distorsionada del derecho internacional. Varios Estados Miembros también han expresado preocupación por este enfoque en el transcurso del debate sobre el tema en la Sexta Comisión. Por ello, el orador anima a que se utilice una formulación más prudente en el proyecto de conclusión 4, por ejemplo eliminando en el párrafo 1 la palabra «principalmente» e insertando en el párrafo 2 la palabra «puede» después de la palabra «también». Con ello, se dejaría margen para la inclusión de la práctica de las organizaciones internacionales, pero con salvedades más contundentes que la frase «en algunos casos», que figura ahora en el párrafo 2.

75. En lo que al proyecto de conclusión 6 respecta, al orador sigue sin convencerle el argumento esgrimido por el Relator Especial para respaldar la supresión que propone, en parte porque «el comportamiento en relación con las resoluciones» puede llegar a abarcar no solo el voto afirmativo de un Estado a una resolución, sino también otros comportamientos plenamente coherentes con dicho voto. Incluso si se acepta la interpretación más restringida de lo que constituye comportamiento en relación con las resoluciones, no queda claro por qué debe conservarse la referencia al «comportamiento en relación con los tratados». En ambos casos, el comportamiento en cuestión no forma parte de la naturaleza de la «práctica» a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, el acto de ratificar un tratado parece corresponderse a la naturaleza de la *opinio iuris*; para apreciar la auténtica práctica relevante para la existencia de una norma consuetudinaria en ese supuesto hay que examinar otros elementos, como la coherencia de los actos del Estado con la norma convencional, incluso con respecto a Estados que no son parte en el tratado. Por consiguiente, si se elimina la cláusula relativa a las organizaciones internacionales del proyecto de conclusión 6, es lógico argumentar que hay que suprimir igualmente la cláusula relativa a los tratados. El orador es partidario de que se remitan al Comité de Redacción todas las modificaciones propuestas, incluidas todas aquellas que se puedan formular durante la primera lectura de la Comisión sobre la base del debate mantenido en el Grupo de Trabajo.

76. Apoya también la propuesta del Relator Especial de elaborar una bibliografía sobre el tema y un documento sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario. Señala que la División de Codificación ha comenzado recientemente a publicar las respuestas por escrito de los Estados en el sitio web de la Comisión y dice que, de este modo, con el tiempo, habrá al alcance de todos una extraordinaria cantidad de información sobre la práctica de los Estados y la *opinio iuris*. Sería útil que las respuestas escritas de los Gobiernos a la Comisión a partir de 1947 pudieran ser recuperadas de los archivos de la Comisión y publicadas también en el sitio web. En estos momentos hay una cantidad asombrosa de información disponible en línea sobre las actividades de los Gobiernos, los órganos legislativos y los tribunales, gran parte de la cual puede guardar relación con práctica internacional relevante para el derecho internacional consuetudinario. Así, la Comisión podría estudiar la posibilidad de fijar como objetivo fundamental que se señalen no solo los mejores medios para hacer asequible la prueba del derecho internacional consuetudinario, sino también las mejores formas de identificar la prueba de mayor pertinencia, valor probatorio y fiabilidad. El programa de trabajo futuro propuesto por el Relator Especial está claro y parece que puede realizarse.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3302ª SESIÓN

Viernes 20 de mayo de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

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

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/689, cap. II, secc. B, A/CN.4/691, A/CN.4/695 y Add.1, A/CN.4/L.872)

[Tema 6 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. FORTEAU agradece al Relator Especial su cuarto informe (A/CN.4/695 y Add.1), que brilla, entre otras cosas, por su concisión. También da las gracias a la Secretaría por su memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/691), que considera muy útil y esclarecedor.

2. En los capítulos I y II del informe, el Relator Especial comienza lo que podría llamarse una «primera lectura *bis*» de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, de los que la Comisión tomó nota en el anterior período de sesiones sin aprobarlos oficialmente[145]. Es encomiable que el Relator Especial haya procurado tener en cuenta, en tiempo real, observaciones formuladas por los Estados Miembros. Al mismo tiempo, hay que evitar perturbar el procedimiento normalmente seguido por la Comisión. En la etapa de primera lectura, la Comisión debe aprobar lo que considere apropiado proponer; es en la etapa de segunda lectura propiamente dicha cuando se deben ajustar, de ser necesario, los proyectos a la luz de los comentarios y observaciones de los Estados. Se debe respetar ese orden para que la Comisión mantenga la independencia de su labor técnica.

---

[145] Véanse *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 15, y documento A/CN.4/L.869 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 67º período de sesiones).

3. Al igual que el Relator Especial en respuesta a las observaciones de algunos Estados, el orador desea que los comentarios de los proyectos de conclusión proporcionen «el análisis y los detalles adicionales necesarios». En particular, se debe velar por que contengan un número suficiente de ejemplos para que el lector pueda saber cómo debe proceder en la práctica para la identificación del derecho internacional consuetudinario. El orador suscribe además muchas de las observaciones formuladas por el Relator Especial en el capítulo I de su informe, en particular, que el proyecto de conclusiones tiene por objeto ayudar a determinar la situación del derecho consuetudinario en un momento concreto, y no reflexionar más ampliamente sobre el proceso de formación. También comparte la aclaración hecha por el Relator Especial en el párrafo 26 de su informe, en que se afirma que el papel especial que desempeña la Comisión en la identificación del derecho consuetudinario, que excede con mucho el de la doctrina, se destacará en el comentario de varios proyectos de conclusión. En efecto, los tribunales internacionales, en particular la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, atribuyen un peso especial y una autoridad específica a la labor de la Comisión, como observa el Relator Especial en el párrafo 44 de su informe, en el que recuerda que el proceso de codificación que la Comisión tiene ante sí es un medio conveniente de descubrir la práctica efectiva de los Estados. Los comentarios de los proyectos de conclusión tendrán que ser muy claros a ese respecto. Por último, el orador apoya la afirmación de sentido común del Relator Especial de que la práctica de las organizaciones internacionales como tal puede contribuir, en algunos casos, a la formación o la expresión del derecho internacional consuetudinario.

4. Con respecto a las propuestas de enmienda formuladas por el Relator Especial en el capítulo II del informe, su carácter «menor» lleva al orador a considerar que debe ser el Comité de Redacción quien las debata. La propuesta que figura en el párrafo 35 parece positiva, al flexibilizar la definición de la *opinio iuris*. Además, como ha señalado el Sr. Tladi, sería útil mantener la referencia al comportamiento en relación con las resoluciones de organizaciones internacionales en el proyecto de conclusión 6, párrafo 2.

