

y la Comisión de forma que cada uno pueda beneficiarse de las reflexiones del otro y ambos puedan enriquecer sus respectivos programas de trabajo. A ese respecto, la labor de la Comisión sobre la protección de las personas en caso de desastre es de particular interés para el Comité.

31. El PRESIDENTE agradece al Sr. Collot sus valiosos comentarios y observaciones.

Se levanta la sesión a las 11.35 horas.

3306ª SESIÓN

Viernes 27 de mayo de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

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

Protección de la atmósfera¹⁹³ (A/CN.4/689, cap. II, secc. A¹⁹⁴, A/CN.4/692¹⁹⁵, A/CN.4/L.875¹⁹⁶)

[Tema 8 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su tercer informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/692).

2. El Sr. MURASE (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión por haber participado activamente en la sesión de diálogo informal con especialistas en la atmósfera que tuvo lugar el 4 de mayo. Ha transmitido por vía electrónica a todos los miembros las exposiciones de los científicos en formato PowerPoint, así como un resumen de la sesión. Desea agradecer a los numerosos académicos e investigadores las sugerencias y consejos útiles que le han hecho llegar en el marco de la elaboración de su tercer informe. Valora igualmente los comentarios tan pertinentes formulados por la secretaría y se congratula de haber podido reunirse en los últimos

¹⁹³ En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Shinya Murase (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168). En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 1, 2 y 5, y 4 párrafos del preámbulo, con los comentarios correspondientes (*Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), págs. 18 y ss., párrs. 53 y 54).

¹⁹⁴ Disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 68º período de sesiones.

¹⁹⁵ Reproducido en *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte).

¹⁹⁶ Disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 68º período de sesiones.

dos años con investigadores y estudiantes diplomados de la Facultad de Derecho de la China Youth University of Political Studies de Beijing, donde imparte clases, de la Renmin University y de la Peking University.

3. El orador presentó en febrero su tercer informe, cuya versión preliminar fue enviada poco después a los miembros. Lamenta que los servicios de traducción no hayan podido, por su considerable carga de trabajo, traducir su informe con mayor rapidez, a pesar de que no excede el número de páginas establecido. Convendría corregir, en la versión en inglés, dos errores que el orador ha identificado en el anexo al tercer informe: «*special situations*» debe figurar en singular, y, en el proyecto de directriz 7, «*with caution and prudence*» debe rezar «*with prudence and caution*».

4. La novedad más importante desde el período de sesiones precedente de la Comisión ha sido sin duda la aprobación del Acuerdo de París, según el cual, cabe destacar, «el cambio climático es un problema común de la humanidad». La comunidad internacional ha recuperado esta idea 23 años después de las convenciones de Río¹⁹⁷, y la Comisión quizás quiera volver a examinar, cuando llegue el momento, la propuesta inicial que planteó el orador.

5. El tercer informe aborda dos cuestiones importantes: por una parte, la obligación impuesta a los Estados de proteger la atmósfera, que incluye el deber de realizar evaluaciones del impacto ambiental, y, por otra, la obligada utilización sostenible y equitativa de la atmósfera, que da lugar a que se examinen los límites jurídicos a la modificación deliberada de la atmósfera, comúnmente denominada «actividades de geoingeniería».

6. En primer lugar, por lo que respecta a la obligación impuesta a los Estados de proteger la atmósfera, la Comisión recordará que el orador propuso en el período de sesiones anterior un proyecto de directriz cuyo enunciado, inspirado en la fórmula simple utilizada en el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, rezaba así: «Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera»¹⁹⁸. Algunos miembros criticaron su carácter «excesivamente vago y general», por lo que el orador decidió no solicitar que ese proyecto de texto fuera remitido al Comité de Redacción. En el capítulo I de su tercer informe, el orador propone distinguir dos tipos de obligaciones: la obligación de proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica transfronteriza y la obligación de protegerla de la degradación atmosférica global. Esta distinción se corresponde con las definiciones aprobadas provisionalmente por la Comisión en el proyecto de directriz 1, apartados *b* y *c*, respectivamente.

7. En cuanto a la obligación impuesta a los Estados de prevenir la contaminación atmosférica transfronteriza, se trata de una norma de derecho internacional

¹⁹⁷ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Convenio sobre la Diversidad Biológica y Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África.

¹⁹⁸ *Anuario... 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/681, pág. 221 (proyecto de directriz 4).

consuetudinario firmemente establecida, expresada con la locución *sic utere tuo ut alienum non laedas* y avalada por la jurisprudencia de cortes y tribunales internacionales, en particular en el caso de la *Trail Smelter* (1941), la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)* (1997), el arbitraje del caso *Iron Rhine* (2005), la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (2010), la opinión consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto *Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a actividades en la Zona* (2011), el *Indus Waters Kishenganga Arbitration* (2013) y la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (2015), por citar solo algunos ejemplos. El principio *sic utere tuo* fue ratificado por la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)¹⁹⁹ de 1972 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)²⁰⁰ de 1992, que ampliaron el alcance del daño transfronterizo a gran distancia que genera la actividad de los Estados imponiéndoles a estos la obligación de garantizar que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional²⁰¹. Figura en numerosos instrumentos, como el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979.

8. Las siguientes cuestiones, derivadas del principio *sic utere tuo*, son objeto de examen en los párrafos 15 a 33 del tercer informe: el deber de prevención, la debida diligencia, el conocimiento o la previsibilidad, el grado de cuidado, la carga de la prueba y el estándar de la prueba, la competencia o el control. Estos conceptos esenciales figuran explícita o implícitamente en el proyecto de directriz 3 a.

9. El orador pasa a referirse al principio *sic utere tuo* en el contexto mundial de la degradación de la atmósfera y dice que, según el fallo dictado en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, este principio vio ampliado su alcance geográfico, extremo ratificado en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la cual se dice, en esencia, que la obligación general impuesta a los Estados recae igualmente sobre los bienes comunes de la humanidad. En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la importancia de dicho principio «no solo para los Estados, sino también para la humanidad en su conjunto*» (párrafo 53 del fallo). El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y la Convención Marco de

las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático consagran expresamente este principio en su preámbulo, lo que pone de manifiesto que es parte integral del derecho internacional relativo a la atmósfera mundial.

10. En el contexto de la protección de la atmósfera de la degradación atmosférica mundial, las obligaciones sustantivas incorporadas en las convenciones pertinentes son las medidas de precaución. Se distinguen dos tipos de precaución: las «medidas de precaución» (igualmente denominadas «enfoque de precaución») y el «principio de precaución». Las primeras son las medidas administrativas mediante las cuales se toman las precauciones necesarias; el segundo es un principio jurídico aplicable ante un tribunal, cuya función principal es trasladar la carga de la prueba de la parte que alega la existencia de un daño a la parte demandada, que está obligada a demostrar la inexistencia del daño. Si bien hay unas pocas convenciones en que se establece un principio de precaución, las cortes y los tribunales internacionales no han reconocido nunca hasta la fecha el principio de precaución como parte del derecho internacional consuetudinario, aunque este ha sido invocado en varias ocasiones por los demandantes. Así pues, sería un error consagrar el principio de precaución en el proyecto de directrices examinado sin siquiera hablar de las condiciones que la Comisión fijó en 2013²⁰². No obstante, los instrumentos pertinentes erigen explícita o tácitamente los enfoques o las medidas de precaución en elementos esenciales de la obligación impuesta a los Estados de reducir al mínimo el riesgo de degradación atmosférica. En vista de cuanto antecede, el orador propone un proyecto de directriz 3, enunciado en el párrafo 40 del informe.

