

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. Wisnurmurti, 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,

no obstante, perfectamente comprensible y aceptable, ya que del informe se desprende claramente que todas las actividades de los órganos establecidos en virtud de un tratado con el mandato de contribuir a su aplicación pueden constituir un comportamiento oficial. Ello permite deducir que los miembros de organizaciones internacionales se consideran funcionarios, incluso cuando no actúen en nombre de un Estado. Una vez más, correspondería al Comité de Redacción añadir cualquier aclaración, teniendo en cuenta las observaciones de los miembros y las respuestas del Relator Especial al respecto.

5. En relación con el proyecto de conclusión 12, los miembros han expresado opiniones divergentes en cuanto a la función de los pronunciamientos de órganos de expertos. Algunos han argumentado que estos no tienen nada que ver con la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, mientras que otros han defendido el proyecto de conclusión y han tratado de equiparar esos pronunciamientos con las decisiones judiciales. En opinión del orador, es importante tener en cuenta que, a diferencia de las decisiones judiciales, esos pronunciamientos no son vinculantes y simplemente contribuyen a la interpretación de un tratado. Por consiguiente, se puede considerar que son una forma de práctica en la aplicación de un tratado. Asimismo, como se indica en el proyecto de conclusión, es necesario distinguir entre los pronunciamientos de órganos de expertos y las reacciones de los Estados. La influencia de esos pronunciamientos en la actitud de las partes en el tratado en cuestión es indudable y, por lo tanto, estos constituyen una práctica en el sentido del artículo 31, párrafo 3, y el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. El principal problema que se plantea se refiere al alcance del término «órgano de expertos»; el proyecto de conclusión debe detallar mejor las características de esos órganos.

6. En cuanto al proyecto de conclusión 12, párrafo 4, el orador conviene con el Sr. Hassouna en que no siempre se puede esperar que los Estados reaccionen a cada pronunciamiento de un órgano de expertos y que, por ello, no puede considerarse que el silencio de un Estado sea, o constituya automáticamente, aceptación. Por consiguiente, debe reconsiderarse el párrafo en cuestión. El orador cree que, lejos de cuestionarlo, las diferencias de opinión expresadas sobre el contenido del proyecto de conclusión 12 ponen de relieve la necesidad de reestructurarlo.

7. En relación con el proyecto de conclusión 13, el orador suscribe plenamente la opinión de que, al aplicar un tratado, los tribunales nacionales participan casi necesariamente en su interpretación y, por extensión, pueden contribuir a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior. El proyecto de conclusión 13, párrafo 1, es lógico y aceptable. El texto del proyecto de conclusión 13, párrafo 2, es problemático por contener algo más que meras recomendaciones. En la versión en español, el uso de la palabra «deben» —«*should*» en la versión en inglés— da la impresión de que se dan instrucciones a los tribunales nacionales sobre la manera de tratar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en lugar de proporcionarles orientación al respecto. El Comité de Redacción podría ocuparse de encontrar la formulación adecuada.

8. El orador recomienda que todos los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial se remitan al Comité de Redacción. La Comisión está haciendo constantes progresos para la aprobación de todos los proyectos de conclusión en primera lectura en el actual período de sesiones. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que podría contemplarse la posibilidad de proceder a una segunda lectura en 2018.

9. El Sr. SABOIA dice que desea felicitar al Relator Especial por su excelente cuarto informe, que es claro y está bien documentado y cuidadosamente redactado. El informe es un paso más hacia la posible conclusión del tema en primera lectura durante el período de sesiones en curso. En la actual etapa avanzada del debate sobre el tema, el orador centrará sus observaciones en el proyecto de conclusión 12, titulado «Pronunciamientos de órganos de expertos», y en particular en los órganos de vigilancia del cumplimiento de los tratados de derechos humanos.

10. Es lamentable que el Relator Especial haya decidido excluir de su examen los resultados de la labor de los órganos creados en virtud de tratados que, pese a ser técnicamente órganos de una organización internacional, están integrados por expertos independientes y realizan una función similar a la de otros órganos de expertos. Por ejemplo, la propia Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha reconocido que sus constataciones y conclusiones solo pueden sentar precedente con carácter vinculante si así lo establece de manera independiente un tribunal nacional o un tribunal o instrumento internacional. Los tribunales nacionales, internacionales y supranacionales han venido basando sus decisiones en pronunciamientos de la Comisión al remitirse a normas laborales internacionales para resolver litigios. La práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es un órgano de la Organización de los Estados Americanos, también es pertinente, en particular con respecto a las denuncias individuales, que puede remitir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos o ayudar a resolver a través de la mediación.

11. El debate sobre el proyecto de conclusión 12 se ha centrado en si los pronunciamientos de órganos de expertos establecidos en virtud de un tratado con el mandato de supervisar su aplicación se consideran práctica ulterior o medio de interpretación complementario en el sentido de los artículos 31 y 32, respectivamente, de la Convención de Viena de 1969. No se ha planteado ninguna duda importante sobre el gran peso atribuido a esos pronunciamientos, como reconocen, en relación con el Comité de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo (la República de Guinea c. la República Democrática del Congo)* y los tribunales nacionales, entre ellos el Tribunal Administrativo Federal de Alemania.

12. En el «Informe final sobre los efectos de las conclusiones de los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derecho humanos», aprobado por la Asociación de Derecho Internacional, se describen dos enfoques respecto de la cuestión de si los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos constituyen una de las «fuentes

tradicionales del derecho internacional, ya sea a los efectos de la interpretación de los tratados o como fuente pertinente para el desarrollo del derecho internacional consuetudinario»²¹⁴. De acuerdo con el enfoque tradicional, adoptado por la Comisión con respecto al tema de las reservas a los tratados, «las conclusiones de los comités propiamente dichos no equivaldrían a una práctica de los Estados», pero «las respuestas de Estados concretos o de los Estados partes en su conjunto a las conclusiones de los comités sí constituirían una práctica de ese tipo»²¹⁵. Con arreglo al segundo enfoque alternativo, la referencia a la práctica ulterior en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 está redactada «como si no existiera ningún órgano de vigilancia creado en virtud de un tratado, no existieran terceros interesados y solo incumbiera a los Estados vigilar el cumplimiento de los demás Estados y reaccionar a los incumplimientos»²¹⁶. Debido al carácter particular de los tratados de derechos humanos, que establecen obligaciones que no son recíprocas, sino que contienen objetivos comunes establecidos y convenidos entre los Estados partes, la Asociación de Derecho Internacional ha afirmado que «parece defendible que, al interpretar ese tipo de tratados [...] la práctica ulterior pertinente podría ser más amplia que la práctica ulterior de los *Estados* e incluir los dictámenes ponderados aprobados por los órganos creados en virtud de tratados en el desempeño de las funciones que les han conferido los Estados partes»²¹⁷. Esa afirmación es particularmente pertinente, ya que compara la labor de los órganos de vigilancia integrados por expertos con la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones por los Estados partes. Esa vigilancia también se da en la esfera de los derechos humanos, en la que desempeña un papel importante aunque, cuando se trata de violaciones de los derechos humanos, órganos como el Consejo de Derechos Humanos tienden a estar más subordinados a consideraciones políticas y a estar polarizados.

13. En conclusión, el orador recomienda que el proyecto de conclusión 12 se remita al Comité de Redacción, a la luz del debate en sesión plenaria.

14. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dice que desea dar las gracias al Relator Especial por su cuarto informe, en el que, una vez más, aborda con éxito un tema muy complejo y controvertido. En el informe se tratan dos cuestiones fundamentales, a saber, los pronunciamientos de los órganos de expertos y las decisiones de los tribunales nacionales. Se han expresado diferentes opiniones con respecto a los efectos jurídicos de esos pronunciamientos, que, como se indica en el párrafo 15 del informe, dependen ante todo del propio tratado aplicable. El sentido corriente del término mediante el que un tratado designa una particular forma de pronunciamiento suele indicar que esos pronunciamientos no son jurídicamente vinculantes. No obstante, como se señala en el párrafo 120 del informe, los pronunciamientos de

órganos de expertos se consideran medios de interpretación complementarios en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.

15. Un ejemplo de la complejidad del tema que se examina es que, como se indica en el párrafo 104 del informe, los tribunales nacionales no suelen distinguir claramente entre los acuerdos y la práctica ulteriores conforme al artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969, que exigen un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, y otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32 de la Convención, que no requiere dicho acuerdo.

16. El orador recomienda que los proyectos de conclusión se remitan al Comité de Redacción, teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión durante el debate.

17. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que, en su resumen del debate, desea destacar los principales aspectos, responder a algunas críticas y estudiar posibles formas de avanzar.

18. Confía en que las diferencias de opinión, por ejemplo con respecto a la situación del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puedan aclararse a nivel bilateral o, de ser necesario, técnico. No obstante, quiere responder a la observación del Sr. Murphy de que en el informe se «señala» a los Estados Unidos de América al referirse únicamente a su reacción al proyecto de observación general núm. 33 del Comité de Derechos Humanos, y no la de otros Estados. La reacción en cuestión es la única declaración de un Estado a la que se ha podido acceder fácilmente y ha sido aceptada por el Comité de Derechos Humanos. Por tanto, en el informe no se señala a los Estados Unidos, sino que se les cita como ejemplo de Estado cuya reacción ha propiciado un acuerdo general sobre una cuestión concreta.

19. La mayoría de los oradores han considerado que el proyecto de conclusión 13 es innecesario, y algunos han expresado reservas respecto de la idea de dar «instrucciones» a los tribunales nacionales. Si bien es cierto que, en sentido estricto, el proyecto de conclusión 13 no es necesario porque aborda y aplica a los tribunales nacionales proyectos de conclusión que ya han sido aprobados provisionalmente sin exigir ninguna revisión de esas conclusiones, el orador lo ha incluido porque se ha sentido obligado. Después de todo, en el plan de trabajo inicial para el tema se afirmó que se estudiaría la práctica de los tribunales nacionales, tanto para disponer de un análisis completo como para verificar si esa práctica se ajustaba a la práctica y las fuentes internacionales.