5. Con respecto al capítulo III del informe, que, a juicio del orador, aborda una cuestión fundamental, este dice que, como ha señalado en repetidas ocasiones desde que comenzó el examen del tema, los proyectos de conclusión relativos al método de identificación del derecho consuetudinario solo tienen sentido si, al mismo tiempo, los profesionales del derecho internacional tienen un acceso efectivo a los elementos necesarios para proceder a esa identificación y establecer así ese derecho de una forma que sea verdaderamente representativa del conjunto de la comunidad internacional. De lo contrario, el método codificado por la Comisión será letra muerta, ya que la costumbre reflejará únicamente la posición de los Estados que tengan los medios para difundir su práctica. Así pues, el orador celebra que el Relator Especial quiera examinar los medios para mejorar la disponibilidad de la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario.

6. La cuestión examinada en el capítulo III del informe tiene dos aspectos. El primero, que es de carácter normativo y hasta ahora no ha sido suficientemente examinado por la Comisión, consiste en determinar el sentido del término «disponible». El proyecto de conclusión 7, párrafo 1, establece que habrá que tener en cuenta toda la práctica «disponible» de los Estados, pero es preciso conocer el sentido jurídico de ese término cuya definición, sin duda, influirá en los modos de identificación del derecho consuetudinario. Si por «disponible» se entiende cualquier documento existente, la tarea de quien debe identificar el derecho consuetudinario se convierte en una misión imposible, vista la dificultad de buscar y encontrar en un plazo razonable toda la práctica de todos los órganos de todos los Estados y organizaciones internacionales. Por consiguiente, será necesario examinar esta cuestión más a fondo e imponer límites a lo que se debe considerar «disponible» en el contexto del proyecto de conclusiones y de la identificación del derecho consuetudinario. En particular, cabría basarse en el régimen aplicable en la Corte Internacional de Justicia a las pruebas denominadas «inmediatamente disponibles», que pueden utilizarse en cualquier etapa del procedimiento por considerarse que son conocidas por las partes. La directriz práctica IX *bis* de la Corte, que se puede consultar en su sitio web[146], señala a este respecto que un documento se considera inmediatamente disponible si forma «parte de una publicación», es decir, si es «de dominio público», y aclara que esa publicación «puede tener cualquier formato (impreso o electrónico), cualquier forma (física o en línea, como las que figuran en Internet) o cualquier soporte (en papel o forma digital o en cualquier otro medio)». Dispone además que el requisito de que la publicación ha de estar «inmediatamente disponible» será evaluado en función del acceso que tengan a la publicación la Corte y cualquiera de las partes, lo que supone, en particular, que debe ser «posible consultar la publicación dentro de un breve período de tiempo razonable». Por último, no es necesario especificar la referencia de los documentos cuya fuente sea «bien conocida», como «por ejemplo», según la Corte, los documentos de las Naciones Unidas, las colecciones de tratados internacionales, las importantes monografías de derecho internacional o las obras de consultas de renombre. A la luz de estos elementos, parece necesario hacer un esfuerzo especial en los comentarios para ayudar al usuario del proyecto de conclusiones a determinar la orientación de sus investigaciones y hasta dónde debe llegar en ellas cuando tenga que establecer la práctica y la *opinio iuris*. Desde esta perspectiva, el orador suscribe la cita que figura en la primera nota del párrafo 46, que señala muy acertadamente que «jamás se puede demostrar una norma de derecho consuetudinario de forma absoluta, sino solo de manera relativa —únicamente se puede demostrar que la mayoría de la documentación *disponible* apoya la presunta norma»[147]. Es preciso que en el proyecto de conclusiones se imponga un límite de sentido común de esa índole porque, de lo contrario, la metodología codificada por la Comisión no permitirá reconocer la existencia de ninguna norma consuetudinaria.

7. El segundo aspecto de la cuestión que se examina en el capítulo III consiste en determinar qué puede hacer la Comisión para mejorar la difusión de la práctica

[146] Véase www.icj-cij.org/en/practice-directions.

[147] M. Akehurst, «Custom as a source of international law», *British Year Book of International Law 1974-1975*, vol. 47 (1977), pág. 13.

existente. En el presente caso, el orador apoya la recomendación del Relator Especial, que considera que la Comisión debería examinar nuevamente la cuestión a que se refiere el artículo 24 de su estatuto, y su propuesta de que se solicite a la Secretaría que prepare un informe sobre la prueba disponible que actualice el estudio de 1949[148] y las recomendaciones que figuran en él. No obstante, los tiempos han cambiado y la Comisión debe proceder de un modo algo diferente. Desde 1950 se ha registrado una doble evolución que altera la forma en que se plantea la cuestión del acceso a la prueba y que influye necesariamente en las recomendaciones que la Comisión puede formular al respecto. En primer lugar, y como señala acertadamente el Relator Especial, hay un número extraordinariamente elevado de publicaciones, documentos y jurisprudencia en las distintas ramas del derecho internacional. En esas circunstancias, lo importante no es tanto hacer una recopilación exhaustiva de lo que existe —tarea imposible— como guiar al profesional por el laberinto de todo lo que se publica, orientándolo hacia lo más pertinente para cada tema. En otras palabras, lo que necesita el profesional no es un compendio enciclopédico, sino un GPS que le permita acudir directamente a la fuente pertinente. El nuevo estudio de la Secretaría debería elaborarse en ese sentido, en forma de inventario de los tipos de recursos disponibles y los lugares, físicos o electrónicos, donde es posible encontrarlos. En segundo lugar, como también señala el Relator Especial, muchos Estados tienen grandes dificultades para difundir su práctica, por razones financieras y materiales. La Comisión tendrá que estudiar la formulación de recomendaciones para ayudar a esos Estados, por ejemplo recomendando a las instituciones y organizaciones internacionales que financian proyectos de investigación universitarios que dediquen parte de esa financiación a proyectos destinados a mejorar la difusión de la práctica de los Estados que tienen dificultades en ese ámbito. Del mismo modo, se podría hacer un llamamiento a las universidades para promover las tesis sobre aspectos desconocidos de la práctica internacional. Las revistas de derecho internacional también deberían incluir más sistemáticamente una crónica de la práctica del derecho internacional en los Estados. También se debería recabar la aportación de las asociaciones nacionales de derecho internacional, 50 de las cuales se reunieron en Estrasburgo en 2015 por iniciativa de la Asociación Francesa de Derecho Internacional, lo que permitió la creación de una red mundial de asociaciones nacionales de derecho internacional. A un nivel más institucional, y pese a la limitación de los medios de las Naciones Unidas, podrían hacerse otras recomendaciones para mejorar la recopilación y difusión de la práctica de los Estados. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo ha contribuido a ello en algunos Estados, al igual que el Programa de Asistencia de las Naciones Unidas para la Enseñanza, el Estudio, la Difusión y una Comprensión Más Amplia del Derecho Internacional, y la División de Codificación debería desempeñar un papel primordial a este respecto.