11. El informe trata acto seguido la cuestión de las evaluaciones del impacto ambiental, que se deriva de la obligación de ejercer la debida diligencia que recae sobre los Estados. Asentadas en la práctica convencional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y en el derecho internacional consuetudinario, estas evaluaciones son objeto de análisis en los párrafos 41 a 60.

12. Como se indica en los párrafos 44 a 50 del tercer informe, existen numerosas convenciones que regulan las evaluaciones del impacto ambiental, como el instrumento multilateral fundamental que representa el Convenio sobre la Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo, de 1991. También se han dictado numerosas resoluciones judiciales al respecto, que confirman la obligación de los Estados según el derecho internacional consuetudinario de realizar evaluaciones del impacto. Por ello, el orador propone un proyecto de directriz 4, enunciado en el párrafo 61 del informe.

13. La segunda cuestión importante que se aborda en el capítulo II del tercer informe es la utilización sostenible y equitativa de la atmósfera. Durante mucho tiempo, la atmósfera se consideró inagotable y no exclusiva, pues se daba por sentado que todos podían beneficiarse de ella sin privar de su disfrute a los demás. Esa percepción ha cambiado. Hay que tener en cuenta que la atmósfera es un recurso limitado que tiene una capacidad de asimilación limitada. Si la atmósfera es un recurso natural limitado,

¹⁹⁹ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

²⁰⁰ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I: Resoluciones aprobadas por la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y correcciones), resolución 1, anexo I.

²⁰¹ Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y principio 2 de la Declaración de Río.

²⁰² Anuario... 2013, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168.

debe utilizarse de manera sostenible. Si bien el concepto de desarrollo sostenible tiene una larga historia en el derecho internacional, desde el célebre arbitraje de 1893 relativo al mar de Bering (*Fur Seal Arbitration*), no parece que aún se haya dilucidado si sigue tratándose de un «concepto» o si se considera un «nuevo principio». Dado el carácter normativo ambiguo del término, el orador propone utilizar el condicional «debería» en el proyecto de directriz 5 relativo a la utilización sostenible de la atmósfera.

14. Aunque la equidad y el desarrollo sostenible son dos conceptos a menudo considerados conexos por su propia naturaleza, la equidad reviste algunas particularidades propias en derecho internacional ambiental. Este concepto ha generado, de hecho, cierta confusión en el debate jurídico internacional, ya que cada persona tiene su propia idea de lo que es equitativo. La Corte Internacional de Justicia hizo referencia a este concepto en el fallo de 1986 de la Sala en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Mali)*, en el que la Corte recordó que en el derecho internacional había tres categorías de equidad: la equidad *infra legem* (dentro de la ley), la equidad *praeter legem* (fuera de la ley, pero cercana a esta) y la equidad *contra legem* (contraria a la ley). Según el fallo, la equidad *infra legem* «constituye un método de interpretación del derecho vigente, y es uno de sus atributos» (párrafo 28 del fallo). La noción de equidad *praeter legem* es particularmente importante por su función para colmar lagunas en el derecho vigente. La equidad *contra legem* es similar a la resolución *ex aequo et bono* (prevista en el Artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), que puede, previo acuerdo de las partes interesadas, servir de mecanismo para corregir las normas jurídicas existentes que podrían dar lugar a un resultado injusto o poco razonable, pero que debe diferenciarse de la interpretación y aplicación del derecho positivo. En su actividad de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión debe centrarse en la equidad *infra legem* y la equidad *praeter legem*. La equidad *contra legem* se corresponde ciertamente con el proceso de elaboración de las leyes, en una perspectiva de *lege ferenda*, ámbito que escapa a la competencia de la Comisión.

15. En el ámbito del derecho de la atmósfera, por equidad se entiende la justicia distributiva en el reparto, por una parte, de los recursos y, por otra, de las cargas. Por ello, no se debe obviar la dualidad inherente al concepto. La equidad consiste, en gran medida, en lograr un justo equilibrio en el marco de la ley. En términos más concretos, en relación con la protección de la atmósfera, el concepto aboga por un equilibrio equitativo entre la generación actual y las generaciones venideras y defiende el establecimiento de un equilibrio mundial «Norte-Sur» equitativo, que se expresa en el concepto «responsabilidades comunes pero diferenciadas», al cual el orador volverá.

16. Abunda la práctica convencional en materia de equidad y de principios equitativos, tal y como se indica en los párrafos 72 a 74 del informe. Así, se pueden encontrar disposiciones sobre la equidad y los principios equitativos en el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el

Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, todos ellos instrumentos que se han ocupado de una u otra forma de la protección de la atmósfera.

17. En cuanto a los trabajos anteriores de la Comisión, se ha hecho alusión al proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación²⁰³ (que constituyen en estos momentos una convención), a los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos²⁰⁴ y a los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas²⁰⁵. En vista de cuanto antecede, el orador propone un proyecto de directriz 6, que se enuncia en el párrafo 78 del informe.

18. Como se ha señalado con anterioridad, la equidad está intrínsecamente vinculada a la cuestión de las desigualdades entre países desarrollados y países en desarrollo. El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas fue integrado en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Protocolo de Kyoto), y es objeto de una aplicación muy rígida. No obstante, la Conferencia de las Partes que tuvo lugar en Durban en 2011 convino en que el nuevo instrumento que debía elaborarse sería aplicable a todos los Estados sin hacer referencia a ese principio. El Acuerdo de París de 2015, fruto del proceso de Durban, obliga a todas las partes a poner en práctica los compromisos enunciados en el artículo 3 a efectos de atenuar las emisiones de gases de efecto invernadero. Aunque las partes deben guiarse con carácter general por el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas en vista de los distintos contextos nacionales, en aplicación del Acuerdo de París, este principio está indudablemente en regresión en el contexto del cambio climático.

19. Las condiciones fijadas en 2013 no son óbice para que se haga referencia al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas mediante la inserción de una cláusula «sin perjuicio», pero el orador estima que sería más sensato que ese párrafo del preámbulo fuera formulado en términos más moderados, siguiendo el modelo de los artículos sobre los acuíferos transfronterizos. Por ello, propone un proyecto de párrafo cuarto del preámbulo, que se enuncia en el párrafo 83 del informe.

²⁰³ Véase el texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 95 y ss., párr. 222.

²⁰⁴ Resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), págs. 23 y ss., párrs. 53 y 54.

²⁰⁵ Resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 156 y ss., párrs. 97 y 98.

20. Por último, en lo que respecta a la sección C del capítulo II sobre los límites legales a la modificación intencional de la atmósfera, comúnmente denominada en conjunto «actividades de geoingeniería», la Comisión recordará que los científicos que intervinieron en la sesión de diálogo ahondaron en los detalles de esta cuestión. Por «actividades de geoingeniería» se entiende fundamentalmente la modificación del tiempo, la forestación (plantación de árboles a gran escala), la fertilización de los océanos, la eliminación del dióxido de carbono y la radiación solar, si bien varias de estas actividades aún se encuentran en fase experimental.