20. No sería necesariamente inapropiado formular un proyecto de conclusión que se ocupara directamente de los tribunales nacionales. Muchos tribunales nacionales reconocen la necesidad de coordinarse entre ellos o, al menos, de informarse unos a otros acerca de la jurisprudencia internacional pertinente, incluida la de otros tribunales nacionales. Si bien no sería apropiado tratar de «dar instrucciones» a los tribunales nacionales, sí lo sería ofrecerles alguna respetuosa orientación para sus actividades de coordinación.

²¹⁴ 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., en especial pág. 627, párr. 17.

²¹⁵ *Ibid.*, págs. 628 y 629, párr. 21.

²¹⁶ *Ibid.*, párr. 22.

²¹⁷ *Ibid.*

21. No obstante, el orador reconoce que los miembros de la Comisión se muestran renuentes a considerar la posibilidad de aprobar el proyecto de conclusión 13 y, por lo tanto, retira su propuesta en ese sentido. En cambio, sí desea seguir adelante con la propuesta del Sr. Forteau y el Sr. Šturma de incluir algunas conclusiones del informe en los comentarios de los proyectos de conclusión. La investigación que se expone en el informe contiene elementos útiles que matizarán y mejorarán los comentarios.

22. Habida cuenta del animado debate que están manteniendo los juristas y políticos internacionales con respecto a la relevancia jurídica de los pronunciamientos de órganos de expertos, no es sorprendente que el proyecto de conclusión 12 sea el que más reacciones ha suscitado. De hecho, el debate ha demostrado que el informe, que se centra en las fuentes jurídicas de mayor autoridad en un esfuerzo por dar un trato imparcial a las corrientes opuestas, debería haber abordado determinadas cuestiones en mayor profundidad.

23. El Sr. Murase, el Sr. Forteau, el Sr. Hmoud, el Sr. Murphy, el Sr. Park y el Sr. Kolodkin, entre otros, han expresado la opinión de que los pronunciamientos de órganos de expertos no son una forma de práctica ulterior en el sentido del presente tema, mientras que el Sr. Hmoud y el Sr. Forteau incluso han sugerido que en el informe se califica a esos pronunciamientos de «práctica ulterior» para incluirlos en el proyecto. El Sr. Kittichaisaree, en cambio, ha llamado la atención sobre el párrafo 109 de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, en que la Corte mencionó la «práctica habitual» del Comité de Derechos Humanos como medio de interpretación de determinadas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Sr. Tladi también ha aceptado que esos pronunciamientos pueden ser una forma de práctica.

24. Esa aparente divergencia de opiniones sobre la cuestión básica de si los pronunciamientos de órganos de tratados están comprendidos en el ámbito del tema puede dar lugar a malentendidos, al menos en parte. Algunos miembros suponen que, dado que el proyecto de conclusión 5²¹⁸ limita la expresión «práctica ulterior» al comportamiento de los Estados partes, el propio proyecto solo puede ocuparse del comportamiento de los Estados partes. No obstante, la Comisión aprobó en 2015 el proyecto de conclusión 11, cuyo párrafo 3 establece que «[l]a práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31, párrafo 1, y 32»²¹⁹.

25. Ese proyecto de conclusión demuestra que el proyecto se ocupa, al menos, de esa forma de práctica no estatal en el marco de un tratado. La cuestión de si la práctica de las organizaciones internacionales debe calificarse de «práctica ulterior» en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, o simplemente debe denominarse «práctica» para distinguirla

del comportamiento de los Estados partes, tiene menor importancia. Como ha sugerido el Sr. Murphy, lo importante es que hay diferentes formas de práctica reconocidas como medios de interpretación de un tratado, aunque solo sea en relación con la práctica ulterior de los Estados partes en el tratado en cuestión.

26. La mayoría de los miembros no excluyen la posibilidad de que los pronunciamientos de órganos de expertos constituyan un tipo de «práctica» que podría ser pertinente para la interpretación de un tratado, aun cuando no se trate de práctica ulterior en un sentido técnico más estricto. Como han señalado el Sr. Šturma y el Sr. Niehaus, cualquier duda a ese respecto parece obedecer a una amplia variedad de preocupaciones sustantivas, no terminológicas.

27. El Sr. Forteau y otros miembros han sostenido que los pronunciamientos de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, si bien son una forma de práctica, no son una práctica en el sentido del tema porque esos pronunciamientos tienen más bien naturaleza de decisiones judiciales internacionales. Aunque la Corte Internacional de Justicia hiciera referencia a la «jurisprudencia» del Comité de Derechos Humanos en el párrafo 66 del fallo dictado en la causa *Ahmadou Sadio Diallo*, ello no significa que considerara que esos pronunciamientos fueran formas de decisiones judiciales. De hecho, la Corte tuvo el cuidado de calificar al Comité no de tribunal, sino de órgano independiente establecido específicamente para supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte tampoco calificó las decisiones del Comité de «judiciales». Como ha señalado el Sr. Šturma, se acepta en general que los pronunciamientos de órganos de expertos no pertenecen a la misma categoría que las decisiones judiciales. No existe ninguna razón aparente para suponer que, en 2010, al utilizar el término «jurisprudencia» en la causa *Ahmadou Sadio Diallo*, la Corte tuviera la intención de modificar sus propias conclusiones en la opinión consultiva antes mencionada en el sentido de que esos pronunciamientos son una forma de práctica. Una opinión no excluye a la otra.

28. El Sr. Murphy, por su parte, duda de que los órganos de expertos tengan el mandato de interpretar su tratado, ya que los tratados en cuestión no reconocen a esos órganos la facultad expresa de hacerlo. No obstante, en la causa *Ahmadou Sadio Diallo*, la Corte admitió que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocía al Comité de Derechos Humanos la facultad de interpretar ese tratado cuando habló de la «interpretación adoptada por este órgano independiente» (párrafo 66 del fallo). Otra fuente que corrobora esa opinión es una declaración de 2010 del Gobierno de los Estados Unidos, en la que este hace referencia a las interpretaciones del Comité de Derechos Humanos como una de las bases de su análisis exhaustivo para determinar si los Estados Unidos deben seguir instando a una lectura del Pacto estrictamente territorial.

29. En relación con lo que podría ser la principal preocupación del Sr. Murphy, el orador señala que la mayoría de los miembros, en particular el Sr. Hmoud, el Sr. Kamto y el Sr. Tladi, han llegado a la conclusión de

²¹⁸ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), pág. 37.

²¹⁹ *Anuario...* 2015, vol. II (segunda parte), pág. 59.

que, si bien los órganos de expertos por lo general tienen el mandato de interpretar sus respectivos tratados, ya que, de lo contrario, no podrían cumplir su mandato en virtud del tratado, su competencia para interpretar el tratado no implica necesariamente que su interpretación tenga ningún efecto jurídico en particular. De hecho, los pronunciamientos de órganos de expertos no adquieren carácter vinculante en virtud de la competencia de esos órganos para interpretar el tratado, como ha destacado el Sr. Tladi.

30. El proyecto de conclusión 12 propuesto pretende transmitir la idea de que los efectos jurídicos de los pronunciamientos de órganos de expertos, como práctica y a los efectos del presente proyecto, están a medio camino entre una declaración irrelevante desde el punto de vista jurídico y una sentencia judicial. A fin de reflejar esa posición intermedia, el proyecto de conclusión 12, párrafo 3, reconoce que el pronunciamiento de un órgano de expertos «puede contribuir a la interpretación de [un] tratado». Esa posición intermedia viene respaldada por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y la mayoría de las autoridades, como ha confirmado el Sr. Saboia. El proyecto de conclusión propuesto no trata de resolver las divergencias de opinión acerca de si, a los fines de la interpretación, los efectos jurídicos de los pronunciamientos de órganos de expertos se aproximan más a los de las decisiones judiciales y, por ende, cuasijudiciales, como han sugerido el Sr. Šturma y Sir Michael Wood, o se corresponden más con los de la práctica administrativa, como ha sugerido el Sr. Hassouna.

31. El proyecto de conclusión 12 propuesto deja amplio margen para dar cabida a diferentes puntos de vista sobre los efectos jurídicos de los pronunciamientos de órganos de expertos, ya que, como ha señalado Sir Michael Wood, es difícil generalizar habida cuenta de la disparidad de las competencias y funciones de los diferentes órganos de expertos creados en virtud de distintos tratados. Es evidente que los diferentes tratados prevén mandatos y tareas específicas para esos distintos órganos, como ha subrayado el Sr. Murphy. El orador está de acuerdo con el Sr. Murphy, el Sr. Murase y Sir Michael Wood en que es necesario actuar con cautela en lo que respecta a las atribuciones de algunos órganos de expertos, como la Comisión de Límites de la Plataforma Continental y el Comité de Cumplimiento previsto en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Protocolo de Kyoto). El interés en dejar margen para la diversidad de los tratados que establecen órganos de expertos es la razón por la que propone el proyecto de conclusión 12, párrafo 5. El Sr. Park ha observado acertadamente que el informe se refiere más a los órganos de tratados de derechos humanos que a otros órganos de expertos. Ello se debe a que el debate sobre el peso jurídico de dichos pronunciamientos se ha centrado sobre todo en los primeros. Las referencias a otros órganos de expertos son meramente ilustrativas.