8. Con respecto al capítulo IV del informe, relativo al programa de trabajo futuro, el orador solo tiene una observación en relación con la forma definitiva de la labor de la Comisión. En la medida en que los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes tienen por objeto orientar la labor de los profesionales, convendría estudiar la mejor forma de presentar el texto definitivo. En principio, la Comisión presenta sus proyectos primero en forma de proyecto de artículos o de conclusiones, seguido de comentarios. Si se pretende aprobar una guía metodológica, tal vez convendría proceder de manera diferente, comenzando con una breve introducción en la que se explique el propósito, el fin y el contenido del proyecto, antes de insertar el texto de los proyectos de conclusión con sus comentarios. Un breve índice de términos fundamentales permitiría al lector que quisiera conocer la función de un determinado elemento de la práctica, por ejemplo, saber en qué conclusión puede encontrar la respuesta a sus dudas. En cuanto a la bibliografía, debería incluirse en el proyecto e, idealmente, presentarse en forma temática, una vez más para ayudar al lector en su tarea.

9. El Sr. HMOUD dice que el memorando de la Secretaría sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales confirma, como indicó el Relator Especial cuando presentó su cuarto informe sobre el tema, los proyectos de conclusión sobre la cuestión, o sea, el proyecto de conclusión 6, sobre las formas de práctica; el proyecto de conclusión 10, sobre las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*); y el proyecto de conclusión 13, sobre las decisiones de cortes y los tribunales. El memorando también demuestra que la jurisprudencia de los tribunales internacionales reconoce la doble naturaleza —forma de práctica de los Estados y prueba de la *opinio iuris*— de las decisiones de los tribunales nacionales, y las invoca como medio auxiliar para determinar la existencia y el contenido de normas de derecho, en particular de derecho internacional consuetudinario.

10. El enfoque adoptado por el Relator Especial y la Comisión equilibra debidamente la necesidad de elaborar conclusiones flexibles y prácticas y la de fundamentarlas firmemente en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, las posiciones jurídicas y la práctica de los Estados y sus órganos y la doctrina, preservando al mismo tiempo el dinamismo que caracteriza a la creación e identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Además, en el contexto del tema, los comentarios son particularmente importantes y deberán leerse junto con los proyectos de conclusión que aclaran a fin de proporcionar a los profesionales la orientación concreta que necesitan para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario en un momento dado. No obstante, incluso si tienen por objeto orientar a los profesionales, las conclusiones expresan y deben expresar la *lex lata*, y tal vez sea necesario revisar algunas de ellas en segunda lectura a la luz de las reacciones de los Estados. Esto es particularmente cierto en el caso de las relativas a la práctica de las organizaciones internacionales en la medida en que contribuye en algunos casos a la expresión o la creación de normas consuetudinarias, o de las referentes al papel del comportamiento de otros actores. También convendría que los Estados dieran su opinión sobre el papel del silencio o la inacción como elemento objetivo y subjetivo.

[148] *Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission*, memorando del Secretario General (A/CN.4/6 y Corr.1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 1949.V.6); disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del primer período de sesiones.

11. El Relator Especial y la Comisión han evitado con razón ampliar indebidamente el alcance del tema a cuestiones relativas al contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario o al proceso de formación de esas normas en su aspecto temporal. No obstante, a los profesionales podrían serles útiles conclusiones más detalladas sobre determinadas cuestiones, como la transformación de una norma de derecho consuetudinario particular en una norma de derecho consuetudinario general, incluidas las condiciones relativas a la práctica general y la *opinio iuris* necesaria.

12. En lo que respecta a la conveniencia de utilizar el término «directrices» en lugar de «conclusiones» para describir el resultado de la labor sobre el tema, el orador cree que se debe mantener el segundo término porque, incluso si tienen por objeto orientar a los profesionales, se trata de conclusiones sobre la situación del derecho por el que se rige la identificación del derecho internacional consuetudinario.

13. En cuanto a la dificultad de determinar el momento en que una práctica acompañada de su aceptación como derecho ha alcanzado la masa crítica necesaria para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, el Relator Especial señala acertadamente que ese no es el objeto de los proyectos de conclusión, que pretenden ofrecer a los profesionales los medios para determinar la existencia o el contenido de una norma en un momento dado. Sería contraproducente insistir en el elemento temporal, aunque la norma consuetudinaria se forme a lo largo del tiempo y no en un momento concreto.

14. Con respecto a la práctica de las organizaciones internacionales, el proyecto de conclusión 4, párrafo 2, al disponer que, en algunos casos, esta práctica contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, es *lex ferenda* porque, como ha explicado el Relator Especial, la disposición no está respaldada por ninguna prueba. De hecho, las formas de práctica a que se hace referencia en el proyecto de conclusión 6 constituyen únicamente práctica de los Estados. Por consiguiente, ese párrafo 2 debería redactarse de manera menos categórica, o limitar en esta etapa el papel de la práctica de las organizaciones internacionales a un papel subsidiario de corroboración de la práctica de los Estados.

15. Por lo que se refiere a la inacción o el silencio como forma de práctica o manifestación de una *opinio iuris*, es preciso actuar con cautela, por lo que hay que celebrar que tanto en el proyecto de conclusión pertinente como en su comentario se explique que, para que el silencio se considere un elemento subjetivo y prueba de la aceptación, es necesario que el Estado en cuestión haya estado en condiciones de reaccionar y que las circunstancias hayan requerido alguna reacción.

16. También hay que mostrar cautela con respecto a las resoluciones de organizaciones internacionales y su fuerza probatoria de la existencia de una norma consuetudinaria, ya que deben ser corroboradas por la práctica y la *opinio iuris* de los Estados. Con respecto a si los textos resultantes de los trabajos de la Comisión corresponden a la «doctrina» de los publicistas de mayor competencia a que se hace referencia en el proyecto de conclusión 14, habida cuenta del estatuto de la Comisión y de su mandato de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, sus trabajos deben recibir un tratamiento distinto, aunque tengan un interés secundario para la identificación de las normas consuetudinarias.

17. En relación con la norma del objetor persistente y el concepto de derecho consuetudinario particular, se ha prestado la debida atención a las reservas expresadas por ciertas delegaciones tanto en los proyectos de conclusión como en los comentarios pertinentes. Como se indica en el informe, la norma del objetor persistente está sujeta a estrictas condiciones, de conformidad con la *lex lata*. El cuanto al derecho consuetudinario particular, su existencia está ampliamente reconocida por los Estados y los tribunales internacionales, y no mencionar las normas no tendría ningún efecto en términos de fragmentación del derecho internacional, puesto que ya existen en ese derecho.

