos de esos actores, como el Comité Olímpico Internacional, aún no pueda tomarse en consideración, en el derecho internacional humanitario se observa una tendencia cada vez más marcada a considerar que los actores no estatales de los conflictos armados pueden contribuir a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario en esa esfera. Así pues, convendría reformular el nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5] teniendo en cuenta esa tendencia o, al menos, hacer mención a ello en el comentario.

55. Con respecto a los capítulos VI y VII del tercer informe, el orador dice que apoya los proyectos de conclusión 15 y 16, si bien señala, en relación con la doctrina del objetor persistente abordada en el segundo, que sería deseable que el Relator Especial refuerce los comentarios para poner claramente de manifiesto que la objeción no produce los mismos efectos si la norma en cuestión es emergente o está arraigada. En su opinión, la objeción persistente solo es válida en la medida en que la existencia de la norma no haya sido comprobada. Una vez identificada, y si se trata de una costumbre universal, todos los Estados, incluidos los que hubieran formulado objeciones a ella en algún momento, quedarán obligados por la norma consuetudinaria. Queda por determinar si, en ese caso, la objeción persistente puede seguir produciendo efectos, en particular si puede hacer que la norma consuetudinaria no sea oponible al Estado objetor. Según las observaciones formuladas sobre ese tema, los miembros de la Comisión parecen considerar que este no es el caso.

56. Para concluir, el orador dice que apoya la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción. No obstante, desearía saber si el Relator Especial, cuyo objetivo es finalizar la labor sobre el tema en el período de sesiones de 2016, entiende con ello que no habrá examen del proyecto de conclusiones en segunda lectura. Teniendo en cuenta que se trata de uno de los temas más controvertidos en derecho internacional, el orador invita al Relator Especial a no precipitar la finalización de los trabajos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3253ª SESIÓN

Miércoles 20 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. E, A/CN.4/682, A/CN.4/L.869)

[Tema 7 del programa]

Tercer informe del Relator Especial (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir con su examen del tercer informe del Relator Especial sobre el tema «Identificación del derecho internacional consuetudinario» (A/CN.4/682).

2. El Sr. McRAE dice que, si bien las líneas generales del enfoque basado en los dos elementos son bien conocidas y objeto de frecuentes citas, resultan menos claras la relación entre ambos elementos y la forma en que el enfoque debe aplicarse en la práctica. No hay pruebas empíricas de la forma en que los Estados y los tribunales y cortes internacionales aplican realmente los criterios que, según ellos, deben utilizarse para identificar el derecho internacional consuetudinario. Lo que se desprende de los fallos de la Corte Internacional de Justicia en las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte* y las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* es que no se aplican sistemáticamente los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario. A menudo parece que la identificación del derecho internacional consuetudinario se basa en una respuesta intuitiva y no en un análisis de la práctica y la *opinio iuris*, y a veces simplemente se presupone la existencia de uno de los elementos. Es la discordancia entre los principios enunciados y lo que en realidad hacen los tribunales y cortes de los Estados lo que hace que el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario sea confuso y difícil. Entre las preguntas que hay que abordar cabe mencionar las siguientes: ¿qué constituye en realidad una práctica general en una comunidad internacional de 192 Estados?; ¿quién debe recabar las pruebas necesarias para demostrar la existencia de una práctica general?; ¿cómo se debería hacer exactamente?

3. El orador dirige su atención al proyecto de conclusión 3 [4], nuevo párrafo 2, y señala que su redacción no refleja adecuadamente lo que conlleva la valoración por separado de la prueba respecto de los dos elementos. La