21. La utilización de técnicas de modificación del medio ambiente como «medio de guerra» está prohibida por la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, de 1976. Si bien guarda silencio sobre la cuestión de la modificación del medio ambiente con fines pacíficos, esta convención sí ofrecería una posible solución a los fines de regular la manipulación deliberada de los procesos naturales que provoquen «efectos vastos, duraderos o graves» con carácter transfronterizo.

22. Algunas recomendaciones en materia de modificación del tiempo han sido formuladas por la Asamblea General, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización Meteorológica Mundial, que han invitado insistentemente a los Estados a mostrarse prudentes en la utilización de estas técnicas a gran escala. En el Protocolo de Kyoto y en el Acuerdo de París, la forestación se erige en un valioso medio para atenuar el cambio climático. En cambio, no se mantuvo el secuestro de carbono en el suelo en el Protocolo de Kyoto. El secuestro de carbono en las formaciones geológicas del subfondo marino a los efectos de su aislamiento permanente está autorizado bajo determinadas condiciones por el Protocolo de 1996 al Convenio de 1972 sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias y la normativa pertinente de la Organización Marítima Internacional. La fertilización de los océanos como forma de geoingeniería marina solo está permitida con fines de investigación científica. Las partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica convinieron en 2010 que no se autorizarían las «actividades de geoingeniería relacionadas con el clima que [pudieran] afectar a la diversidad biológica hasta que no [hubiera] una base científica adecuada que [justificara] dichas actividades y no se [hubieran] considerado de manera apropiada los riesgos conexos para el medio ambiente y la diversidad biológica, y los impactos sociales, económicos y culturales relacionados, excepto estudios de investigación científica de pequeña escala»²⁰⁶. El orador estima que los principios de Oxford para la gobernanza de la geoingeniería climática²⁰⁷ de 2013 contienen buenas indicaciones al respecto, tanto en el plano científico como desde el punto de vista del derecho internacional.

²⁰⁶ Véase el Informe de la décima reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (UNEP/CBD/COP/10/27), decisión X/33, párr. 8 w (se omite la nota a pie de página).

²⁰⁷ S. Rayner y otros, «The Oxford principles», Climate Geoengineering Governance Working Paper, no 1, University of Oxford, 2013.

23. En consecuencia, huelga decir que las exigencias de prudencia y cautela, por utilizar la expresión utilizada en las providencias del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, informarán todas las actividades de geoingeniería, aun cuando estén permitidas, y que, en cualquier caso, el derecho internacional obliga sin duda a realizar una evaluación del impacto ambiental. Por ello, el orador propone un proyecto de directriz 7, enunciado en el párrafo 91 del informe.

24. En cuanto al plan de trabajo futuro, el orador prevé que, en el siguiente período de sesiones, la Comisión trate la cuestión de las relaciones entre el derecho de la atmósfera y otros ámbitos del derecho internacional, como el derecho del mar, el derecho comercial internacional, el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos, y que, en el período de sesiones de 2018, aborde las cuestiones relativas a la aplicación y la observancia de los tratados y la solución de controversias en materia de protección de la atmósfera, de modo que se ultime la primera lectura de este tema. Cuando examina los proyectos de artículo, la Comisión tiene la obligación de esperar un año antes de aprobarlos en segunda lectura, pero tratándose de proyectos de directriz, el orador entiende que puede proceder a la segunda lectura en el siguiente período de sesiones, como ha hecho en el tema de las reservas a los tratados. Así, se puede esperar que la segunda lectura de los proyectos de directriz pueda completarse en 2019, si bien incumbe evidentemente a la Comisión decidirlo.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (continuación*) (A/CN.4/689, cap. II, secc. D, A/CN.4/694, A/CN.4/L.874)

[Tema 4 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

25. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por haber presentado su tercer informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/692) e invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del cuarto informe del Relator Especial sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/694).

26. El Sr. HASSOUNA recuerda que la Comisión optó por estudiar el tema examinado porque reviste gran importancia práctica para los Estados. Eso fue lo que llevó a la Sexta Comisión a proponer en 2008 a la Comisión de Derecho Internacional que llevara a cabo un estudio general sobre la adaptación de los tratados a la evolución de las situaciones prestando especial atención a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Es, efectivamente, imprescindible definir con mayor claridad la práctica ulterior, su función y valor interpretativo para que los Estados comprendan sus obligaciones convencionales, que evolucionan, y cumplan con ellas y para que los jueces interpreten correctamente el sentido de los tratados a la luz de la evolución de las situaciones.

* Reanudación de los trabajos de la 3304ª sesión.

27. En el transcurso del debate sobre los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional que mantuvo la Sexta Comisión en 2015, los representantes de los Estados se mostraron en general favorables a la aprobación del proyecto de conclusión 11 sobre los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales²⁰⁸, si bien algunos deseaban que la formulación de los cuatro párrafos fuera aclarada y detallada. El orador está convencido de que el Relator Especial sabrá atender estas peticiones en el comentario. Cabe señalar igualmente que un número bastante limitado de Estados ha respondido a la solicitud de la Comisión, que les rogó que le comunicaran ejemplos de su práctica nacional, cosa que se explica quizás por la falta de práctica de los Estados en este ámbito. En cualquier caso, ello no debe desanimar a la Comisión de seguir solicitando la opinión de los Estados e información sobre su práctica.

28. Dejando de lado algunas reservas y precisiones que formulará en un momento ulterior, el orador aprueba el planteamiento general del Relator Especial, que ha optado por hacer hincapié en su cuarto informe en el valor jurídico de los pronunciamientos de los órganos de expertos y las decisiones de los tribunales nacionales a efectos de la interpretación de los tratados.

29. En relación con los pronunciamientos de los órganos de expertos a los que se hace alusión en el capítulo I del informe, el Relator Especial se apoya en las directrices 3.2.1 y 3.2.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada anteriormente por la Comisión²⁰⁹. No obstante, estas directrices apenas guardan relación con el tema examinado, puesto que, si bien tratan los efectos jurídicos de los pronunciamientos de los órganos de expertos, se ocupan únicamente de la función de dichos órganos con respecto a las reservas formuladas por los Estados al adherirse a un tratado, momento en el cual deben tener en consideración la evaluación del órgano convencional. Esto no es lo mismo que cuando un órgano de expertos evalúa la aplicación de un tratado por un Estado que ha entrado a ser parte en él y que, por ende, tiene la obligación de tener en cuenta dicha evaluación. Asimismo, las directrices en las que se apoya el Relator Especial versan sobre los pronunciamientos que los órganos de expertos trasladan a Estados concretos en relación con las reservas a un tratado, mientras que los pronunciamientos a los que alude el proyecto de conclusión 12 son de naturaleza general y tienen por objeto formular recomendaciones sobre la interpretación del tratado a todas las partes en dicho tratado.

30. En cuanto al proyecto de conclusión 12, precisamente, convendría agregar, en el cuerpo del texto o en el comentario, a la definición de «órgano de expertos» enunciada en el párrafo 1, una explicación sobre lo que constituye «un pronunciamiento de un órgano de expertos». Asimismo, la función de los pronunciamientos de los órganos de expertos se explica en líneas generales en los párrafos 2 y 3, pero no se indica claramente cuándo estos pronunciamientos pueden ejercer tal función. El comentario debe precisar además el peso que se debe conferir al pronunciamiento en función del tratado aplicable, el tipo

de órgano de expertos, su composición, su reglamento, el contenido jurídico del pronunciamiento y su nivel de aceptación por los Estados partes.