32. Tal vez no sea posible persuadir al Sr. Murphy de que los pronunciamientos de órganos de expertos tienen naturaleza judicial, ni al Sr. Forteau de que el valor interpretativo de esos órganos es escaso o inexistente. Con todo, el proyecto de conclusión propuesto no tiene por objeto hacer una declaración general sobre el peso interpretativo de dichos pronunciamientos, sino reconocer,

a los efectos del presente proyecto, que son una forma de práctica en el marco de un tratado que puede ser pertinente para su interpretación, ya sea en relación con la práctica de los Estados o como tales, y que esos pronunciamientos pueden tener efectos jurídicos adicionales posiblemente derivados de su carácter más o menos cuasijudicial. En el comentario se podría aclarar que la referencia al artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969 contempla esa posibilidad.

33. El Sr. Hmoud dice que las referencias en el proyecto de conclusión 12 a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 no están suficientemente fundadas en la práctica, por lo que el proyecto de conclusión representa un enfoque deductivo. El orador entiende que lo que el Sr. Hmoud quiere decir es que los tribunales internacionales y nacionales solo han explicado en raras ocasiones la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos con arreglo a la Convención. No obstante, la Comisión no necesita esas explicaciones para llegar a la conclusión de que tales pronunciamientos, sumados o no a las reacciones de los Estados, son un medio de interpretación que se ajusta a las reglas de interpretación de la Convención, ya que, cuando inició su labor sobre el tema, la Comisión ya determinó que los artículos 31 y 32 eran el marco para la interpretación de los tratados. Por lo tanto, constituye *lex lata* que la Comisión se limite a afirmar el papel que pueden desempeñar los pronunciamientos de órganos de expertos como medio de interpretación con arreglo a los mencionados artículos 31 y 32, ya sea en conjunción con las reacciones de los Estados, como sugiere el Sr. Šturma, o por sí mismos. El Sr. Hmoud también ha aceptado que esos pronunciamientos pueden constituir un medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32. Si bien es cierto, como han dicho el Sr. Hmoud y el Sr. Murphy, que es más difícil encontrar ejemplos de tales pronunciamientos de los que haya surgido un acuerdo de las partes, en el informe se citan algunos para demostrar que sí existen. Otro ejemplo es la resolución 65/221 de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 2010, en cuyo párrafo 5 se reafirman los elementos de la observación general núm. 29 del Comité de Derechos Humanos sobre la interpretación del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²²⁰.

34. La cuestión del silencio es pertinente en ese contexto. El Sr. Murase considera que el proyecto de conclusión 12, párrafo 4, es incompatible con el proyecto de conclusión 9, párrafo 2²²¹. No obstante, la intención del párrafo 4 es especificar las circunstancias en las que se requiere una reacción. Como ha propuesto el Sr. Hassouna, los comentarios pueden ofrecer nuevas aclaraciones a ese respecto.

35. El Sr. Murase, Sir Michael Wood, el Sr. Hassouna y el Sr. Saboia se preguntan por qué el informe solo se refiere a los órganos de expertos que no son órganos de

²²⁰ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 29 (2001) sobre la suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/56/40)*, vol. I, anexo VI.

²²¹ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 133.

organizaciones internacionales. La razón, puramente formal, es que el orador no considera que el tema deba profundizar más en el derecho de las organizaciones que la Convención de Viena de 1969. Conviene provisionalmente con el Sr. Šturma y Sir Michael Wood en que los pronunciamientos de órganos de expertos que son órganos de organizaciones internacionales y las reacciones de los Estados al respecto tienen, en su mayor parte, el mismo efecto que los pronunciamientos de los órganos que figuran en el informe.

36. Si bien defiende la propuesta de proyecto de conclusión 12 que figura en su cuarto informe, eso no significa que el orador sea poco receptivo a las diversas críticas formuladas. De hecho, dado que el proyecto es una empresa colectiva, está dispuesto a volver a formular ciertos elementos del proyecto de conclusión 12 para tener en cuenta las preocupaciones expresadas por algunos miembros. Sería conveniente confirmar que la práctica de los Estados en relación con los pronunciamientos de un órgano de expertos y la práctica de ese órgano pueden desempeñar un papel en la interpretación de un tratado, ya que ese aspecto no se ha contemplado debidamente en las conclusiones anteriores. Las cuestiones que se mencionan a continuación podrían abordarse en una nueva propuesta para su examen por el Comité de Redacción. En primer lugar, para atender las preocupaciones del Sr. Murphy y Sir Michael Wood, se podría afirmar expresamente al comienzo del proyecto de conclusión que es principalmente el tratado el que determina el peso interpretativo que ha de darse a los pronunciamientos de órganos de expertos, ya sea en relación con las reacciones de los Estados o como tales. En segundo lugar, se podría aclarar que el proyecto de conclusión no pretende determinar todos los aspectos del posible peso interpretativo de los pronunciamientos de órganos de expertos y las reacciones de los Estados al respecto, sino que se limita a su peso como forma de «práctica». Ello debería responder a las preocupaciones del Sr. Forteau y otros miembros que desean dejar margen para una función cuasijudicial de dichos pronunciamientos. También quedaría aún más claro que la Comisión reconoce la posición de la Corte Internacional de Justicia en ese sentido. En tercer lugar, los comentarios podrían reducirse al mínimo y omitir toda referencia al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como han pedido el Sr. Tladi y el Sr. Murphy. En cuarto lugar, en el proyecto de conclusión, o en el comentario correspondiente, se podría reafirmar que las observaciones de los Estados que están en desacuerdo con las interpretaciones contenidas en los pronunciamientos de órganos de expertos excluyen cualquier acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. En quinto lugar, a fin de disipar las preocupaciones del Sr. Murase, se podría aclarar que el proyecto de conclusión 12, párrafo 2, no confunde las reacciones de los Estados con los pronunciamientos de órganos de expertos propiamente dichos. En sexto lugar, el orador está dispuesto a sustituir la expresión «órgano de expertos» por «órgano de expertos creados en virtud de los tratados» y sustituir en el texto inglés la expresión «*individual capacity*» por «*personal capacity*», como han propuesto el Sr. Murphy, el Sr. Hassouna y el Sr. Kamto. En séptimo lugar, también podrían tenerse en cuenta las propuestas de redacción del Sr. Park y el Sr. Kamto. El orador espera que esas propuestas permitan al Comité

de Redacción encontrar suficiente terreno común para redactar un nuevo proyecto de conclusión 12.

37. En lo que respecta al proyecto de conclusión 4, párrafo 3, el orador dice que ha tomado nota de las reservas expresadas por el Sr. Murphy, el Sr. Murase, Sir Michael Wood, el Sr. Hmoud, el Sr. Kamto, el Sr. Kolodkin y el Sr. Park sobre su propuesta de sustituir la expresión «comportamiento observado por una o más partes» por «comportamiento oficial». La intención de esta propuesta es aclarar que la práctica de una organización internacional, los pronunciamientos de órganos de expertos u otras formas de comportamiento previstas en el tratado como elementos de su aplicación no deben situarse en el mismo plano que el comportamiento privado de actores no estatales, pero que pueden contribuir a la interpretación de un tratado cuando se combinan con la práctica de las partes en los tratados en cuestión. Aunque es posible que en el informe no se haya explicado suficientemente por qué se ha optado por la expresión «comportamiento oficial», el orador sigue convencido de que es una forma adecuada de calificar la práctica de las organizaciones internacionales y los pronunciamientos de los órganos de expertos distinguiéndola del comportamiento privado de los actores no estatales. No obstante, reconoce que la mayoría de los miembros son reacios a situar esa práctica en el mismo plano que el comportamiento de los Estados, del mismo modo que han cuestionado el papel de la práctica de las organizaciones internacionales a los efectos de la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. En ese contexto, la Comisión está a punto de reconocer a la práctica de las organizaciones internacionales una especie de papel intermedio que no es equiparable a la práctica de los Estados ni se encuentra en el mismo plano que el comportamiento de los actores privados. Además, como ha dicho el Sr. Kamto, los Estados han querido que el comportamiento de las organizaciones internacionales y los órganos de expertos en el marco de un tratado se considere una forma de práctica a los efectos de la interpretación.

38. En cierto sentido, el proyecto de conclusión 11, párrafo 3, reconoce ese papel intermedio al indicar que la práctica de una organización internacional puede contribuir a la interpretación de un tratado en virtud de los artículos 31, párrafo 1, y 32, de la Convención de Viena de 1969. Así pues, para expresar la misma idea en un nuevo proyecto de conclusión 12, no sería necesario explicar la condición de esos pronunciamientos a efectos interpretativos en términos más generales. Esa tarea puede aplazarse hasta la segunda lectura de los proyectos de conclusión. Sobre esa base, el orador estaría dispuesto a retirar su propuesta de revisión del proyecto de conclusión 4, párrafo 3, obviando así la necesidad de estudiar la revisión del proyecto de conclusión 5, posibilidad planteada por el Sr. Kolodkin.

39. A la luz de las declaraciones realizadas durante el debate, el orador retira la propuesta de aprobar el proyecto de conclusión 13 y, por el momento, la propuesta de revisar el proyecto de conclusión 4, párrafo 3. No obstante, sigue deseando que la Comisión apruebe los proyectos de conclusión 1 *a* y 12, así como la estructura general del conjunto de proyectos de conclusión propuesta en el párrafo 113 del informe. La cuestión de si los proyectos

de conclusión deben llamarse «directrices», como ha propuesto el Sr. Murase, debería abordarse en segunda lectura teniendo en cuenta las opiniones de los Estados.