18. Por lo que respecta a las enmiendas de los proyectos de conclusión propuestos, el orador señala que no tiene una opinión clara sobre la relativa al proyecto de conclusión 3, ya que no altera su contenido. En efecto, se entiende que las pruebas de la existencia de cada uno de los dos elementos se deben valorar por separado. El orador tampoco se opone a que, en el proyecto de conclusión 4, se sustituya la palabra «formación» por «creación» para utilizar los términos utilizados por la Corte Internacional de Justicia. También acoge con satisfacción la supresión en el párrafo 1 de las palabras «contribuye a», que muestra mejor que la práctica de las organizaciones internacionales no tiene el mismo valor que la de los Estados.

19. Con respecto al proyecto de conclusión 6, la supresión propuesta de las formas de práctica correspondientes al «comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental» no es absolutamente necesaria, ya que en el comentario se especifica que ese comportamiento debe considerarse más como prueba de la aceptación como derecho que como práctica. En cuanto a los cambios propuestos en los proyectos de conclusión 9 y 12, el orador no se opone, incluso si considera que debe quedar claro en el comentario, en relación con la contribución de las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales al desarrollo de las normas consuetudinarias, que, si bien esas resoluciones no crean en sí mismas dichas normas, pueden corroborar la práctica de los Estados o la *opinio iuris*.

20. Por último, en lo que respecta a los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, es el aspecto del mandato de la Comisión, establecido en el artículo 24 de su estatuto, al que esta ha prestado menos atención. El memorando de 1949 y el informe de la Comisión del año siguiente[149], basado en el documento de trabajo elaborado por Hudson[150], son los únicos documentos en que se aborda esta cuestión. Han pasado más de 60 años

[149] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, segunda parte; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), segunda parte.

[150] «Article 24 of the Statute of the International Law Commission», documento de trabajo preparado por M. Manley O. Hudson, Relator Especial, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/16 y Add.1, págs. 24 y ss.

desde entonces y se han producido muchos cambios: la calidad de la prueba que refleja la práctica de los Estados ha mejorado al tiempo que su volumen ha aumentado considerablemente, la informática ha hecho esta prueba más fácilmente asequible y ha habido una proliferación de tratados que codifican el derecho internacional consuetudinario o crean nuevas normas que ya forman parte del derecho internacional general. Además, una gran parte de la prueba disponible se refiere a la práctica de los países desarrollados o de los Estados que desean dar a conocer sus posiciones en derecho internacional. Por consiguiente, sería muy útil que la Secretaría estudiara nuevamente la cuestión, como propone el Relator Especial, y es importante que explique en el estudio que elabore el peso que debe darse a los diversos ejemplos de la práctica de los Estados y la *opinio iuris*, incluidas las resoluciones de órganos de organizaciones internacionales, que distinga la correspondencia diplomática de la política y que dé ejemplos de otros actos de los Estados que puedan ser pertinentes para determinar la existencia de una práctica, una *opinio iuris* o ambas cosas. El estudio también debería ofrecer ejemplos de la práctica y la *opinio iuris* de los Estados cuya participación en las relaciones internacionales sea escasa o cuya práctica del derecho internacional esté poco desarrollada. En particular, debería proporcionar ejemplos del tratamiento del silencio en el contexto de la práctica y la *opinio iuris*, así como de la práctica de las organizaciones internacionales que contribuyan o puedan contribuir a la creación de normas consuetudinarias. Desde un punto de vista práctico, la Comisión podría ayudar considerablemente a la Secretaría en esa tarea pidiendo a la Asamblea General que solicite a los Estados, en la resolución que apruebe sobre el informe de la Comisión, que le proporcionen la información necesaria para el estudio y que respondan a sus peticiones de información.

21. El Sr. HASSOUNA dice que el examen de los borradores de los proyectos de comentario realizado por el grupo de trabajo establecido a tal efecto solo puede ayudar al Relator Especial a ultimar sus proyectos de comentario. Este nuevo método de trabajo podría utilizarse para otros temas objeto de examen y, a este respecto, ya se ha propuesto en el pasado distribuir borradores de proyectos de comentario a todos los miembros de la Comisión para que el Relator Especial pueda tomar en consideración sus opiniones al elaborar sus proyectos de comentario. Podría considerarse la adopción de este proceso colectivo de elaboración de comentarios u otros textos jurídicos en el futuro para la actualización de los métodos de trabajo de la Comisión.

22. El orador da las gracias al Relator Especial por haber celebrado amplias consultas sobre los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y haber participado en reuniones en las que se examinaron dichos proyectos, incluida una reunión del grupo de expertos oficioso de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana (AALCO) sobre el derecho internacional consuetudinario. Observa con satisfacción que, en términos generales, el Relator Especial parece considerar que la labor de ese grupo es pertinente y constructiva en vista de sus observaciones sobre la necesidad de un enfoque riguroso y sistemático de la identificación de las normas consuetudinarias, la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales, el concepto de «Estados especialmente afectados» y la norma del objetor persistente.

23. También deben citarse otras observaciones del grupo de expertos de la AALCO, en particular porque el Secretario General de la organización no pudo hacerlo por tener que cancelar su visita a la Comisión. Entre otras cosas, el grupo de expertos afirmó que el resultado de su labor debía preservar la soberanía del Estado; que solo el ejercicio de funciones estatales en el ámbito de las relaciones internacionales era pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario; que los elementos de prueba que se debían tomar en consideración debían ser los documentos primarios y que los documentos secundarios, como las decisiones de los tribunales internacionales, solo podían tenerse en cuenta si venían debidamente corroborados por los documentos primarios; que el enfoque basado en dos elementos era acertado; y que resultaba preocupante el desigual rigor con que los tribunales internacionales lo aplicaban en sus decisiones para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Con respecto a la relación entre los tratados y la costumbre, la existencia de una norma consuetudinaria se debía determinar de manera ordinaria, sobre la base del enfoque basado en dos elementos, y los tratados formaban parte de los documentos que debían tenerse en cuenta como práctica o aceptación como derecho.