31. Dado que el término «órgano de expertos» no incluye a los órganos de organizaciones internacionales, convendría definir estos últimos y explicitar la razón para diferenciarlos, especialmente porque todos esos órganos desempeñan a menudo la misma función. Además, dada su creciente importancia, la función de las organizaciones internacionales en la interpretación de los tratados debe ser objeto de otro proyecto de conclusión. Así, el proyecto de conclusión 12 debe señalar con meridiana claridad que lo que cuenta en la interpretación de los tratados es la práctica de las partes en el tratado y no la de otros actores, como los órganos de expertos, cuya única función consiste en vigilar la aplicación de los tratados. Por consiguiente, los pronunciamientos de los órganos de expertos pueden dar lugar a una práctica ulterior por medio de la reacción de los Estados, reacción esta última que constituye en exclusiva una práctica ulterior en sentido propio. A modo de norma general, los órganos de expertos no deben tener la posibilidad de modificar la interpretación de un tratado sin el consentimiento de las partes. En los regímenes convencionales, son los Estados quienes tienen la condición de partes; ellos contraen las obligaciones enunciadas en los tratados y a ellos corresponde aplicar las disposiciones. Los expertos independientes son importantes, pero, salvo que se haya convenido otra cosa, su capacidad para modificar un régimen debe ser nula, ya que de lo contrario las partes en el tratado se verían lesionadas y la expresión de su soberanía perdería todo sentido. Por último, en lo que al párrafo 4 del proyecto de conclusión se refiere, aunque esté claro que no se espera necesariamente que los Estados reaccionen a todos los pronunciamientos de los órganos de expertos, convendría indicarles cuándo deben reaccionar y en qué circunstancias tienen la obligación de responder a un pronunciamiento.

32. En relación con el proyecto de conclusión 13, el orador duda también de su utilidad, puesto que hay otros proyectos de conclusión que ya consagran sus disposiciones. Quizás se podría conservar el párrafo 1, pero cuesta entender por qué las recomendaciones que figuran en el párrafo 2 se dirigen únicamente a los tribunales nacionales y no a los tribunales internacionales y, en un sentido más general, a los demás actores implicados. Asimismo, si se mantiene el párrafo 2, haría falta revisar por completo su redacción de suerte que se den consejos y no se impartan órdenes, como parece hacer la formulación actual.

33. En cuanto al capítulo IV del informe, relativo a la revisión del proyecto de conclusión 4, párrafo 3, según la cual por otra «práctica ulterior» en el sentido del artículo 32 se entiende el comportamiento oficial observado en la aplicación del tratado, el sentido de la expresión «comportamiento oficial» debe ser aclarado y quizás limitado.

34. El orador también alberga reservas respecto del término «influencia» que figura en el nuevo proyecto de conclusión 1 *a*. En cuanto a los otros términos, considera, al igual que otros miembros de la Comisión, que se tendría que sustituir «órganos de expertos» por

²⁰⁸ *Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), págs. 59 y ss.

²⁰⁹ *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte) y Corr.1, págs. 252 y 253.

«órganos de expertos creados en virtud de los tratados» en los proyectos de conclusión y en los comentarios. Estima igualmente que la Comisión debe, en segunda lectura, contemplar seriamente la posibilidad de reemplazar «directrices» por «conclusiones» a fin de reflejar con mayor fidelidad el objeto y el fin del proyecto.

35. Hubo un vivo debate en el seno de la Comisión acerca de si conviene mantener los proyectos de conclusión 12 y 13 y remitirlos al Comité de Redacción. A juicio del orador, siempre que las críticas sean constructivas y pretendan ayudar al Relator Especial a mejorar sus propuestas, son en todo momento bienvenidas. El Relator Especial respondió a estas críticas y explicó por qué formuló de esa manera esos proyectos de conclusión. En vista de las opiniones expresadas por los miembros y las explicaciones del Relator Especial, el orador considera que habría que remitir todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción para encontrar soluciones satisfactorias por la vía del consenso. En caso contrario, habrá que volver a examinar estos textos en sesión plenaria. Así pues, convendría que el Relator Especial reformulara algunas de sus propuestas a la luz de los debates mantenidos en el plenario a fin de facilitar el trabajo del Comité de Redacción. La Comisión ya ha aplicado con éxito este método en otros muchos temas, como la protección de la atmósfera y la aplicación provisional de los tratados.

36. Para concluir, el orador aprueba el programa de trabajo futuro que figura en el capítulo V del informe.

37. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, comenzando por la función de los órganos de expertos, la naturaleza y los efectos jurídicos de sus decisiones, comparte en gran medida la opinión expresada por el Sr. Forteau, para quien los órganos de expertos son esencialmente órganos de supervisión y control de la conducta de los Estados en la aplicación de los instrumentos convencionales que los crean. Otros miembros de la Comisión se han pronunciado en ese mismo sentido. En realidad, la función de los órganos de expertos no es tanto aplicar el tratado como velar por que el tratado sea aplicado por los Estados partes. Al realizar tal función es obvio que proceden a la interpretación del tratado y que su interpretación no puede ser desconocida para definir el alcance del tratado. Es más, dicha interpretación es una interpretación calificada, puesto que los propios Estados le han atribuido al órgano de expertos, aunque sea implícitamente, la competencia de interpretar dicho tratado, y es, además, inherente a la propia función de supervisión del órgano de expertos.

38. Dada la propia naturaleza del órgano de expertos y la forma en que los Estados le atribuyen competencia, las decisiones adoptadas por los órganos de expertos no pueden ser consideradas en ningún caso como una mera sugerencia o recomendación carente de todo efecto jurídico. Dos ejemplos concretos permiten ilustrar esta afirmación. En primer lugar, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas puede ejercer su competencia de supervisión a través de diversos procedimientos: el examen de informes periódicos de los Estados partes, el examen de comunicaciones individuales o interestatales y la adopción de observaciones generales. En el primero de los casos, se trata de una competencia de naturaleza automática y obligatoria que los Estados le

han atribuido al adherirse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o ratificarlo. En el segundo, se trata de una competencia que los Estados le atribuyen opcionalmente mediante la expresión de declaraciones expresas de voluntad. Y en el tercero, el Comité está formulando interpretaciones de determinadas disposiciones del Pacto, lo que contribuye a facilitar el ejercicio de las funciones de control antes mencionadas y facilita a los Estados el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto. La presencia de la voluntad estatal en el proceso de atribución de competencias es obvia. Si ello es así, ¿cómo se puede concluir que las decisiones adoptadas por el Comité carecen de valor y efecto jurídico? ¿Para qué se someten los Estados voluntariamente al sistema de supervisión del Comité si no aceptan las decisiones de dicho órgano o consideran que carecen de efecto jurídico alguno? No pueden ser calificadas en ningún caso como simples opiniones de individuos que las emiten en razón de su mera competencia como expertos, sino todo lo contrario, tienen sin duda efectos jurídicos y contribuyen a interpretar el Pacto, puesto que son tenidas en cuenta por los Estados al definir sus políticas nacionales y en el proceso de adaptación de su derecho interno. La naturaleza de dichas decisiones está muy próxima de las decisiones de órganos judiciales. No es extraño, por tanto, que en un número no desdeñable de publicaciones doctrinales se los califique como órganos «cuasijudiciales». El carácter cuasijudicial del órgano es aún más evidente si este análisis se realiza respecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de la Comisión Europea de Derechos Humanos, la fuerza jurídica vinculante de cuyas decisiones no admite duda alguna.