40. El Sr. KAMTO dice que desea agradecer al Relator Especial la flexibilidad mostrada en su resumen del debate, que probablemente permitirá a la Comisión seguir su recomendación de remitir dos proyectos de conclusión al Comité de Redacción. No obstante, es preciso aclarar una cuestión con respecto al proyecto de conclusión 12, a saber, si la Comisión debe dar algunas orientaciones claras al Comité de Redacción en relación con ese proyecto de conclusión 12 con las enmiendas propuestas por el Relator Especial siga haciendo referencia a los artículos 31, párrafo 3, y 32 de la Convención de Viena de 1969. No está convencido de que el artículo 31, párrafo 3, sea aplicable en el contexto de los pronunciamientos de órganos de expertos porque, para que haya un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o una práctica ulterior en el sentido del párrafo 3 *b* de dicho artículo, primero tiene que haber un acuerdo. Al orador le cuesta aceptar que la Comisión pueda considerar que los pronunciamientos de órganos de expertos constituyen una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Por lo tanto, ha propuesto que el proyecto de conclusión 12 se base en el artículo 32 de la Convención. Si se hiciera referencia al artículo 31, párrafo 3, en ese contexto, sería necesario mencionar la reacción de los Estados. No obstante, esa reacción como tal no bastaría, a menos que se sostuviera que se ha alcanzado un acuerdo entre los Estados pero, si se adoptara la opinión de que la práctica ulterior no ha dado lugar a un acuerdo entre los Estados partes, lo que se necesitaría sería una reacción de uno o más Estados al pronunciamiento del órgano de expertos. Aunque solo se necesita el acuerdo de un Estado acerca de una interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, sería necesario volver a introducir la noción de una reacción de los Estados a ese acuerdo. Por consiguiente, sería mejor que la Comisión se limitara a hacer referencia al artículo 32 en relación con los pronunciamientos de órganos de expertos; no obstante, incluso esa solución sería insatisfactoria, ya que equivaldría a excluir la posibilidad de que un órgano de expertos utilizara su propio pronunciamiento a los efectos de la interpretación.

41. El Sr. NOLTE (Relator Especial), en respuesta al Sr. Kamto, dice que habría que dejar absolutamente claro que un pronunciamiento de un órgano de expertos como tal no puede constituir un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3. La cuestión es si puede reflejar o catalizar un acuerdo ulterior o una práctica ulterior entre los Estados. Esa es la idea en que se basa el proyecto de conclusión 11. El orador está dispuesto a considerar la omisión de toda referencia a los artículos 31 y 32 si se puede encontrar otra solución adecuada en el proyecto de conclusión 12. El hecho de que esté dispuesto a mostrar flexibilidad en algunos aspectos no significa que sea inflexible respecto de otros. No obstante, se muestra reacio a excluir de entrada toda referencia al artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, ya que es la disposición más importante de la Convención sobre la interpretación de los tratados.

42. El Sr. HMOUD dice que es partidario de que se remitan los proyectos de conclusión al Comité de Redacción,

siempre que este tenga el mandato de modificar su contenido. Sigue pensando que es innovador considerar que el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 es aplicable a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados. Tendrá algo que decir sobre la práctica conforme al artículo 32 de la Convención en el Comité de Redacción.

43. El Sr. MURPHY dice que la propuesta del Relator Especial de retirar algunos proyectos de conclusión y remitir otros al Comité de Redacción es una forma sensata de avanzar. Si bien no es práctica de la Comisión entablar un debate sustantivo en la coyuntura actual, a la luz de las declaraciones del Sr. Kamto y el Sr. Hmoud, el orador desea plantear una cuestión que el Relator Especial tal vez desee tener en cuenta cuando vuelva a redactar el proyecto de conclusión 12. Aunque, en cierta medida, puede ver que la reacción de los Estados a un pronunciamiento de un órgano de expertos, reflejado en una resolución de la Asamblea General, puede constituir un acuerdo ulterior de los Estados acerca de la interpretación, sigue teniendo grandes dificultades para considerar que un pronunciamiento de un órgano de expertos refleje o incorpore como tal el acuerdo de los Estados. La respuesta del Relator Especial a sus observaciones sobre la forma en que se ha destacado la reacción de los Estados Unidos al proyecto de observación general núm. 33 del Comité de Derechos Humanos pone de relieve que la dificultad de encontrar declaraciones de los Gobiernos hace que sea muy complicado saber con certeza si estos están de acuerdo con un pronunciamiento de un órgano creado en virtud de un tratado y si dicho pronunciamiento refleja las opiniones de los Estados.

44. El PRESIDENTE dice que ha tomado nota de la retirada del proyecto de conclusión 4, párrafo 3, revisado y el proyecto de conclusión 13. También ha tomado nota del deseo del Relator Especial de dar seguimiento en los comentarios a las propuestas formuladas por el Sr. Forteau y el Sr. Šturma en relación con el proyecto de conclusión 13.

45. Entiende que la Comisión desea remitir los proyectos de conclusión 1 *a* y 12 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Protección de la atmósfera (continuación) (A/CN.4/689, cap. II, secc. A, A/CN.4/692, A/CN.4/L.875)

[Tema 8 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

46. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir su examen del tercer informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/692).

47. El Sr. MURASE (Relator Especial), en referencia a las discrepancias entre los proyectos de directriz que figuran en el cuerpo de su tercer informe y en su anexo, dice que en el anexo se ha incluido por error la versión anterior de los proyectos de directriz, y que ha solicitado que se publique una versión corregida del informe. Entretanto, los miembros deben ignorar los proyectos de directriz que figuran en el anexo.

48. El Sr. HMOUD dice que los debates en la Sexta Comisión indican que los Estados en general han reaccionado favorablemente al tratamiento del tema por la Comisión de Derecho Internacional sobre la base del entendimiento de 2013²²². A pesar del escepticismo que siguen mostrando algunos Estados, considera que el enfoque de la Comisión al lograr un equilibrio entre el interés de la comunidad internacional en la protección de la atmósfera y la necesidad de no perjudicar las negociaciones políticas o los regímenes convencionales existentes es el correcto.

49. En cuanto a la propuesta del Relator Especial de que se considere la posibilidad de volver a introducir el concepto de «preocupación común de la humanidad», el orador no cree que el debate en la Sexta Comisión ni la inclusión de esas palabras en el preámbulo al Acuerdo de París de 2015 aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático justifiquen ninguna modificación del preámbulo aprobado por el Comité de Redacción en el anterior período de sesiones. La mayoría de las delegaciones en la Sexta Comisión estuvieron de acuerdo con la propuesta de cambiar la expresión «preocupación común de la humanidad» por «preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto». Es natural que en el Acuerdo de París se haya empleado la expresión «preocupación común de la humanidad», dado que refleja el texto del preámbulo de la propia Convención Marco. La comparación tampoco es apropiada porque el tema de la Comisión —la protección de la atmósfera— es de mayor alcance que el del Acuerdo de París —el cambio climático—. La relación del concepto de «preocupación común de la humanidad» con la protección de la atmósfera no tiene fundamento alguno en el derecho internacional general y su inclusión tendría importantes consecuencias jurídicas, como la posibilidad de imponer obligaciones *erga omnes*. El orador también tiene reservas en cuanto a la intención del Relator Especial de abordar las cuestiones de la aplicación y el cumplimiento en futuros informes, ya que da a entender que la naturaleza jurídica de la protección de la atmósfera puede considerarse *erga omnes*. La inclusión de esas cuestiones y del arreglo de controversias en el ámbito del tema sería incompatible con el entendimiento de 2013.

50. Dicho esto, el orador conviene en que el proyecto de directrices debería tener como elemento central la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera y, a ese respecto, acoge con agrado la nueva formulación del actual proyecto de directriz 3. Durante el debate del año anterior, expresó la opinión de que era importante determinar el contenido jurídico de todos los aspectos de esa obligación que fueran más allá del principio de derecho consuetudinario *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Por lo tanto, se complace en observar que el Relator Especial ha explicado las consecuencias jurídicas derivadas de la obligación de proteger la atmósfera desde la perspectiva de la contaminación atmosférica transfronteriza y la degradación atmosférica.

51. El orador está de acuerdo en que, con arreglo al derecho internacional, la obligación de proteger la

atmósfera comprende un deber de prevenir la contaminación atmosférica transfronteriza, como lo demuestran la jurisprudencia, comenzando por el arbitraje en el caso *Trail Smelter*, y la inclusión del principio en los tratados y otros instrumentos, como la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)²²³ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)²²⁴. Un Estado debe hacer, en la medida de sus capacidades, todo lo que sea razonable y necesario para evitar la posibilidad de que se produzca una contaminación transfronteriza, sobre la base de su conocimiento del riesgo potencial de que las actividades en cuestión puedan causar daños. Si no realiza la necesaria evaluación del impacto ambiental y se producen los daños, habrá incumplido la obligación de diligencia debida. En el informe no se explica si existen normas internacionales mínimas para la adopción de medidas de diligencia debida con objeto de prevenir los daños transfronterizos; parece razonable concluir que el grado de cuidado se basa en los mejores medios prácticos de que disponga el Estado.

52. En el tercer informe se observa una tendencia a relajar el criterio de la prueba más exigente del arbitraje del caso *Trail Smelter*, consistente en requerir que sean «pruebas claras y convincentes», al menos estricto de «ponderación de las probabilidades». Si bien es cierto que puede estar justificado relajar ese criterio, los argumentos que se exponen en el informe no son convincentes. La cuestión de la carga de la prueba en una corte o un tribunal en el contexto de una controversia provocada por un daño transfronterizo es totalmente diferente. Lo pertinente para el deber de diligencia debida es si el Estado ha tenido conocimiento de la posibilidad de que se produzcan daños transfronterizos sensibles y si ha tenido pruebas ante sí para actuar a fin de impedir esos daños. No existe obligación sin dicha prueba, por lo que no es una cuestión de procedimiento relativa a los procesos judiciales o arbitrales.