24. Las observaciones y sugerencias formuladas por los Estados en la Sexta Comisión en 2015 demuestran que la gran mayoría de ellos suscribe el enfoque adoptado por la Comisión de Derecho Internacional. Por ello, las modificaciones de los proyectos de conclusión propuestas, que se abordan en el capítulo II del informe que se examina, mejoran la claridad y la coherencia de las disposiciones y son constructivas e inequívocas. No obstante, algunas delegaciones expresaron su preocupación con respecto al proyecto de conclusión 4, párrafo 2, según el cual «[e]n algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario». Varias delegaciones creen que este párrafo debería suprimirse, pero el Relator Especial considera con razón que la contribución de las organizaciones internacionales a la formación de las normas consuetudinarias está reconocida en el derecho internacional y no debería ser objeto de debate. Al mismo tiempo, también propone acertadamente explicar en el comentario que la práctica de las organizaciones internacionales debe abordarse con cautela porque esas organizaciones son muy diversas en su composición y mandato. Parece conveniente, tanto para atender las preocupaciones mencionadas como para proporcionar orientaciones prácticas a quienes deben identificar normas de derecho internacional consuetudinario, que es el objeto mismo de la labor de la Comisión sobre el tema, dar ejemplos de casos en que la práctica de organizaciones internacionales se haya considerado pertinente para determinar la existencia de normas consuetudinarias.

25. Otras sugerencias hechas por los Estados en la Sexta Comisión se refieren a cuestiones ya examinadas en la Comisión de Derecho Internacional sobre las que los miembros han podido manifestarse libremente, por lo que no hay necesidad de volver a plantearlas.

26. El capítulo III del informe trata de la necesidad de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario. Se hace referencia a diversos medios para lograr este objetivo, como la amplia difusión de publicaciones sobre derecho internacional consuetudinario, la publicación de la información proporcionada por los Estados en respuesta a las solicitudes de la Comisión y la publicación de la práctica de los Estados. Para el orador, esto plantea problemas debido, en primer lugar, a las consecuencias financieras que tendría para la Secretaría la elaboración de esas publicaciones y su difusión a gran escala; en segundo lugar, al escaso número de Estados, en particular en desarrollo, que responden a los cuestionarios de la Comisión y, en tercer lugar, a que básicamente solo unos pocos Estados desarrollados publican su práctica. Pese a esos problemas, la reseña que hace el Relator Especial de la labor anterior de la Comisión sobre esta cuestión y la evolución de la situación desde entonces, incluidas, en particular, las nuevas formas de prueba y las nuevas tecnologías que permiten acceder a ellas, demuestra de forma convincente que sería muy útil para los publicistas que la Comisión realizara un nuevo análisis de la cuestión en que se tuviera en cuenta esa evolución. En ese sentido, el orador apoya la propuesta de que se pida a la Secretaría que prepare un informe sobre la prueba actualmente disponible que actualice el estudio general de las recopilaciones y compendios de la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario[151]. Considera además que un examen del Plan modelo de clasificación de los documentos relativos a la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional público[152] aprobado por el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa (CAHDI) sería un buen punto de partida. Las enmiendas que el Relator Especial propone introducir en los proyectos de conclusión para tener en cuenta las sugerencias y observaciones realizadas desde el 67º período de sesiones de la Comisión son, en su mayor parte, aceptables. No obstante, el orador considera que deberían remitirse al Comité de Redacción para que, utilizando el lenguaje del Relator Especial, este realice los últimos «retoques».

27. En cuanto al programa de trabajo futuro, el orador espera que la primera lectura de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes pueda completarse en el actual período de sesiones para que la segunda lectura pueda tener lugar en 2018, incluso si sigue siendo posible introducir modificaciones en los proyectos de conclusión y los comentarios tanto en primera como en segunda lectura. Sería útil adjuntar al informe un anexo con una bibliografía que, para que sea realmente completa y representativa, debe citar fuentes de todas las regiones y sistemas jurídicos y en todos los idiomas.

28. El Sr. CANDIOTI, observando que los proyectos de conclusión solo abarcan una parte del tema que se examina, la identificación del derecho internacional consuetudinario, cuando la «localización» de ese derecho es un aspecto igualmente importante, dice que todos los oradores han destacado la importancia de elaborar un estudio sobre la prueba disponible con objeto de actualizar el de 1949. Esta parte práctica —dónde buscar y encontrar el derecho internacional consuetudinario en las fuentes disponibles— podría adoptar la forma de un anexo del proyecto de conclusiones. El orador también apoya la propuesta del Sr. Forteau de incluir una nota introductoria antes del texto de los proyectos de conclusión.

29. El Sr. PARK da las gracias al Relator Especial por la presentación de su cuarto informe y su proyecto de anexo con una bibliografía seleccionada, y acoge con satisfacción el memorando de la Secretaría sobre la función de las decisiones de los tribunales y cortes nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario. Las 25 observaciones formuladas en ese documento permitirán aclarar el contenido de los proyectos de conclusión 6 y 13 sobre la posible función de las decisiones de los tribunales nacionales en la identificación del derecho internacional consuetudinario. El orador destaca que, en la versión en inglés, «*identification*» y «*determination*» se utilizan indistintamente, mientras que, en la versión en francés, ambos se traducen por «*détermination*».

30. El cuarto informe es conciso, pero resume bien las observaciones y sugerencias de los Estados sobre los 16 proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014 y 2015, que han llevado al Relator Especial a proponer modificaciones en algunos de los proyectos de conclusión. El Relator Especial indica en el párrafo 27 de su informe que «la inclusión de un proyecto de conclusión sobre la norma del objetor persistente obtuvo el respaldo de casi todas las delegaciones que abordaron esta cuestión en la Sexta Comisión», de lo que deduce la existencia de «un acuerdo generalizado con respecto a que la norma forma parte del corpus del derecho internacional». No obstante, la norma del objetor persistente sigue siendo objeto de polémica entre los juristas y la práctica de los Estados al respecto es aún insuficiente, por lo que el pasaje mencionado puede ser malinterpretado por los publicistas y los funcionarios que no estén particularmente familiarizados con la teoría del derecho internacional.

31. Con respecto al capítulo II del informe, el orador observa que los cambios propuestos por el Relator Especial en los proyectos de conclusión 3 y 9 son principalmente de tipo editorial, mientras que los de los proyectos de conclusión 4, 6 y 12 son sustanciales. En relación con estos últimos y, en particular, con las propuestas de modificación del proyecto de conclusión 4, el orador observa que, en el párrafo 32, el Relator Especial justifica la sustitución de la expresión «a la formación o la expresión» por las palabras «que expresa o crea» por inspirarse esta formulación en el fallo de 1982 de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)*. El orador no está convencido de la validez de esta propuesta de enmienda, porque el término «*creative*» en el texto en inglés le parece de uso menos habitual que las palabras «*formation*» y «*expression*».

[151] *Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available*… (véase la nota 148 *supra*), segunda parte, cap. I.

[152] Resolución (68) 17 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de junio de 1968, anexo. El Plan modelo fue modificado en 1997, recomendación R (97) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 12 de junio de 1997, anexo.