39. En cuanto a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, es cierto que no «autoriza» la extensión de la plataforma continental de los Estados. Ahora bien, solo si la Comisión de Límites emite un informe favorable a la presentación realizada por los Estados interesados, estos podrán oponer a terceros sin posibilidad de objeción alguna la extensión de su plataforma continental realizada conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Por tanto, no se puede considerar que las recomendaciones de la Comisión de Límites no tengan valor o efectos jurídicos. Los Estados han creado voluntariamente una comisión con autoridad para la interpretación de la Convención y, por ende, quienes se adhieren a la Convención o la ratifican reconocen la competencia.

40. Así pues, no cabe duda de que los órganos de expertos tienen el mandato de interpretar los instrumentos en virtud de los cuales fueron creados y que la interpretación que de ellos hacen conlleva efectos jurídicos. Cuestión distinta es, sin embargo, el modo en que debe calificarse dicha función de interpretación, que no puede encuadrarse en la categoría de la práctica y los acuerdos ulteriores. El concepto de acuerdos ulteriores y práctica ulterior no se refiere en absoluto a todas las formas de interpretación, sino a un mecanismo específico de interpretación de los tratados cuyos perfiles resultan especialmente poco claros en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969), lo cual no puede llevar a concluir que, por ello, cualquier práctica o acuerdo ulterior puede encuadrarse en dicha categoría.

41. No se puede afirmar de forma absoluta que en la actividad de los órganos de expertos no se pueda encontrar ningún elemento que pueda servir para identificar la existencia de acuerdos y prácticas ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, y del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, pero no cabe duda de que los «pronunciamientos» adoptados por los órganos de expertos, objeto del proyecto de conclusión 12, no pueden constituir un acuerdo o práctica ulterior. Si se examina con detenimiento la práctica de estos órganos de expertos, se constata que, en algunos casos, hay elementos en sus procedimientos que podrían ser constitutivos de una práctica o acuerdo ulterior, pero dicha práctica sería, en todo caso, imputable a los Estados mismos y no a los órganos de expertos en cuestión. En otras palabras, la actividad de los órganos de expertos puede ser útil para encontrar la citada práctica y acuerdos ulteriores, pero no constituyen en sí mismos práctica y acuerdo ulterior.

42. La oradora tiene por ello serias reservas respecto del proyecto de conclusión 12, en especial los párrafos 2 y 3. En cuanto al párrafo 4, la conclusión a la que llega el Relator Especial no está plenamente justificada en el análisis que se realiza en el informe. El párrafo 4 debe además hacerse compatible con otros proyectos de conclusión provisionalmente aprobados por la Comisión en relación con el silencio del Estado. Por último, en relación con el párrafo 5, no se entiende cuál es el significado que quiere darle el Relator Especial, además de que no parece acorde con la estructura general del proyecto de conclusiones.

43. En cuanto al proyecto de conclusión 13, la oradora comparte plenamente lo dicho por otros miembros de la Comisión. En primer lugar, el párrafo 2 tiene difícil encaje en el proyecto examinado. Su contenido es una recomendación dirigida a los tribunales nacionales sobre la forma en que deben interpretar las disposiciones del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, y del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, mientras que serán los tribunales nacionales e internacionales quienes deban sacar las conclusiones oportunas a partir del proyecto de conclusiones globalmente considerado. Así pues, indicarles expresamente qué y cómo deben interpretar parece poco operativo e innecesario. Asimismo, si la Comisión decide formular recomendaciones, no se entiende bien por qué no se hacen con carácter general. En cualquier caso, cambiar el objeto del trabajo al final de la primera lectura no parece adecuado ni conforme con los métodos de trabajo de la Comisión.

44. Por lo que se refiere al párrafo 1, aunque la oradora no tiene objeción respecto de su contenido, tiene serias dudas respecto de la necesidad de un proyecto de conclusión que individualiza una determinada forma de práctica estatal. Si el Relator Especial desea hacer una referencia expresa a la práctica judicial, a lo que la oradora no se opone, quizás encontraría una mejor ubicación en otro proyecto de conclusión. Asimismo, en la versión española, en el párrafo 2 se dice «deben», cuando en realidad habría de decir «deberían» para adecuarlo a la expresión inglesa («*should*»). Es un detalle, pero no un detalle menor por las consecuencias jurídicas que ello puede tener.

45. Por lo que se refiere al nuevo proyecto de conclusión 1 *a*, la oradora lo comparte con la reserva al término

«importancia» en la versión en español, que no le parece apropiado. Parece que ese término también plantea problemas en otras versiones lingüísticas, tal y como han señalado otros miembros. El cambio propuesto por el Relator Especial en el proyecto de conclusión 4, párrafo 3, no parece conveniente ni necesario y, en cualquier caso, necesitaría de una mayor explicación. De cualquier modo, quizás podría ser considerado con ocasión de la segunda lectura.

46. Para terminar, la oradora no se opone a que los proyectos de conclusión presentados por el Relator Especial sean remitidos al Comité de Redacción si así lo desea la Comisión. Dicho esto, la remisión de estos proyectos de conclusión debe permitir, ante todo, un debate más detallado sobre las cuestiones a las que se han referido otros miembros de la Comisión e identificar en el marco de ese debate algunos elementos que figuran en estos proyectos de conclusión a los efectos de tomarlos en consideración quizá en el marco de otros proyectos. En otras palabras, la decisión de remitir los proyectos de conclusión al Comité de Redacción no puede entenderse como un aval de la Comisión a la incorporación de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial, en particular los proyectos de conclusión 12 y 13, en el texto final que, en primera lectura, debe aprobar la Comisión.

47. El Sr. ŠTURMA dice que, a su juicio, el nuevo proyecto de conclusión 1 *a* es un punto que debe tratar directamente el Comité de Redacción, al igual que el proyecto de conclusión 4, si bien la decisión de introducir las modificaciones propuestas dependerá de la decisión que se adopte en relación con el proyecto de conclusión 12.

48. En cuanto a los pronunciamientos de los órganos de expertos, el orador comparte las preocupaciones expresadas por otros miembros de la Comisión, pero es en cualquier caso partidario de remitir el proyecto de conclusión 12 al Comité de Redacción. El debate sobre esta cuestión ha puesto de manifiesto las discrepancias existentes entre los miembros de la Comisión. Algunos estiman inútil el proyecto de conclusión por considerar que los pronunciamientos de los órganos de expertos o de los órganos creados en virtud de tratados no entran dentro de la categoría de práctica ulterior, sino que constituyen precedentes cuasijudiciales o jurisprudencia. Otros se mostraron extremadamente prudentes con respecto al carácter judicial de esas conclusiones o pronunciamientos y recomendaron comprobar el fundamento jurídico y la naturaleza de los órganos de expertos en cuestión y de los pronunciamientos que emiten en los diferentes regímenes convencionales. Estas discrepancias son otro motivo más para mostrar mayor interés por la función de los pronunciamientos de los órganos de expertos.