53. El informe contiene ejemplos de jurisprudencia en que la jurisdicción *de iure* y *de facto* de un Estado sobre un territorio o una zona constituye un elemento para determinar la obligación del Estado de adoptar medidas preventivas. No obstante, la atmósfera no es una zona en sí. Por consiguiente, incluso si el Estado tiene la obligación de prevenir la contaminación atmosférica transfronteriza más allá de su jurisdicción territorial, no parece tener ninguna obligación en virtud del derecho internacional general de adoptar medidas preventivas en zonas fuera de su territorio ni en territorios o zonas bajo su jurisdicción o control. No obstante, habida cuenta del objetivo de mejorar la protección de la atmósfera, podría promoverse como *lex ferenda* la idea de que todas las actividades bajo el control o la jurisdicción del Estado deben estar sujetas a medidas preventivas.

²²³ 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.

²²⁴ 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.

²²² Anuario... 2013, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168.

54. Con respecto al proyecto de directriz 3 *a*, el orador sigue creyendo que la obligación pertinente que impone el derecho internacional es adoptar medidas de diligencia debida para prevenir la contaminación atmosférica transfronteriza, por lo que la contaminación localizada en el territorio del Estado debe quedar fuera del alcance del tema.

55. En cuanto al segundo aspecto de la obligación de protección, a saber, el deber de reducir al mínimo el riesgo de degradación atmosférica a nivel mundial, el orador considera que, en la medida en que la obligación está relacionada con el medio ambiente, y teniendo en cuenta que el aire forma parte del medio ambiente, hay suficientes motivos para suponer que el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* puede aplicarse a la degradación atmosférica, al menos en relación con el cambio climático y la disminución del ozono. La jurisprudencia, en particular la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, los principios pertinentes en la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río y las últimas disposiciones convencionales apoyan la idea de que el deber de no causar degradación atmosférica está pasando a formar parte del derecho internacional general. La Comisión no debe basar la aplicación del principio *sic utere tuo* respecto de la degradación atmosférica en una propuesta infundada que, en cierto modo, entraña efectos *erga omnes* o una *actio popularis*. En lugar de ello, debe determinar el contenido de las obligaciones del Estado en lo que respecta a la protección de la atmósfera contra la degradación, a la luz de las normas de derecho internacional vigentes. En el párrafo 39 del informe se hace referencia a las medidas de precaución como obligaciones incluidas en las convenciones pertinentes, pero no se proporcionan ejemplos del tipo de medidas que se podrían adoptar para reducir al mínimo el riesgo de degradación atmosférica. El Relator Especial debe estudiar más a fondo la cuestión antes de incluirla en el proyecto de directriz 3. Dado que el principio de precaución no está comprendido en el alcance del tema, el proyecto de directriz 3 debe formularse cuidadosamente a ese respecto.

56. El deber de evaluar el impacto ambiental, que se aborda en el proyecto de directriz 4, es un deber más procedimental que sustantivo y parece existir en el derecho internacional general en relación con los daños ambientales transfronterizos, como puede deducirse de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay* y la causa relativa a la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, así como de la práctica de los Estados, los regímenes convencionales sectoriales y regionales pertinentes y los instrumentos de derecho blando, como la Declaración de Río. No obstante, si bien ha quedado establecido que ese deber existe en relación con los daños ambientales transfronterizos cuando la actividad tiene probabilidades de tener consecuencias sensibles, no cabe decir lo mismo de la degradación atmosférica como tal. Además, en el informe no queda claro por qué la obligación prevista en el proyecto de directriz 4 es adoptar medidas para asegurar una adecuada evaluación del impacto ambiental a fin de

prevenir, mitigar y controlar las causas y los efectos. Si esos elementos se derivan del principio de precaución, deben evitarse. Aunque apoya el principio del proyecto de directriz 4, el orador cree que el deber debe vincularse a la perspectiva o la posibilidad de que la actividad cause daños ambientales sensibles.

57. Con respecto al proyecto de directriz 5, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la atmósfera es un recurso limitado con una limitada capacidad de asimilación. El logro de un equilibrio adecuado entre el desarrollo económico y la protección de la atmósfera puede plantearse como objetivo de política, pero no es algo que exija el derecho internacional vigente. Si bien conviene en que la utilización sostenible de la atmósfera debe abordarse de manera progresiva y no vinculante, en el comentario habrá que explicar el contenido de ese objetivo si se aprueba la directriz. En relación con el proyecto de directriz 5, párrafo 2, garantizar un equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente no debe ser un requisito en derecho internacional, ya que el concepto de utilización sostenible es en sí mismo de carácter progresivo.

58. En cuanto al proyecto de directriz 6, aunque en el informe se examina en detalle el principio de equidad en el derecho internacional con referencias a tratados y decisiones judiciales, no se indica qué simetría puede aplicarse para deducir el contenido del concepto de la utilización equitativa de la atmósfera. En la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la equidad se asocia a la protección y al principio de las responsabilidades —no los derechos— comunes pero diferenciadas, mientras que en las decisiones judiciales se suele emplear para resolver controversias transfronterizas. Las disposiciones sobre la utilización equitativa que figuran en los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos²²⁵ y la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de 1997, se refieren a los derechos de los Estados del acuífero y los Estados del río, respectivamente. El orador espera con interés que el Relator Especial proporcione nuevas explicaciones sobre la forma en que podría deducirse el contenido del proyecto de directriz 6.

59. Por lo que se refiere al proyecto de directriz 7, relativo a la geoingeniería, se desprende claramente del informe y de un reciente debate con expertos científicos que hay un considerable grado de incertidumbre sobre las consecuencias de las modificaciones de la atmósfera. Por lo tanto, el orador es partidario de que se aborde la cuestión desde un punto de vista normativo y de que en el proyecto de directriz se sugiera una línea de actuación en lugar de un principio jurídico, ya que este último se inscribiría en el contexto del principio de precaución.

60. En conclusión, el orador recomienda que los proyectos de directriz 3, 4, 5 y 7, así como el párrafo del preámbulo, se remitan al Comité de Redacción.

²²⁵ 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.

61. El Sr. TLADI dice que, en general, está de acuerdo con el contenido de los proyectos de directriz propuestos y con que se remitan al Comité de Redacción. Aunque todas las directrices necesitan cambios de redacción, por el momento no hará ninguna propuesta concreta en ese sentido.

62. En primer lugar, desea decir que está algo perdido con respecto al proyecto de directriz 7. No se opone a que se remita al Comité de Redacción, pero teme que la Comisión esté aventurándose en ámbitos que no tiene capacidad de abordar adecuadamente. Si bien, en general, el informe es satisfactorio, el orador está muy descontento con la forma de abordar el principio de precaución y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Con respecto al concepto de «preocupación común de la humanidad», el hecho de que se mencione en el preámbulo del Acuerdo de París claramente da a entender que los Estados no lo han abandonado. Por lo tanto, el orador apoya la sugerencia del Relator Especial de que la Comisión tal vez desee reconsiderar aprobarla en lugar de la expresión bastante engorrosa «preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto». Podría realizarse esta sustitución en el actual período de sesiones. En relación con la cuestión planteada por el Sr. Hmoud, que la expresión «preocupación común de la humanidad» figure en la Convención Marco no significa que debiera incluirse automáticamente en el Acuerdo de París; después de todo, no se menciona en el Protocolo de Kyoto y, precisamente porque no ha habido ninguna referencia al concepto desde 1992, la Comisión ha optado por la formulación alternativa.

63. En relación con el párrafo 9 del informe, el orador señala que los Objetivos de Desarrollo Sostenible²²⁶ pretenden basarse en los Objetivos de Desarrollo del Milenio²²⁷, no sustituirlos, como se sugiere en ese párrafo. Por consiguiente, las metas de los Objetivos de Desarrollo del Milenio siguen siendo pertinentes, incluso en el nuevo régimen.

64. Observando que, en respuesta a las preocupaciones de algunos miembros, el Relator Especial propone distinguir entre dos dimensiones de la protección de la atmósfera —la contaminación atmosférica transfronteriza y la degradación atmosférica global—, el orador se pregunta si esa distinción se ha reflejado debidamente. Según el proyecto de directriz 1 *b*, la contaminación atmosférica se refiere a la liberación de sustancias «que se extiendan más allá del Estado de origen», mientras que el proyecto de directriz 1 *c* define la degradación atmosférica como la alteración de las «condiciones atmosféricas»²²⁸. De conformidad con la declaración formulada por el Presidente del Comité de Redacción en el anterior período de sesiones, la degradación atmosférica es un fenómeno global, y no transfronterizo²²⁹. Asimismo, en el párrafo 6 del comentario del proyecto de directriz 1 se afirma que la contaminación atmosférica se refiere a la contaminación atmosférica transfronteriza, mientras que la degradación

atmosférica hace alusión a los problemas atmosféricos a nivel mundial²³⁰. En el texto en sí no se aprecia claramente, pero, en cualquier caso, esa distinción es en gran medida intrascendente.

65. El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* es un buen ejemplo de la inutilidad de la distinción. Parecería que una de las consecuencias de la distinción sería un reconocimiento de que el principio se aplica únicamente a los Estados vecinos. De hecho, según el párrafo 14 del informe, «el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* se ha reconocido como derecho internacional consuetudinario aplicable a la relación con un “Estado adyacente” que comparte una frontera territorial común», pero su alcance se ha «ampliado para abarcar la relación de causas a efectos transfronterizos a larga distancia entre el Estado de origen y los Estados afectados». En resumen, según entiende el orador, el principio no se aplica a los «bienes comunes» o las zonas fuera de la jurisdicción nacional, ni a la degradación del medio ambiente a nivel mundial. No obstante, no hay nada en la decisión del caso *Trail Smelter*, ni en ninguna de las fuentes citadas, que indique la existencia de esa limitación. De hecho, la Declaración de Río prevé expresamente la aplicación del principio más allá de la jurisdicción nacional. Del mismo modo, el artículo 117 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar impone a los Estados el deber de adoptar medidas para que sus nacionales conserven los recursos vivos de la alta mar. Lo que es particularmente extraño en el tratamiento del principio *sic utere tuo* es que en el párrafo 38 del informe se confirma que dicho principio se aplica igualmente en un contexto mundial.