32. En cuanto al proyecto de conclusión 6, en el que el Relator Especial propone que se suprima la frase «el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental» por entender que, de hecho, ese comportamiento suele ser más útil como prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), el orador afirma que es más importante saber si los Estados cumplen o ignoran deliberadamente una resolución aprobada que conocer su reacción cuando han aprobado esa resolución. Su comportamiento en este contexto puede convertirse en una prueba fundamental, no solo de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), sino también de la existencia de una práctica, razón por la que el orador preferiría que el texto aprobado por el Comité de Redacción no se modificara.

33. En relación con el proyecto de conclusión 12, relativo a los efectos de las resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales en el derecho internacional consuetudinario, el orador observa que, en el párrafo 37 de su informe, el Relator Especial indica que su propuesta de que se supriman las palabras «o contribuir a su desarrollo» en el párrafo 2 tiene por objeto hacer mayor hincapié en la identificación del derecho internacional consuetudinario y que la posible contribución de las resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales al desarrollo del derecho podrá abordarse en el comentario pertinente. Con todo, se reconoce ampliamente que esas resoluciones pueden contribuir al desarrollo del derecho internacional consuetudinario. Además, el propio Relator Especial reconoce la pertinencia de la cuestión de la formación del derecho internacional consuetudinario en el párrafo 16 de su informe. En consecuencia, el orador preferiría que el texto aprobado por el Comité de Redacción se mantuviera intacto.

34. Al final del capítulo III del informe, relativo a los medios de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, el Relator Especial dice que desearía conocer las opiniones de los miembros de la Comisión sobre si debería volver a tratarse el asunto y, en caso afirmativo, de qué manera. Como el término «*evidence*» en la versión en inglés se ha traducido por «*documentation*» en la versión en francés, podría interpretarse que esta cuestión se refiere a los medios de proceder eficazmente a la compilación y publicación de documentos relativos a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en materias de derecho internacional previstos en el artículo 24 del estatuto de la Comisión. No obstante, el orador no cree que esta cuestión sea necesariamente prioritaria: en la era de la información, se trata más bien de saber cómo compilar y publicar la prueba pertinente, por una parte, y cómo clasificar y evaluar la información recopilada, por otra. Tampoco se puede ignorar el carácter evolutivo del derecho internacional consuetudinario. En efecto, la práctica de los Estados puede ser contradictoria, incoherente y también dispar con respecto a la aplicación de ciertos instrumentos internacionales. En relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por ejemplo, aún no se ha aclarado si las «rocas» mencionadas en el artículo 121, párrafo 3, pueden considerarse islas cuando han sido transformadas y ampliadas por un Estado. Del mismo modo, los artículos 58 y 59 están sujetos a diferentes interpretaciones con respecto a si un Estado puede realizar maniobras militares en la zona económica de otro Estado sin el consentimiento de este. En cuanto a la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, a que se refieren los artículos 74 y 83, respectivamente, algunos Estados prefieren el método de la equidistancia y otros el principio de equidad, teniendo en cuenta las circunstancias. El establecimiento de una zona de identificación de defensa aérea también puede contravenir normas de derecho internacional, en particular la libertad de la alta mar. Por último, en la sesión plenaria de la Conferencia de Desarme celebrada en Ginebra en 2016, varios Estados insistieron, sobre la base de la opinión consultiva emitida en 1996 por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, en la necesidad de retirar y destruir completamente las armas nucleares de los arsenales nacionales. ¿Estamos ante la aparición de una *opinio iuris*? ¿O los Estados poseedores de armas nucleares tratan de utilizar el proyecto de conclusión 15 sobre el objetor persistente frente a nuevas normas de *ius cogens*?

35. El orador no tiene una respuesta clara a estas preguntas pero, con estos ejemplos, desea demostrar que no basta con compilar la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, sino que es importante analizar bien la práctica de los Estados y seleccionar los documentos más fiables para su compilación o publicación. Por último, la cuestión de si el tema debe volver a examinarse y, en caso afirmativo, de qué manera, deben decidirla los Estados y tendría que figurar en el anexo del proyecto de conclusiones, como se hizo en el caso de las conclusiones acerca del diálogo sobre las reservas aprobadas por la Comisión en 2011, que se han reproducido en el anexo de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[153]. Los Estados y las organizaciones internacionales deberían revisar y publicar periódicamente su práctica en materia de derecho internacional consuetudinario, ya que la cooperación de los Estados será fundamental para la disponibilidad de la prueba.

36. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ da las gracias al Relator Especial por su cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y desea felicitarlo por la labor que ha realizado durante el quinquenio, que permitirá a la Comisión aprobar en el actual período de sesiones el texto completo de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes. El Relator Especial ha seguido fielmente el plan de trabajo que anunció en 2012 y el resultado alcanzado se corresponde en términos generales con el objetivo que se había fijado de elaborar un documento para ayudar a los profesionales del derecho, en particular en el plano nacional, a determinar la existencia de normas consuetudinarias y su contenido[154]. La oradora está segura de que, bajo la hábil presidencia del Sr. Vázquez-Bermúdez, el grupo de trabajo encargado de examinar los borradores de los proyectos de comentario propuestos por el Relator Especial podrá presentar una versión

[153] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), cap. IV, párr. 75, e ibíd., vol. II (tercera parte) y Corr.1.

[154] Véase *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/653.

revisada de los proyectos de texto para su examen y aprobación en sesión plenaria.

37. La oradora también desea expresar sus sinceras felicitaciones a la Secretaría por su memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales. Se trata de un informe sumamente interesante, bien estructurado y cuyo contenido es de notable interés para comprender el razonamiento seguido por los tribunales internacionales cuando se aproximan a las sentencias dictadas por los órganos de las jurisdicciones nacionales. El memorando, en particular las observaciones generales núms. 23, 24 y 25, que son particularmente importantes, debería reflejarse en el resultado final de la labor de la Comisión, por ejemplo en los comentarios, y más concretamente en el comentario general a que se hace referencia en el párrafo 13 del informe.