49. Para ser más preciso, estos pronunciamientos se acercan a las decisiones de los tribunales internacionales, sin llegar a ser idénticos. Las resoluciones judiciales son jurídicamente vinculantes para las partes en una controversia y constituyen, para otros Estados, un medio auxiliar de determinación de las normas de derecho. A juicio del orador, los pronunciamientos de los órganos de expertos revisten carácter cuasijudicial. Si bien comparte en gran medida la opinión del Sr. Forteau a este respecto, reconoce que no hay consenso por diversos motivos: los pronunciamientos de los órganos de expertos ni son vinculantes ni

son siempre reconocidos como fuente auxiliar de derecho y, además, los órganos de expertos y sus pronunciamientos pueden ser de diversa naturaleza. No obstante, estos órganos desempeñan una función importante en la interpretación y la aplicación de los tratados. Citados a menudo en la doctrina, aunque también por los tribunales nacionales e internacionales, influyen, o precisamente no tienen influencia, en la práctica ulterior de los Estados.

50. En cuanto a la definición de órganos de expertos que figura en el proyecto de conclusión 12, cabe preguntarse si es necesario excluir de ella a los órganos de expertos que son a la vez órganos de una organización internacional. En otras palabras, ¿qué características se consideran esenciales: la forma en que estos órganos fueron creados (en virtud de un tratado determinado o de un instrumento constitutivo de una organización internacional o de una fuente derivada del derecho) o la naturaleza de los trabajos de los órganos, de acuerdo con las disposiciones del tratado en cuestión?

51. Al igual que el Sr. Park, el orador considera que se debe indicar claramente en el proyecto de conclusión que los pronunciamientos de los órganos de expertos no pueden constituir, por sí mismos, práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, la práctica ulterior de los Estados puede quedar patente con el pronunciamiento de un órgano de expertos, puede provenir de él o ser expresión de él. Dado que a menudo los Estados tienen distintas reacciones ante estos pronunciamientos, parece que en general estos no dejan constancia de un acuerdo, si bien de todos modos constituyen práctica ulterior, al menos en el sentido del artículo 32.

52. Por lo que al proyecto de conclusión 13 se refiere, es cierto que los tribunales nacionales, cuando aplican los instrumentos internacionales, participan en principio en su interpretación. Al mismo tiempo, en calidad de órganos del Estado, contribuyen a la práctica ulterior. Se distinguen quizás de otros órganos nacionales por interpretar estos instrumentos con mayor frecuencia y en ocasiones haciendo referencia expresa a los métodos de interpretación. Por consiguiente, habida cuenta de la estructura del proyecto de conclusiones contemplada por el Relator Especial en el párrafo 113 de su informe, el proyecto de conclusión 13, párrafo 1, podría encontrar su ubicación en la parte dedicada a las formas y los aspectos específicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. No obstante, el párrafo 2 suscita algunas dudas, no por su contenido, sino por revestir la forma no de conclusiones, sino de recomendaciones dirigidas a los tribunales nacionales. Estas recomendaciones deben ser reformuladas o desplazadas a los comentarios.

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

54. Sir Michael WOOD estima, al igual que el Relator Especial, que un proyecto de conclusión con función de introducción como el proyecto de conclusión 1 a es útil. El Comité de Redacción quizás se pregunte si el texto no debe ajustarse al título del tema en lugar de hablar de «influencia».

55. El capítulo I del informe, dedicado a los pronunciamientos de los órganos de expertos, pretende fundamentar el nuevo proyecto de conclusión 12 y lleva igualmente al Relator Especial a proponer una revisión del proyecto de conclusión 4, párrafo 3. La exposición de la postura de las instituciones científicas y de la doctrina respecto a los «pronunciamientos de los órganos de expertos», como el informe de 2004 de un comité de la Asociación de Derecho Internacional²¹⁰, es útil, pero la principal conclusión a la que se llega es que la expresión «pronunciamientos de los órganos de expertos» es utilizada por el Relator Especial para designar documentos muy diversos y que es bastante difícil generalizar, aunque uno se limite a los órganos de derechos humanos, con mayor motivo tratándose de órganos como la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, órgano técnico que desempeña una función muy particular. En opinión del orador, esta última comisión no es necesariamente el tipo de órgano creado en virtud de tratados que deba tenerse en cuenta en el proyecto de conclusión, pero su mención en el informe permite poner de manifiesto que por la expresión «órganos de expertos» utilizada en este informe se entiende una serie de órganos tan dispares que apenas resulta útil. El efecto jurídico que puedan tener, si es que tienen, los pronunciamientos de los órganos creados en virtud de tratados en la interpretación de los tratados que los crearon depende en primer lugar de las disposiciones de dichos tratados. Quizás sea el motivo por el cual el Relator Especial explica que «[extrae] una conclusión indicativa sobre los posibles efectos de los pronunciamientos de órganos especializados para la interpretación de un tratado». El texto del proyecto de conclusión 12 que propone parece efectivamente ser «indicativo» en el sentido de que sus principales disposiciones enuncian simplemente que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior «pueden provenir» de los pronunciamientos de un órgano de expertos o «ser expresión» de ellos y que el pronunciamiento de un órgano de expertos «puede contribuir» a la interpretación de un tratado.

56. Tal y como el Sr. Murase, el Sr. Kolodkin y otros miembros pusieron de relieve, no se entiende por qué en el proyecto de conclusión 12 el Relator Especial excluye a los órganos de las organizaciones internacionales igualmente integrados por expertos que realizan su labor a título individual de la definición de «órganos de expertos». Parece que ello se deba a que los pronunciamientos de estos órganos son «atribuibles» a una organización internacional. El Relator Especial alude concretamente a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como ejemplo de órgano que no es un «órgano de expertos» en el sentido del proyecto de conclusión 12, a pesar de que sus pronunciamientos parecen tener el mismo peso que el de los pronunciamientos a los que se refiere el informe. Tal y como se menciona en la primera nota del párrafo 12 del informe, la Comisión ha recibido una comunicación del Consejero Jurídico de la OIT en la cual este indica que los pronunciamientos de la Comisión de Expertos pueden dar lugar a una práctica ulterior y da ejemplos de ello.

²¹⁰ International Law Association, Comité de Derecho y Práctica Internacionales sobre Derechos Humanos, «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», *Report of the Seventy-first Conference held in Berlin, 16–21 August 2004*, Londres, 2004, págs. 621 y ss.

57. El Relator Especial parece atribuir al menos tres funciones diferentes a los pronunciamientos de los órganos de expertos en materia de interpretación de los tratados. En primer lugar, estos pronunciamientos pueden dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en el tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 1 *a* y *b*, de la Convención de Viena de 1969 o expresar dicho acuerdo o dicha práctica. En segundo lugar, pueden por sí mismos constituir «otra práctica ulterior» en la aplicación del tratado y, como tal, un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la Convención y, por tanto, forman parte del tema. Y en tercer lugar, pueden constituir un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho internacional en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que contempla las decisiones judiciales y las doctrinas.