66. Una nueva muestra de la inutilidad de la distinción es que el proyecto de directriz 3 *a* se aplica a la contaminación atmosférica, mientras que el proyecto de directriz 3 *b* se aplica a la degradación atmosférica; el deber primordial, previsto en el encabezamiento, se aplica por igual a ambas cosas. No obstante, existe un deber de diligencia debida respecto de la contaminación atmosférica que no parece aplicarse a la degradación atmosférica. Además, las medidas para prevenir la contaminación atmosférica deben adoptarse «con arreglo al derecho internacional», mientras que las relativas a la degradación atmosférica deben adoptarse «de conformidad con las convenciones y convenios pertinentes». En el informe no se alude en ningún momento a la distinción realizada respecto de la diligencia debida, ni expresamente ni por inferencia necesaria. En el párrafo 17 se señala que el principio de prevención en derecho ambiental se basa en el concepto de la diligencia debida; dado que el deber de prevención se aplica tanto a la degradación como a la contaminación, sin duda deben adoptarse medidas de diligencia debida en ambos casos. La distinción entre «derecho internacional» y «convenciones y convenios pertinentes» es aún más sorprendente, ya que casi parece dar a entender que las convenciones y convenios no son derecho internacional. Si lo que el Relator Especial quiere decir es que el deber de adoptar medidas con respecto a la contaminación atmosférica se aplica como norma de derecho internacional consuetudinario, mientras que el deber de adoptar medidas con respecto a la degradación atmosférica se aplica únicamente como

²²⁶ Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015.

²²⁷ Véase la Declaración del Milenio, resolución 55/2 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2000.

²²⁸ *Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 21.

²²⁹ *Ibid.*, vol. I, 3260ª sesión, pág. 129, párr. 7.

²³⁰ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 22.

norma de derecho convencional, no hay nada en el informe que justifique esa conclusión. Cabe presumir que se basa en la conclusión anterior sobre la aplicación limitada del principio *sic utere tuo*, pero no hay nada en el informe que justifique una interpretación tan restrictiva. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido la versión más amplia del principio en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. En todo caso, la expresión «con arreglo al derecho internacional» captaría la idea.

67. El orador también tiene dudas sobre la dicotomía a que se hace referencia en el párrafo 15, según la cual el principio de prevención consta de dos obligaciones diferentes: la obligación de prevenir antes de que se produzcan la contaminación o la degradación reales y el deber de eliminar, mitigar e indemnizar después de que estas hayan tenido lugar. No está claro que la segunda obligación forme parte de la obligación primordial, más bien parece ser un deber secundario derivado del incumplimiento del deber primordial de prevenir. Así ocurre sin duda en el caso de la indemnización. Aunque la Comisión puede perfectamente establecer un deber de mitigar una contaminación o degradación potenciales, no hay ningún motivo para imponerlo después de que estas ya se hayan producido. En otras palabras, el orador no considera que el deber de mitigación sea similar al deber de restablecimiento.

68. La única autoridad que se cita en el informe con respecto a la doble naturaleza del deber de prevenir es la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997 aunque, incluso en ese caso, es evidente que el deber de mitigar, eliminar y posiblemente indemnizar es un deber secundario derivado del primero, y no un deber distinto e independiente. Cabe suponer que el deber de indemnizar no se plantea si no se incumple la obligación primordial.

69. El deber de mitigar está estrechamente relacionado con las normas relativas a las evaluaciones del impacto y la previsibilidad, que encuentran su mejor ejemplo en las políticas operacionales del Banco Mundial. Con arreglo a esas políticas, cuando una evaluación del impacto ambiental pone de manifiesto la posibilidad de que se produzcan daños sensibles, existe el deber de mitigar ese riesgo, por ejemplo haciendo ajustes en el plan propuesto. No obstante, esa sigue siendo una obligación primordial aplicable antes de que se produzca ningún daño. El deber de actuar después de la degradación o la contaminación parece ser secundario por derivarse del incumplimiento del deber primordial de prevenir.

70. También preocupa al orador el trato que se da en el informe a la obligación de diligencia debida, que se describe indistintamente como la obligación de «hacer todo lo posible con arreglo a la capacidad del Estado», de «adoptar todas las medidas pertinentes para controlar, limitar, reducir o prevenir las actividades humanas» y en el sentido de exigir que «los mejores esfuerzos realizados no causen efectos adversos». En el informe no se aclara si se trata de criterios equivalentes ni por qué el proyecto de directriz 3 utiliza la expresión «medidas apropiadas», un criterio que parece diferente de todos los demás.

71. No está claro por qué el informe contiene un análisis detallado de la carga de la prueba, ya que ninguno de los proyectos de directriz parece referirse a ese concepto, algo que el orador considera acertado. En el párrafo 28 del informe se sugiere que el principio de precaución puede dar lugar a una inversión de la carga de la prueba. No obstante, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de precaución no tiene que ver con la inversión de la carga de la prueba. Es importante comprender que la jurisprudencia citada en el informe se refiere a controversias fácticas y que la Corte ha estado sencillamente aplicando su propio enfoque para determinar los hechos. El razonamiento de la Corte en esas causas no pretendía contribuir a la creación de normas, principios o directrices sobre cuestiones relacionadas con el medio ambiente o la atmósfera.

72. Si bien el análisis del principio de precaución que figura en el informe es útil, el orador no comparte la conclusión de que sería inapropiado referirse a dicho principio en el proyecto de directrices por no haber sido reconocido como derecho internacional consuetudinario por la Corte. La Comisión no debería utilizar ese criterio para decidir sobre la inclusión de un elemento determinado en sus textos. Dado que el Relator Especial no ha realizado un análisis cualitativo de la práctica, por ejemplo de la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar sobre las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a actividades en la Zona* citada en el párrafo 25 del informe ni de las innumerables resoluciones, tratados y actos relativos a dichos tratados y resoluciones que podrían haberse tenido en cuenta para corroborar una determinación concluyente sobre el carácter de la precaución, no procede sugerir que no se hace referencia al principio en el proyecto de directrices por falta de apoyo normativo o doctrinal. Dicho esto, el orador no quiere decir que la Comisión deba incluir una directriz sobre la precaución. Es evidente que no puede hacerlo en razón del entendimiento de 2013. No obstante, el orador discrepa de la conclusión infundada a que se llega en el informe, según la cual el derecho internacional consuetudinario no reconoce el principio de precaución. Recuerda que en el entendimiento se afirma de manera específica que este se entiende sin perjuicio de cuestiones como el principio de precaución. Por desgracia, en el informe el Relator Especial considera el principio sobre la base de la definición de perjuicio, algo que el orador rechaza de plano.

73. El orador coincide en gran parte con el análisis del Relator Especial, aunque sea algo conservador, de la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental. De hecho, en su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, la Corte Internacional de Justicia dictaminó que el derecho internacional consuetudinario imponía el deber de llevar a cabo una evaluación del impacto cuando una actividad pudiera tener efectos transfronterizos, por lo que no había ninguna razón por la que ese deber no debiera imponerse también en caso de efectos potenciales a nivel mundial. No obstante, la Corte no aceptó el argumento de la Argentina sobre la calidad y las consecuencias de esa evaluación. En otras palabras, la Corte no aceptó que el derecho internacional prescribiera los elementos que debía contener una evaluación del impacto ambiental, ni

tampoco que prescribiera las consecuencias de dicha evaluación. Con ello se apartaba de las políticas del Banco Mundial sobre las evaluaciones del impacto ambiental, en las que se definían tanto los elementos como las consecuencias, incluida la posible reorientación de la actividad propuesta.

74. Sería útil, para el proyecto de directrices en su conjunto, que el proyecto de directriz 4 incluyera una referencia al principio invocado en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay* como norma de derecho internacional consuetudinario y, posteriormente, en términos más prácticos, que incluyera los elementos de un sistema eficaz de evaluación del impacto ambiental y sus consecuencias o las medidas de respuesta que deben adoptarse. Esto último tendría que formularse cuidadosamente para evitar toda impresión de que esos elementos constituyen como tales derecho internacional consuetudinario. Al adoptar este enfoque se distinguiría claramente entre los elementos de las directrices que representan derecho consuetudinario y los que no. Por ejemplo, el orador aprueba que en el proyecto de directriz 4 se haga referencia a la transparencia y la participación del público en relación con las evaluaciones del impacto ambiental, pero en el informe no se justifican dichas referencias como requisitos jurídicos. No obstante, convendría que en el proyecto de directrices se establecieran las formas en que los Estados pueden hacer efectivo el principio de derecho internacional consuetudinario sobre el deber de realizar una evaluación del impacto ambiental, incluidas normas sobre la participación del público y la transparencia.

75. En cuanto a la utilización sostenible de la atmósfera, el orador duda en equiparar el máximo rendimiento sostenible con el desarrollo sostenible; cabe destacar a ese respecto que los redactores del Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios abandonaron ese concepto en favor de la precaución. Además, incluso en la resolución anual de la Asamblea General sobre los océanos y el derecho del mar, que se centra en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el concepto de máximo rendimiento sostenible ha quedado muy marginado.

