

los pronunciamientos de los órganos creados en virtud de tratados. Por tanto, es un problema de fondo.

108. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que intentará tener en cuenta las opiniones expresadas, pero que la Comisión no debe tratar de volver sobre su decisión anterior acerca de los motivos para aprobar una cláusula «sin perjuicio».

109. El PRESIDENTE dice que la Comisión podrá debatir todas las cuestiones de fondo suscitadas una vez que tenga ante sí un nuevo proyecto de los párrafos 24 a 36 del comentario.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

### 3338ª SESIÓN

*Viernes 5 de agosto de 2016, a las 15.00 horas*

*Presidente:* Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

*Miembros presentes:* Sr. Caffisch, Sr. Candiotti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

#### Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones (continuación)

**CAPÍTULO VI. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (continuación)** (A/CN.4/L.884 y Add.1 y 2)

**C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados por la Comisión en primera lectura (continuación)**

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE CONCLUSIÓN Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES (continuación)

1. El PRESIDENTE recuerda que, en la sesión anterior, durante el examen y la aprobación del capítulo VI del proyecto de informe de la Comisión, algunos miembros no pudieron intervenir, por falta de tiempo, en el minidebate que tuvo lugar sobre el comentario al párrafo 4 del proyecto de conclusión 13 [12] y los invita a hacer uso de la palabra.

Documento A/CN.4/L.884/Add.2

*Comentario al proyecto de conclusión 13 [12] (Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de los tratados) (continuación)*

Párrafo 4 (continuación)

2. El Sr. PARK desea que, cuando elabore una versión abreviada del comentario al párrafo 4 del proyecto

de conclusión 13 [12], el Relator Especial conserve el contenido de los párrafos 23, 26 y 28 del documento A/CN.4/L.884/Add.2, relativos a los tribunales y cortes regionales de derechos humanos, los tribunales nacionales y la doctrina, respectivamente.

**CAPÍTULO V. Identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/L.883 y Add.1)**

3. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que procedan a aprobar la parte del capítulo V del proyecto de informe que figura en el documento A/CN.4/L.883 y Add.1, párrafo por párrafo.

Documento A/CN.4/L.883

#### A. Introducción

Párrafos 1 a 4

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.*

*Queda aprobada la sección A.*

#### B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 5 a 9

*Quedan aprobados los párrafos 5 a 9.*

Párrafos 10 a 12

4. El PRESIDENTE dice que los párrafos 10 a 12 deben completarse, por lo que se aprobarán posteriormente.

**C. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobado por la Comisión en primera lectura**

1. TEXTO DEL PROYECTO DE CONCLUSIONES

Párrafo 13

*Queda aprobado el párrafo 13.*

Documento A/CN.4/L.883/Add.1

2. TEXTO DEL PROYECTO DE CONCLUSIONES CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

5. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente los proyectos de comentario.

6. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que los proyectos de comentario son relativamente breves, sobre todo para que el público al que van destinados, que incluye lectores no especialistas en derecho internacional, magistrados que a menudo están muy ocupados y profesionales del derecho privado, pueda leerlos en su totalidad. A este respecto, señala que, esa misma mañana, el Tribunal Superior de Inglaterra ha dictado un fallo en el que cita algunos de los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción. Asimismo, desea dar las gracias al Sr. Vázquez-Bermúdez por haber presidido el Grupo de Trabajo sobre el tema, ya que su labor ha sido muy útil y sus observaciones le han ayudado a revisar sus proyectos de comentarios.

## Comentario general

## Párrafo 1

7. El Sr. NOLTE dice que las palabras «Leído conjuntamente con los comentarios», con que comienza la segunda oración del párrafo 1, son inusuales y pueden dar la impresión de que la Comisión tiene la intención de atribuir a los comentarios a los proyectos de conclusión sobre el tema una importancia especial y un rango diferente del otorgado a los comentarios relativos a los proyectos de conclusión o de artículo sobre otros temas. Por lo tanto, propone que se supriman.

8. Sir Michael WOOD (Relator Especial) se muestra reacio a aceptar la supresión de esas palabras. Recuerda que la Comisión ha debatido ampliamente sobre la forma de lograr que los lectores de las conclusiones lean también los comentarios, habida cuenta de que ambas cosas constituyen un todo. Dado que algunos de los destinatarios de los proyectos de conclusión no son especialistas en derecho internacional, es preciso señalar lo más claramente posible que el proyecto de conclusiones debe leerse conjuntamente con los comentarios, lo cual no significa que esos comentarios tengan un rango diferente al de los comentarios a los proyectos de artículo o de conclusión sobre otros temas.