58. La primera de estas tres funciones parece estar ya cubierta en los proyectos de conclusión que la Comisión ya aprobó. La tercera, como recalcaron otros miembros de la Comisión, no afecta a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior y, por tanto, no entra dentro del ámbito de los trabajos sobre el tema, que, como ha recordado la Sra. Escobar Hernández, no versan sobre la interpretación de los tratados en general, sino sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior.

59. En cuanto a la segunda función, el orador duda seriamente, al igual que otros miembros de la Comisión, de que los pronunciamientos de los órganos de expertos puedan por sí mismos constituir, como tales, «otra práctica ulterior» en la aplicación de los tratados y, por ende, un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial parece apoyar esta conclusión en el siguiente razonamiento. En primer lugar, afirma en el párrafo 58 del informe examinado que estos pronunciamientos son «una forma de práctica», lo que parece responder de antemano la cuestión que debe dirimirse. A este respecto, el Sr. Forteau observó con acierto que estos pronunciamientos se identifican en mayor medida con las resoluciones judiciales o cuasijudiciales que establecen el derecho y no constituyen una forma de práctica en la aplicación del tratado. Esta opinión fue avalada por la Corte Internacional de Justicia en el fallo que dictó en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo (la República de Guinea c. la República Democrática del Congo)*, en el cual califica los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de «jurisprudencia interpretativa» (párrafo 66 del fallo). En segundo lugar, el Relator Especial afirma en el párrafo 60 de su informe que los pronunciamientos de los órganos de expertos son «declaraciones oficiales» en el sentido que se atribuye a esta expresión en el párrafo 17 del comentario al proyecto de conclusión 4²¹¹ porque se trata de actos realizados en cumplimiento de un mandato y no a título privado. Este razonamiento no resulta nada convincente. Los pronunciamientos de los órganos de expertos son sin duda «oficiales», puesto que no lo emiten a título privado los miembros de dichos órganos, pero, tal y como ya dijeron numerosos miembros de la Comisión, ello no significa que se trate de «declaraciones oficiales» en el sentido que la Comisión ha atribuido a

esta expresión en el párrafo 17 de su comentario al proyecto de conclusión 4. Leída a la luz de este comentario, la expresión «declaraciones oficiales» hace referencia evidentemente a las declaraciones oficiales de las partes en el tratado, del mismo modo que la expresión «actos oficiales» empleada en la misma frase del párrafo hace referencia a los actos oficiales de las partes en el tratado. El hecho de que la Comisión aluda a los actos oficiales de las partes en el tratado también se desprende del texto del proyecto de conclusión 4. Es además el punto de vista del Comité Internacional de la Cruz Roja en su comentario de 2016 sobre el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra), que remite a los trabajos de la Comisión y, específicamente, al proyecto de conclusión 4, párrafo 3. Se puede leer en dicho comentario:

Una práctica ulterior que no satisface los criterios [del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena], es decir, que no establece el acuerdo de las partes con respecto a la interpretación del tratado, puede, no obstante, ser pertinente como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32. Se trata en efecto de una conducta de una o diversas partes en la aplicación del tratado después de su celebración. El peso que debe atribuirse a dicha práctica dependerá de su claridad y su especificidad, así como de su repetición²¹².

60. No se pretende menospreciar la importancia de los pronunciamientos de los órganos de expertos a los efectos de interpretar los tratados, pero el Relator Especial no ha demostrado que puedan equipararse a una práctica ulterior, aunque un acuerdo ulterior o una práctica ulterior pueda provenir o ser expresión de ellos. El Comité de Redacción deberá tenerlo en cuenta si se le remite el proyecto de conclusión 12.

61. A juicio del orador, de ello se desprende que no es necesario revisar el proyecto de conclusión 4, párrafo 3. Tampoco le parece que la aprobación por la Comisión en 2015 del proyecto de conclusión 11 obligue a modificar este párrafo. El proyecto de conclusión 11 se refiere a la situación particular de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, de los que se ocupa el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969.

62. En relación con el proyecto de conclusión 13, cuyo párrafo 1 se ocupa de la función de las decisiones de los tribunales nacionales y cuyo párrafo 2 tiene naturaleza de directriz dirigida a dichos tribunales sobre lo que «deben» hacer «[a] aplicar un tratado», el orador no entiende por qué el Relator Especial considera que el párrafo 1 es necesario. Tal y como escribe él mismo en el párrafo 95 de su informe, cuando la Comisión aprobó el proyecto de conclusión 4, declaró que la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena de 1969 también podía abarcar las decisiones de los tribunales nacionales. En vista de que dichas decisiones ya están incluidas en el proyecto de conclusión 5, párrafo 1²¹³, parece inútil el proyecto de conclusión 13, párrafo 1, propuesto. Asimismo, al igual que otros miembros, el orador estima que no es apropiado que la Comisión apruebe un

²¹² Comité Internacional de la Cruz Roja, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2016, párr. 34.

²¹³ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 37.

²¹¹ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 33 y 34.

proyecto de conclusión con el que se pretenda expresamente decir a los tribunales nacionales lo que deben hacer al aplicar un tratado. Una cosa es indicar en líneas generales, como hacen otros proyectos de conclusión, el enfoque que todo intérprete debe contemplar ante los acuerdos posteriores y la práctica posterior en el sentido de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 y esperar ayudar así a los jueces nacionales, y otra cosa es impartir instrucciones explícitas a los tribunales nacionales para que actúen de una u otra forma. No es este el papel de la Comisión y es más que dudoso que estas instrucciones tuvieran buena acogida entre los jueces en cuestión.

63. En lo que al contenido sustantivo respecta, la frase inicial del proyecto de conclusión 13, párrafo 2, da pie a dos observaciones. ¿Por qué el párrafo se dirige a los tribunales nacionales «al aplicar un tratado» y no «al interpretar un tratado»? ¿Y por qué se limita a decir que los tribunales nacionales «deben» hacer lo que disponen los apartados *a* a *e*, mientras que esos mismos principios son enunciados en otros lugares de una forma más categórica? Y lo que resulta más serio, el contenido de los apartados *a* a *e* ya figura explícita o implícitamente en los otros proyectos de conclusión, por lo que el orador no aprecia la necesidad de enunciarlo una vez más.

64. Para concluir, el orador dice que, si la Comisión decide remitir el proyecto de conclusión 12 al Comité de Redacción, este deberá examinarlo con gran detenimiento para que sus diversos párrafos encajen como corresponde en la estructura general de los proyectos de conclusión ya aprobados. En cuanto al proyecto de conclusión 13, duda seriamente, al igual que otros miembros, de que haga falta remitirlo al Comité de Redacción. Al mismo tiempo, la parte del informe que hace referencia a él contiene elementos muy útiles que podrán, en su debido momento, ser utilizados en los comentarios a los proyectos de conclusión ya aprobados. En cambio, la remisión del proyecto de conclusión 1 *a* al Comité de Redacción no plantea ningún problema, pero no hay motivo para solicitar al Comité que revise el proyecto de conclusión 4, párrafo 3.

65. El Sr. KAMTO dice que el cuarto informe del Relator Especial es un ejemplo de lo que puede suceder cuando se quiere responder a las preocupaciones en ocasiones contradictorias expresadas por los Estados en reacción a los trabajos de la Comisión, puesto que se desprende de los párrafos 5 y 6 del informe examinado que es la voluntad de atender las expectativas de algunos Estados lo que lleva al Relator Especial a proponer los proyectos de conclusión 12 y 13 y la modificación del proyecto de conclusión 4 ya aprobado provisionalmente por la Comisión.