76. El orador valora positivamente que en el informe se haga referencia al principio de igualdad entre las generaciones y dentro de ellas. Es lamentable que no se haya dado el mismo trato al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Si bien entiende que, como el principio de precaución, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas no se ha incluido en el proyecto de directrices en razón del entendimiento de 2013, el orador se opone firmemente a la impresión que se da en el párrafo 83 del informe de que no se ha incluido por no formar parte del cuerpo de normas de derecho internacional. Simplemente no es cierto que la cláusula «sin perjuicio» sea ambigua. Además, toda sugerencia de que el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas no forma parte del cuerpo de normas de derecho internacional carece de fundamento y en el

informe no se hace ningún esfuerzo por apoyarla. Prácticamente todos los instrumentos modernos de derecho internacional aprobados desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en 1992 en Río de Janeiro (Brasil) reflejan en cierto modo el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, ya sea por mención expresa, mediante la creación de responsabilidades diferenciadas, o mediante la vinculación del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en desarrollo a la transferencia de tecnología y de fondos.

77. Al orador le desconcierta en particular la afirmación en el párrafo 81 del informe de que ya no hay ninguna referencia —cabe suponer que en el Acuerdo de París de 2015— al concepto de responsabilidades comunes pero diferenciadas. No obstante, en el artículo 2, párrafo 2, del Acuerdo queda claro que ese concepto —o, más exactamente, principio— forma parte del derecho de las Naciones Unidas sobre la lucha contra el cambio climático. Del mismo modo, y lo que es quizás más importante para la efectividad del principio, el artículo 4, párrafo 3, del Acuerdo se refiere a las responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados partes. Si, al afirmar que se ha producido un retroceso en la aplicación del concepto, lo que el Relator Especial quiere decir es que, mientras que en el Acuerdo de París todos los Estados han asumido compromisos, en el Protocolo de Kyoto los Estados en desarrollo no asumieron compromisos cuantificados de reducción y emisión, eso es porque el propio Acuerdo de París es una regresión. Después de todo, el Acuerdo de París no impone ningún compromiso vinculante a ningún Estado; son los propios Estados los que deben establecer los compromisos. Por consiguiente, no es posible hacer ninguna diferenciación a ese respecto.

78. El orador no tiene claro que la geoingeniería deba abordarse en el proyecto de directrices, sobre todo porque la Comisión carece de conocimientos especializados al respecto. En su labor sobre el tema, la Comisión debería más bien tratar de establecer principios generales respaldados por directrices prácticas sobre la forma en que los Estados pueden hacer efectivos esos principios. Los principios deben reflejar normas de derecho, mientras que las directrices no tienen por qué, y cuestiones concretas como la geoingeniería deben abordarse mediante la aplicación del proyecto de directrices. En otras palabras, cabe suponer que cualquier actividad de geoingeniería también estará sujeta a la exigencia de evaluaciones del impacto ambiental —y a las directrices que se elaboren a ese respecto— y a la obligación establecida en el proyecto de directriz 4 de garantizar que esa actividad no cause contaminación ni degradación atmosférica. En ese sentido, no es necesario contar con una disposición específica sobre la geoingeniería, que incluso podría ser peligrosa.

79. El orador apoya que se remitan al Comité de Redacción el proyecto de cuarto párrafo del preámbulo y los proyectos de directriz 3 a 6; también está a favor de la propuesta de que el proyecto de directriz 5, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones²³¹, pase a ser el proyecto de directriz 8 y que todas las directrices se vuelvan a

²³¹ *Ibíd.*, pág. 25.

numerar en consecuencia. El orador no es partidario de remitir el proyecto de directriz 7 al Comité de Redacción, aunque no interferirá si hay consenso.

80. El Sr. MURPHY, observando las graves preocupaciones expresadas por los Estados Miembros durante el debate sobre el tema en la Sexta Comisión, dice que la Comisión de Derecho Internacional ha tratado de evitar esas cuestiones desde el principio con la aprobación de su entendimiento en 2013 y la incorporación de los elementos de este tanto en el preámbulo²³² como en el proyecto de directriz 2²³³. Habida cuenta del apoyo expresado posteriormente por los Estados Miembros en favor del entendimiento, es lamentable que el informe sobre el tema haya vuelto a apartarse de este. A pesar de que en el entendimiento se afirma que en el tema no se abordará el principio de precaución, los párrafos 28 y 39 del informe se refieren expresamente a ese principio. Además, en la última nota del párrafo 39 del informe el Relator Especial afirma que se ha acordado que el «criterio de precaución» puede abordarse en el proyecto de directrices, pero tal acuerdo no existe ni se ha reflejado en el entendimiento de 2013. Asimismo, en el proyecto de directriz 3 no hay implícita ninguna formulación «precautoria», y toda indicación de que la hay en el comentario del proyecto de directrices estaría obviando el entendimiento.

81. Del mismo modo, a pesar de que en el entendimiento de 2013 se afirma que en el tema no se abordarán las responsabilidades comunes pero diferenciadas, los párrafos 71, 72, 79 y 81 a 83 del informe se refieren expresamente a ese concepto. Además, esas referencias no son casuales: el Relator Especial pretende interpretar el sentido del concepto con cierto grado de detalle, precisamente con el fin de insertar referencias al mismo en el proyecto de directrices, en particular en el preámbulo y con respecto al principio de equidad. Es especialmente preocupante que, en el párrafo 83 del informe, el Relator Especial afirme que la expresión «sin perjuicio» se ha insertado en el entendimiento de 2013 para permitir la inclusión del concepto de responsabilidades comunes pero diferenciadas en el proyecto de directrices; esa afirmación tergiversa el entendimiento y debe corregirse. De lo contrario, el orador teme que los futuros informes puedan incluir cuestiones que habrían sido excluidas por el entendimiento.

82. El entendimiento de 2013 también dispone que el tema no debe interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático; no obstante, en el párrafo 82 del informe se considera que los resultados del reciente Acuerdo de París constituyen un retroceso por imponer a todos los Estados, y no solo a los Estados desarrollados, la obligación de establecer contribuciones determinadas a nivel nacional. Esas son las afirmaciones que la Comisión ha tratado precisamente de evitar al aprobar el entendimiento de 2013. De hecho, de nada sirve cuestionar los resultados del cuidadoso y, en algunos aspectos, frágil equilibrio de intereses reflejado en el Acuerdo de París, especialmente en un momento en que los Estados están decidiendo si procede o no ratificarlo.

83. El orador no es partidario de que se remita el proyecto de cuarto párrafo del preámbulo al Comité de Redacción y espera que el Relator Especial no insista en incluir su contenido. Además, todo texto en que se ponga de relieve «la necesidad de tener en cuenta la situación especial de los países en desarrollo» no se compadece con los actuales esfuerzos para hacer frente a la degradación atmosférica. En la actualidad se considera que todos los Estados deben contribuir a la solución de problemas tan complejos como el cambio climático. Si se remite el proyecto de párrafo del preámbulo al Comité de Redacción, deberá centrarse la atención no en «la situación especial de los países en desarrollo», sino en un reconocimiento más neutral y menos categorizado de «las circunstancias y las capacidades económicas nacionales de los Estados». El orador no apoya la reciente sugerencia del Relator Especial de que la Comisión tal vez desee volver a examinar el texto relativo al concepto de la «preocupación común de la humanidad» aprobado en su 67º período de sesiones. El Acuerdo de París no respalda la idea de que la protección de la atmósfera —el contexto del proyecto de párrafo del preámbulo que se examina— es una preocupación común de la humanidad. Como ha señalado el Sr. Hmoud, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Acuerdo de París se centran únicamente en el cambio climático.

84. Existe una ambigüedad estructural en el proyecto de directriz 3: no está claro si la obligación muy general enunciada en el encabezamiento es superior a las obligaciones enunciadas en los apartados *a* y *b*, o si esos apartados captan la totalidad de la obligación general. Si lo que se pretende es lo primero, hay que explicar todo el alcance de la obligación contenida en el encabezamiento; en el segundo caso el encabezamiento debería terminar con una expresión como «del siguiente modo» para enlazar el encabezamiento directamente con los apartados. No obstante, lo más importante es que la Comisión debe estudiar cuáles son sus intenciones con respecto a las directrices. Recordando que la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión²³⁴, que el Relator Especial ha invocado recientemente como modelo para el presente tema, no contiene ninguna orientación en forma de obligaciones, sino más bien una serie de propuestas para facilitar la comprensión de los Estados, el orador dice que el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera se ha redactado como órdenes categóricas a los Estados y que, por tanto, tiene un tono totalmente diferente. Por consiguiente, si el proyecto de directriz 3 se remitiera al Comité de Redacción, debería volver a formularse. Por ejemplo, un apartado podría decir que «el derecho internacional consuetudinario obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas de diligencia debida para prevenir la contaminación atmosférica» y, el otro, que, «de conformidad con las convenciones y convenios pertinentes, los Estados han acordado medidas apropiadas para reducir al mínimo el riesgo de degradación atmosférica». El objetivo de la Comisión al establecer esas directrices debería ser alentar a los Estados a adoptar determinados comportamientos, no

²³² *Ibid.*, pág. 19.

²³³ *Ibid.*, pág. 24.

²³⁴ Véase el texto de las directrices que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte) y Corr.1, págs. 25 y ss. Véase también la resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, anexo.

dictarles órdenes, especialmente órdenes que no puedan encontrarse en ningún tratado, principio o norma de derecho relativo a la atmósfera.

85. El proyecto de directriz 4 plantea el mismo problema general de tono y enfoque que el proyecto de directriz 3. Además, se aparta de la terminología habitual sobre las evaluaciones del impacto ambiental que figura en las principales causas relativas a la cuestión. Asimismo, gran parte del texto propuesto en el proyecto de directriz 4 es poco claro. Por ejemplo, la segunda oración sobre la transparencia podría interpretarse en el sentido de que exige a los Estados que permitan a otros Estados y a nacionales de otros Estados participar en sus actividades de evaluación del impacto ambiental cuando no tengan una dimensión transnacional, una propuesta que carece claramente de fundamento en derecho internacional. De considerarse necesario tal proyecto de directriz, debería redactarse en los términos utilizados en precedentes bien establecidos. Por ejemplo, sobre la base de la formulación empleada en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, podría mejorarse la redacción del proyecto de directriz 4 para que dijera «el derecho internacional consuetudinario obliga a un Estado a realizar una evaluación del impacto ambiental cuando exista el riesgo de que una actividad de ese Estado pueda ocasionar perjuicios sensibles en un contexto transfronterizo que causen contaminación atmosférica o degradación atmosférica».