38. Antes de abordar las enmiendas propuestas por el Relator Especial, la oradora desea hacer un breve comentario sobre dos cuestiones planteadas en los párrafos 12 y 14 del informe, a saber, la denominación del resultado de la labor de la Comisión (conclusiones o guía), y la referencia a que las conclusiones y sus comentarios se entiendan conjuntamente como una unidad indisoluble. Ambas cuestiones guardan una estrecha relación, ya que la naturaleza del resultado final de los trabajos dependerá mucho del contenido final de los proyectos de conclusión y sus comentarios. Cabe señalar a este respecto que su forma actual no parece la más indicada para el objetivo buscado de aprobar una «guía de la práctica». Así pues, la propuesta del Relator Especial de esperar a la segunda lectura para abordar este tema parece oportuna. En segundo lugar, por lo que se refiere a la propuesta del Sr. Murase de incluir referencias bibliográficas en el producto final de los trabajos, la oradora considera que los comentarios no pueden olvidar la aportación de la doctrina a la identificación de la costumbre, ya que —como los proyectos de conclusión establecen— constituye un «medio auxiliar» a tal fin. Desde esta perspectiva, no parece justificado eliminar toda referencia bibliográfica de los comentarios, preservando al mismo tiempo la finalidad de concisión que se quiere atribuir a los mismos. El Relator Especial se ha tomado el esfuerzo de preparar una bibliografía que tiene la virtualidad de presentar las obras por bloques y de forma sistemática. Además de referencias puntuales a obras individualizas, los comentarios podrían incluir una remisión genérica a la bibliografía, acompañada de una referencia en un comentario general al papel de la doctrina. Por último, la oradora comparte el planteamiento expresado por el Relator Especial en el párrafo 16 de su informe, en el que refleja una posición equilibrada respecto del debate tenido en la Comisión en torno al binomio identificación/formación de la costumbre.

39. En cuanto a los cambios propuestos por el Relator Especial en los proyectos de conclusión 6 y 12 y a la cuestión del valor que debe atribuirse a la práctica de las organizaciones internacionales, la oradora dice que esta práctica contribuye de manera incuestionable a la formación de la costumbre internacional, bien sea directamente o a través de la voluntad de los Estados expresada en el proceso de aprobación de las resoluciones y del comportamiento que siguen posteriormente en relación con las mismas. Y esta contribución no es extraordinaria ni excepcional, sino incluso todo lo contrario. Por tanto, la oradora no puede apoyar las modificaciones propuestas por el Relator Especial en esos dos proyectos de texto. La frase «el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental» se refiere a una forma de práctica pertinente que debe tenerse en cuenta a la hora de identificar el derecho internacional consuetudinario. La propuesta del Relator Especial de que suprima el verbo «puede» en el proyecto de artículo 12, párrafo 1, tampoco es oportuna porque, con esa modificación, el párrafo sería demasiado contundente. Pone en cuestión la interacción entre una resolución de una organización internacional y la costumbre internacional que no se corresponde con la realidad. Por otro lado, la eliminación de las palabras «o contribuir a su desarrollo» en el proyecto de conclusión 12, párrafo 2, no tiene en cuenta el debate tenido en el seno de la Comisión sobre este tema. La referencia a las organizaciones internacionales es el resultado de un adecuado equilibrio entre las diversas posiciones expresadas por los miembros y, por tanto, no parece razonable ni necesario modificarla en primera lectura.

40. Las preocupaciones expresadas por algunos Estados, a que el Relator Especial hace referencia en el párrafo 25 del informe, se podrían resolver mejor a través de los comentarios, incluso mediante la incorporación de algunos indicadores objetivos referidos a la contribución de las resoluciones de las organizaciones internacionales. También es importante destacar la diferencia entre el papel de los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores no estatales en el proceso de formación de la costumbre y, con ello, la diferente relevancia de su práctica a la hora de identificar el elemento material de la costumbre. Esta distinción queda suficientemente bien reflejada en el actual proyecto de conclusión 4, que debería mantenerse. Cualquier cambio podría romper un difícil equilibrio y dar la impresión de que la Comisión trata de minimizar la contribución de la práctica de las organizaciones internacionales.

41. La oradora no se opone a la propuesta de sustituir la palabra «formación» por «creación», ya que no supone un cambio sustancial. No obstante, le parece que introduce, al menos en la versión en español, un matiz de voluntariedad que no cree que se adapte plenamente a la naturaleza informal del proceso de formación de la costumbre. Si se acepta esa propuesta, será necesario introducir las aclaraciones necesarias a este respecto en el comentario.

42. La oradora suscribe las consideraciones del Relator Especial sobre las normas especiales relativas al objetor persistente y la costumbre particular, que reflejan bien la labor anterior de la Comisión. Un proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario no puede terminarse sin una mención expresa al fenómeno de la costumbre particular, en especial la regional. La oradora también apoya las observaciones del Relator Especial respecto de las cuestiones a incluir en los comentarios. Las relativas al objetor persistente también son pertinentes, pero conviene no olvidar que, en ocasiones, los Estados formulan la objeción de forma totalmente provisional y estratégica a la espera de la formación de una posición definitiva, llegando en muchos casos a aceptar la norma sin dificultad. Quizás esta cuestión pueda ser tenida en consideración en los comentarios.

43. La propuesta del Relator Especial de que se tenga en cuenta de manera indirecta, en los comentarios de los proyectos de conclusión pertinentes, el papel de la Comisión en la identificación del derecho internacional consuetudinario no es la fórmula más acertada, ya que no refleja un elemento particularmente importante: la Comisión no es un órgano «académico» ni asimilado, sino un órgano subsidiario de la Asamblea General encargado del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. En calidad de tal, ha contribuido y está llamada a contribuir notablemente al proceso de identificación del derecho consuetudinario, como lo demuestra la forma continua en que sus trabajos son citados por distintos tribunales internacionales, por ejemplo. La mejor manera de responder adecuadamente a esta problemática sería redactando una conclusión autónoma. Una vez más, la referencia a la labor de la Comisión en los comentarios no encontraría su lugar más adecuado en el comentario dedicado a la doctrina. Por último, la oradora hace suyas las propuestas del Relator Especial sobre el programa de trabajo futuro y considera que sería de gran interés la elaboración por la Secretaría de un memorando sobre la forma de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario. Ha transcurrido mucho tiempo desde el primer estudio que se realizó al efecto y los cambios ocurridos, en especial la aparición de Internet y de las nuevas tecnologías, merecen ser tomados en consideración a fin de asegurar la más amplia representatividad de las distintas culturas jurídicas y de los distintos grupos regionales y de interés. En conclusión, la oradora aprueba la remisión de los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción.

44. El Sr. KOLODKIN da las gracias al Relator Especial por la presentación de su cuarto informe y de sus borradores de proyectos de comentario, que el Grupo de Trabajo ya ha tenido la oportunidad de examinar. También da las gracias a la Secretaría por su memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y las cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario.

45. El orador aprueba la mayoría de las propuestas de enmienda concretas formuladas por el Relator Especial. Con todo, no le parecen oportunas, aunque se inspiren en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)*, las propuestas de enmienda del párrafo 1 del proyecto de conclusión 4, en particular en lo que respecta a la versión en ruso. En el texto original, el párrafo 1 dice que la práctica de los Estados, por muy importante que sea, solo contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario. Si se modifica como propone el Relator Especial, puede dar a entender que la práctica puede en sí misma crear una norma de derecho consuetudinario. En opinión del orador, el párrafo 1 en su versión actual no es incompatible con el fallo de la Corte y no hay motivo alguno para modificarlo.