66. A juicio del orador, el Relator Especial adopta en su informe una perspectiva cuestionable, en lo concerniente tanto a la categoría de «órganos de expertos independientes» como al alcance que atribuye a sus «observaciones», «recomendaciones» o «comentarios» en materia de acuerdos posteriores y práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados. La mayor dificultad procede sin duda del hecho de que los dos proyectos de conclusión que presenta, los proyectos de

conclusión 12 y 13, son en muchos aspectos incongruentes con los argumentos que aduce para justificarlos. Esta discrepancia puede llevar a la solución, por lo demás comprensible, propuesta por algunos miembros de la Comisión: no remitir estos dos proyectos de conclusión al Comité de Redacción. Para el orador, esta solución es sin duda demasiado radical, puesto que hay en el informe diversos argumentos bien fundamentados que justifican que se incluya la jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados y la de los tribunales nacionales en el proyecto de conclusión. Hay dos cuestiones concretas que exigen algunas apreciaciones: por una parte, el modo en que se pueden aprovechar las novedades en lo que el Relator Especial denomina los «órganos de expertos independientes» y, por otra parte, el análisis de la práctica de los tribunales nacionales.

67. En cuanto a los órganos de expertos independientes, esta expresión es demasiado amplia y engloba una realidad que va mucho más allá del Comité de Derechos Humanos y otros órganos de la misma índole. Asimismo, en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo*, en la cual se apoya el Relator Especial para introducir su análisis en el párrafo 28 de su informe, la Corte Internacional de Justicia habla expresamente del Comité de Derechos Humanos y lo hace en un contexto específico que no permite una generalización de su razonamiento sobre esta cuestión. No obstante, aunque se quiera generalizar a partir de esa causa, sería prudente atenerse a la terminología consolidada y hablar de «órganos creados en virtud de tratados». En opinión del orador, estos órganos cuentan con un poder de interpretación de los tratados conferido por los tratados que los crearon. La interpretación de estos órganos es, en muchos aspectos, una interpretación auténtica.

68. En ese mismo sentido, la sustitución que propone el Relator Especial en el párrafo 120 de su informe de la expresión «por una o más partes» por la palabra «oficial» crearía una confusión terminológica y supondría un cambio completo de perspectiva en la determinación de los acuerdos posteriores y la práctica posterior. Desde el punto de vista de la terminología, la palabra «oficial», que remite a los representantes designados por el Estado, se opone igualmente a «no oficial» o «privado», como en materia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. No obstante, en el informe examinado, esta expresión remite a otra cosa, no solo diferente, sino sobre todo heterogénea, que mezcla a funcionarios del Estado y a órganos de expertos independientes. Por eso, habría que abandonar esta expresión, al igual que las expresiones conexas como «medio oficial» y «comportamiento oficial» utilizadas en los párrafos 120 y 121 del informe.

69. Asimismo, no parece apropiado plantear aquí la cuestión del efecto del silencio de los Estados ante los pronunciamientos de los órganos creados en virtud de tratados. No se puede esperar que los Estados reaccionen a todo so pena de tener que enfrentarse a actos que por sí mismos carecen de fuerza vinculante.

70. En lo que se refiere a las decisiones de los tribunales nacionales, no cabe duda de que forman parte de la práctica posterior de los Estados prevista en el artículo 32, y

solo en dicho artículo, de la Convención de Viena de 1969, es decir, que conforman un medio de interpretación complementario. Tal y como dijo el Relator Especial cuando presentó su cuarto informe, no hay motivos para que la Comisión pueda considerar las decisiones de los tribunales nacionales un medio de determinación del derecho internacional consuetudinario, especialmente como elemento de la práctica, pero no pueda considerarlas igualmente una práctica ulterior en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.

71. De ahí que el problema que tiene ante sí la Comisión sea decidir cómo tener en cuenta correctamente estas dos situaciones en el marco de los proyectos de conclusión sin sugerir la existencia de normas que no entrarían en la categoría del artículo 31, párrafo 3 *b*, o del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. Además, no parece necesario, en relación con la jurisprudencia de los tribunales nacionales, repetir lo que ya se ha dicho, como ha recordado Sir Michael Wood, en un proyecto de conclusión precedente.

72. Por ello, el orador propone que la Comisión conserve los proyectos de conclusión 12 y 13 en su principio pero con una redacción casi radicalmente diferente, un enunciado que sea menos contundente, mucho más simple y menos normativo, puesto que, como señalaron varios miembros, concretamente el proyecto de conclusión 13, párrafo 2, está formulado en términos normativos que no se corresponden con el objetivo de los trabajos sobre el tema: redactar proyectos de conclusión y no directrices. Así pues, el orador propone que no se revise el proyecto de conclusión 4, párrafo 3, ya aprobado, y que se formulen de la siguiente manera los proyectos de conclusión 12 y 13, siempre y cuando, en relación con este último, la Comisión considere que la cuestión de los tribunales nacionales no se ha tratado como corresponde en los proyectos de conclusión ya aprobados.

Proyecto de conclusión 12

«Puede tenerse en consideración la interpretación de los órganos creados en virtud de tratados, como medio de interpretación complementario de los tratados en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.»

Proyecto de conclusión 13

«Las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación de los tratados pueden contribuir a la determinación de una práctica ulterior, como medio de interpretación complementario de los tratados en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.»

73. De haber acuerdo al respecto en el seno de la Comisión, el orador abogaría por remitir los proyectos de conclusión 1 *a*, 12 y 13 al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 11.50 horas.

3307ª SESIÓN

Martes 31 de mayo de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, 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. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnurti, Sir Michael Wood.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (continuación) (A/CN.4/689, cap. II, secc. D, A/CN.4/694, A/CN.4/L.874)

[Tema 4 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir su examen del cuarto informe del Relator Especial sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/694).
2. El Sr. NIEHAUS dice que, en su cuarto informe, el Relator Especial presenta un análisis exhaustivo de un tema de gran importancia para el derecho internacional en general y el derecho de los tratados en particular. En vista de esa importancia y del papel que se pretende que tenga la labor de la Comisión sobre el tema, sería más apropiado describir los proyectos de propuestas del Relator Especial como «directrices» y no como «conclusiones». Además, el término «directrices» permitiría distinguir esas propuestas de la designación oficial de las formas de actuación de los órganos de expertos, que podrían describirse de manera más acertada como «conclusiones» o, mejor aún, «pronunciamientos», que es el término utilizado por el Relator Especial en su informe. Dicho esto, para evitar cualquier confusión, el orador utilizará el término «proyectos de conclusión» a los fines del debate.
3. El nuevo proyecto de conclusión 1 *a*, aunque es algo breve, contiene una clara referencia al tema de la interpretación de los tratados que figura en el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, y el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969). Por lo tanto, tal vez convendría hacer una referencia expresa a la Convención en el proyecto de conclusión. Por supuesto, correspondería al Comité de Redacción hacer los cambios pertinentes, en su caso.
4. Con respecto a la propuesta de revisión del proyecto de conclusión 4, párrafo 3, algunos miembros de la Comisión han señalado la necesidad de aclarar qué se entiende por «comportamiento oficial». La expresión es,