86. El tono y el estilo de los proyectos de directriz 5 y 6 son mejores que en los proyectos de directriz 3 y 4, en particular al utilizar el término exhortativo «debe» en lugar de expresiones como «tienen la obligación de». No obstante, el orador tiene algunas reservas sobre el contenido de las directrices. Por ejemplo, no hay ningún análisis en el informe que sustente la referencia en la directriz 5 a la «naturaleza finita» de la atmósfera. Aunque está más contaminada que antes y contiene más gases de efecto invernadero, la atmósfera sigue siendo lo que siempre ha sido: una envoltura de gases que circunda la Tierra de aproximadamente el mismo tamaño que esta. Por consiguiente, la atmósfera puede considerarse un recurso renovable, similar a la energía hidráulica, eólica y solar. Si lo que se quiere decir en el proyecto de directriz 5 es que la contaminación excesiva de la atmósfera podría alterar la composición de sus gases, eso es cierto, pero no significa que la atmósfera como tal sea finita. Si, en cambio, lo que se quiere decir es que la absorción de una cantidad excesiva de gases de efecto invernadero en la atmósfera provocaría un cambio climático catastrófico, eso también es cierto, pero tampoco implica que la atmósfera sea finita.

87. El concepto inusual de utilización sostenible mencionado en el proyecto de directriz 5 no está respaldado por los tratados, la jurisprudencia ni la práctica general. Parece inspirarse en el concepto de desarrollo sostenible pero, en el presente contexto, se podría decir que casi mercantiliza la atmósfera. De hecho, el uso de la expresión «utilización sostenible» parece representar a la atmósfera como una especie de reserva de petróleo o de gas que la Comisión espera que los Estados exploten, o incluso alienta a que lo hagan, a pesar de que en el presente contexto ello significaría contaminar o degradar la atmósfera. Dado que la Comisión no desea que los Estados realicen actividades

contaminantes, el orador tiene serias reservas sobre el uso del nuevo concepto de utilización sostenible.

88. Observando que el proyecto de directriz 6 se refiere a la utilización de la atmósfera sobre la base de un «principio de equidad» indefinido, el orador dice que el término «equidad» tiene sentidos radicalmente distintos para cada actor, especialmente en el contexto de la protección de la atmósfera. Siguen sin estar claras las razones para incluir una referencia a ese principio en la labor de la Comisión sobre el tema. Con respecto a las tres categorías de equidad existentes en derecho internacional —equidad *infra legem*, equidad *praeter legem* y equidad *contra legem*—, el orador dice que, pese a la sugerencia del Relator Especial de que la equidad *contra legem* debe descartarse por inapropiada, no ha encontrado tal salvedad en el proyecto de directriz 6. Además, no está claro el significado exacto de «equidad», a los efectos del proyecto de directrices, ni su relación con los conceptos de la justicia distributiva y las responsabilidades comunes pero diferenciadas. ¿Significa la referencia a la «equidad», por ejemplo, que los Estados ricos deben asignar recursos a los Estados menos prósperos cuando utilicen la atmósfera? ¿Significa que los Estados menos ricos deben distribuir su carga a los Estados ricos? Dada la falta de claridad, no sería sensato promover ese principio sin explicar su sentido exacto. También sería útil determinar la relación del principio con el reciente Acuerdo de París, que ha sido ampliamente elogiado precisamente por tratar de imponer una carga a todos los Estados. En los párrafos de la parte dispositiva del Acuerdo, los redactores han evitado deliberadamente toda referencia indeterminada a un principio de equidad para favorecer formulaciones más concretas adaptadas a las cuestiones particulares planteadas. De hecho, en ninguno de los instrumentos convencionales señalados por el Relator Especial en los párrafos 72 a 74 del informe se hace referencia a un «principio de equidad». Lo más parecido a tal principio es la referencia en algunos tratados a una «utilización equitativa y razonable» de un recurso compartido, como en los artículos elaborados por la Comisión en 1994 sobre el derecho del uso de las vías de agua internacionales con fines distintos de la navegación²³⁵, que dieron lugar a la Convención del mismo título. Quizás, entonces, la expresión «sobre la base del principio de la equidad» en la directriz 6 pueda sustituirse por una expresión como «de manera equitativa y razonable».

89. El hecho de que el proyecto de directriz 7, relativo a las actividades de geoingeniería, no parezca ir dirigido a los Estados, sino a cualquiera que lleve a cabo esas actividades, plantea algunas cuestiones estructurales. Además, la directriz no define las actividades de geoingeniería. Recordando que algunos miembros han propugnado energicamente una definición del término «atmósfera», el orador cree que la necesidad de definir las «actividades de geoingeniería» parece aún más justificada. Aunque se optara por una definición restringida para adaptarse a los fines de la Comisión, el orador se pregunta por la conveniencia de que la Comisión manifieste un amplio apoyo a esas actividades. Como se señala en el informe, la ciencia de la geoingeniería está avanzando rápidamente y hay Estados, científicos y grupos medioambientales que están haciendo llamamientos para que se prohíban totalmente las actividades de geoingeniería por dos motivos:

²³⁵ *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 95 y ss., párr. 222.

en primer lugar, la preocupación de que la manipulación a gran escala del medio ambiente planetario podría ser extremadamente peligrosa; y, en segundo lugar, la preocupación de que la promoción de la geoingeniería podría socavar los esfuerzos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, basada en la teoría de que los Estados se centrarían en métodos novedosos de secuestro de carbono en lugar de en la eliminación de las emisiones de carbono. Por lo tanto, el orador está de acuerdo con el Sr. Tladi en que el proyecto de directriz 7 no debería remitirse al Comité de Redacción.

90. Con respecto a la labor futura de la Comisión sobre el tema, el orador sugiere que, si se contempla una primera lectura en 2018, la segunda lectura debería tener lugar en 2020, de conformidad con la práctica general del Comité de dejar a los Estados tiempo suficiente para responder a los proyectos de directriz.

91. El Sr. KITTICHAISAREE propone que se permita al Relator Especial formular observaciones sobre las declaraciones de los miembros de la Comisión antes de que concluya el debate de la Comisión sobre el tema.

92. El Sr. TLADI dice que todos los miembros tienen derecho a hacer una declaración sobre el tema y que no sería apropiado adelantarse al debate de la Comisión.

93. Apoya la observación del Sr. Murphy de que la Comisión no debe dar la impresión de que instrumentos ya aprobados, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, no imponen obligaciones a una determinada categoría de Estados. De hecho, esos instrumentos sí crean algunas obligaciones para estos últimos, pero son obligaciones de diferente naturaleza. Del mismo modo, en el Acuerdo de París es la naturaleza de las obligaciones entre los Estados la que es diferente: se tiene en cuenta el concepto de responsabilidades comunes pero diferenciadas cuando los Estados establecen sus contribuciones determinadas a nivel nacional.

94. El PRESIDENTE dice que la Comisión toma decisiones por consenso. Por ello, no puede imponer la orientación de las deliberaciones de la Comisión en un sentido u otro, ni tampoco adelantarse a las contribuciones de los miembros a las mismas.

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

[Tema 1 del programa]

95. El Sr. ŠTURMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción sobre el tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados está integrado por el Sr. Kamto, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Kolodkin, el Sr. McRae, el Sr. Murphy, el Sr. Vázquez-Bermúdez y Sir Michael Wood, junto con el Sr. Nolte (Relator Especial) y el Sr. Park (Relator), *ex officio*.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3308ª SESIÓN

Miércoles 1 de junio de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Más tarde: Sr. Georg NOLTE (Vicepresidente)

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, 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. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Protección de la atmósfera (continuación) (A/CN.4/689, cap. II, secc. A, A/CN.4/692, A/CN.4/L.875)

[Tema 8 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del tercer informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/692).

2. El Sr. PARK agradece al Relator Especial la presentación de su tercer informe y le expresa su reconocimiento por haber organizado, el 4 de mayo de 2016, una segunda reunión con científicos que ha permitido a los miembros saber más acerca de la protección de la atmósfera y comprender sus fundamentos científicos. Como observación preliminar, señala que, de conformidad con el programa de trabajo detallado en el párrafo 79 del segundo informe²³⁶, el tercer informe está dedicado al análisis de los principios fundamentales del derecho internacional del medio ambiente pertinentes para el tema que se examina. También incluye una versión enmendada del proyecto de directriz sobre la obligación de proteger la atmósfera, cuyo examen decidió aplazar la Comisión en su 67º período de sesiones, así como un gran número de referencias a instrumentos internacionales y a la jurisprudencia que permiten estudiar la cuestión en mayor profundidad.

3. Como lo demuestra, en particular, el fenómeno que sufre Asia nororiental de las tormentas de arena amarilla que transportan partículas finas en suspensión, la contaminación atmosférica transfronteriza y la degradación atmosférica global tienen una importancia fundamental para todas las personas y todos los Estados. Por tanto, el tema del que se ocupa el Relator Especial es oportuno para la comunidad internacional y la Comisión deberá tratar de elaborar proyectos de directriz pertinentes y apropiados que cuenten con el apoyo del mayor número posible de Estados. No obstante, el orador sigue dudando de que el tema revista características particulares que lo distinguen claramente de otros temas

* Reanudación de los trabajos de la 3304ª sesión.

²³⁶ *Anuario...* 2015, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/681, pág. 227.