46. Con respecto a la propuesta del Relator Especial de sustituir, en la versión en francés del proyecto de conclusión 12, párrafo 2, «*établir*» por «*déterminer*», el orador preferiría que el verbo «*déterminer*» no pasara a utilizarse de forma sistemática en todo el proyecto. En efecto, este verbo se asocia generalmente a las decisiones de fuerza obligatoria dictadas por los tribunales y otros órganos competentes, por ejemplo la Corte, sobre la existencia de normas consuetudinarias de derecho internacional y su contenido, mientras que el término inglés «*identification*» por lo general hace referencia al establecimiento de la existencia de normas consuetudinarias y su contenido, no solo por los órganos mencionados, sino también por los profesionales del derecho internacional. En ese caso, sería preferible utilizar «*identification*» en la versión en inglés o emplear indistintamente «*identification*» y «*determination*» como si fueran sinónimos. El orador desearía que el Comité de Redacción tuviera en cuenta estas observaciones.

47. Si bien, a primera vista, la propuesta del Relator Especial de pedir a la Secretaría que prepare un informe sobre la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario es interesante, el orador considera que la Comisión no debería precipitarse al adoptar una decisión al respecto. En efecto, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte presentó recientemente al CAHDI una propuesta para actualizar el Plan modelo revisado de clasificación de los documentos relativos a la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional público, que va en la misma dirección que la propuesta del Relator Especial. La propuesta del Reino Unido no ha generado gran entusiasmo en el CAHDI, quizás porque su aplicación requerirá la movilización de recursos que no todos los Estados tienen. En consecuencia, el orador propone que la Comisión se limite de momento a solicitar a la Secretaría que prepare el documento en cuestión, sin especificar, como hace el Relator Especial en el párrafo 49 de su informe, que se trata de un primer paso. Cuando los miembros hayan recibido dicho documento, volverán a examinar esta cuestión. Sería interesante consultar a los Estados para ver si consideran conveniente que la Comisión se ocupe de este tema.

48. El Sr. PETRIČ duda de la conveniencia de las modificaciones de los proyectos de conclusión 6 y 12 propuestas por el Relator Especial. No obstante, como esas propuestas no suscitan objeción alguna en cuanto al fondo, ya que son de carácter editorial, el orador está seguro de que el Comité de Redacción podrá resolver los problemas planteados. En relación con el programa de trabajo futuro, apoya plenamente la propuesta del Relator Especial de seguir examinando los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, problema fundamental que requiere soluciones a plazo largo.

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

[Tema 1 del programa]

49. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a leer la composición del Comité de Redacción sobre los crímenes de lesa humanidad.

[*] Reanudación de los trabajos de la 3300ª sesión.

50. El Sr. ŠTURMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción sobre los crímenes de lesa humanidad está integrado por los siguientes miembros: Sr. Murphy (Relator Especial), Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hmoud, Sr. Kamto, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sir Michael Wood, Sr. Park (*ex officio*) y él mismo.

Se levanta la sesión a las 11.55 horas.

3303ª SESIÓN

Martes 24 de mayo de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

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

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/689, cap. II, secc. B, A/CN.4/691, A/CN.4/695 y Add.1, A/CN.4/L.872)

[Tema 6 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del cuarto informe del Relator Especial sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/695 y Add.1).

2. El Sr. ŠTURMA dice que desea felicitar al Relator Especial por su informe, que es claro y está bien estructurado y documentado, y agradecer a la Secretaría su memorando sumamente útil sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/691).

3. Al igual que el Sr. Forteau, el orador no está convencido de que la propuesta del Relator Especial de modificar, a la luz de las observaciones formuladas por los Estados, algunos de los 16 proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción[155] sea prudente en la coyuntura actual. Dicho esto, algunas de las modificaciones propuestas, en particular las relativas a los proyectos de conclusión 3, 4 y 9, son meramente de redacción y en su mayor parte resultan aceptables. En consecuencia, el orador limitará sus observaciones a las propuestas de enmienda de los proyectos de conclusión 6 y 12, de carácter más sustantivo.

4. Las razones aducidas por el Relator Especial en el párrafo 34 del informe para proponer la supresión, en el proyecto de conclusión 6, párrafo 2, de la frase «el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental» no resultan convincentes. En primer lugar, si bien ese comportamiento a menudo puede ser una prueba útil de la *opinio iuris*, también puede ser pertinente como práctica estatal, según el tipo de comportamiento de que se trate. Dicho de forma sencilla, es importante distinguir entre las palabras y los hechos. En segundo lugar, el mismo párrafo del proyecto de conclusión 6 incluye como forma de práctica «el comportamiento en relación con los tratados». El orador suscribe el análisis del Relator Especial sobre la función de los tratados que figura en el párrafo 24 del informe, en particular la afirmación de que no es posible determinar si una disposición convencional corresponde a una presunta norma de derecho internacional consuetudinario simplemente examinando el texto del tratado, sino que en cada caso debe confirmarse la existencia de la norma por medio de la práctica. De ser así, la práctica de los terceros Estados tendría especial importancia. Por consiguiente, el orador no ve ninguna diferencia importante entre el comportamiento de ese Estado en relación con un tratado, que no es vinculante para él como derecho convencional, y el comportamiento de un Estado en relación con las resoluciones de carácter recomendatorio de las organizaciones o conferencias internacionales. En ambos casos, es el comportamiento del Estado el que puede constituir una práctica generadora de costumbre.

5. En lo que respecta al proyecto de conclusión 12, el orador apoya la idea de que una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no crea, de por sí, una norma de derecho internacional consuetudinario. No obstante, al igual que otros colegas, está en contra de que se suprima la expresión «o contribuir a su desarrollo» del segundo párrafo, puesto que no ve ningún motivo para negar que una resolución de ese tipo también puede contribuir al desarrollo del derecho internacional consuetudinario.

6. En relación con otros aspectos del cuarto informe, el orador apoya en su mayor parte los análisis expuestos por el Relator Especial, incluido el análisis del derecho internacional consuetudinario particular que figura en el párrafo 29. Está de acuerdo en que algunas normas originarias de una región pueden acabar siendo aceptadas como parte del derecho internacional general.

7. Se agradecería que la Comisión siguiera estudiando los medios de hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario. Las bases de datos sobre la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional público, como las elaboradas por el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI), podrían ser un buen modelo a tal efecto.

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

---

[155] Véase A/CN.4/L.869 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 67º período de sesiones).