9. El Sr. NOLTE señala que lo que acaba de decir Sir Michael Wood para justificar esa mención concreta en el párrafo también se aplica a los comentarios relativos a los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, que la Comisión ha indicado que no solo están destinados a los Estados, sino también a los tribunales nacionales y a cualquier lector que deba interpretar tratados. Si ese es el criterio, deberían incluirse esas palabras en el comentario a esos proyectos de conclusión.

10. El Sr. MURASE dice que no comprende el sentido de las palabras «determinación» e «identificación». ¿Implican esos términos la interpretación y aplicación de las normas, o un ejercicio intelectual encaminado a determinar su existencia y contenido? Convendría que, como mínimo, la Comisión explicara qué entiende por «determinación» e «identificación» en una nota de pie de página.

11. El Sr. PARK suscribe la observación del Sr. Murase y pregunta si, en la versión en inglés, las palabras «*identification*» y «*determination*» pueden utilizarse indistintamente. Destaca además que las palabras «y del derecho internacional consuetudinario en general» que figuran al final del párrafo 1 fueron objeto de un intenso debate en el Grupo de Trabajo porque algunos miembros no entendían su sentido, y cuestiona la conveniencia de mantenerlas.

12. El Sr. MURPHY, en referencia a la observación del Sr. Murase y el Sr. Park, señala a la atención de la Comisión el párrafo 2 del comentario al proyecto de conclusión 1, cuya tercera oración, que no se aplica al texto en francés, dice lo siguiente: «En los proyectos de conclusión y los comentarios se utilizan indistintamente los términos “identificar” y “determinar”». Las palabras «Leído conjuntamente con los comentarios» son útiles, en particular al tratarse de un proyecto de conclusiones, y no de artículos. El orador no se opone a que figuren

en el comentario al proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Además, por razones de forma, propone sustituir las palabras «Se trata de una cuestión que» por «Esta cuestión» al comienzo de la tercera oración del párrafo.

13. El Sr. PETRIČ dice que las palabras «Leído conjuntamente con los comentarios» pueden ser superfluas porque todos los textos aprobados por la Comisión deben leerse conjuntamente con los comentarios correspondientes, pero no se opone a que se mantengan. Esas palabras podrían, en efecto, incluirse en los comentarios relativos a los textos aprobados por la Comisión sobre todos los temas de que se ocupa. Tal vez podría encontrarse una formulación mejor para no dar la impresión de que la Comisión les otorga particular importancia. En cuanto al sentido de las palabras «determinar» o «identificar», la segunda oración del párrafo 1 indica claramente que se trata de determinar «la existencia (o no) de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido», por lo que no hace falta una nota de pie de página.

14. El Sr. McRAE, apoyado por el Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, dice que las palabras «Leído conjuntamente con los comentarios» podrían incluirse en los comentarios relativos a todos los textos que la Comisión apruebe, puesto que todos los miembros están de acuerdo en que esos textos siempre deben leerse junto con los comentarios correspondientes. Por ello, apoya la propuesta del Sr. Nolte de incluirlas en el comentario al proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

15. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ está de acuerdo con los argumentos esgrimidos a favor de mantener las palabras «Leído conjuntamente con los comentarios» en la segunda oración del párrafo 1. En cambio, y a menos que se trate de un problema de traducción, se deben suprimir las palabras «y del derecho internacional consuetudinario en general» al final del párrafo, que dan a entender que la Comisión cuestiona la credibilidad del derecho internacional consuetudinario y que, por tanto, considera que su labor puede reforzar esa credibilidad en general.

16. El Sr. NOLTE cree entender que los miembros de la Comisión convienen en que la expresión «Leído conjuntamente con los comentarios» se incluya en los comentarios de los textos aprobados por la Comisión sobre otros temas, y desea que ello conste en acta.

17. El Sr. KAMTO dice que es una cuestión de principio sobre la práctica de la Comisión. Si bien es evidente que los proyectos de texto siempre deben leerse conjuntamente con los comentarios, la Comisión no tiene por costumbre indicarlo y, cuando lo hace, como en este caso, puede dar la impresión de que los comentarios revisten una importancia particular y tienen un rango especial respecto de los aprobados sobre otros temas.

18. El Sr. MURASE dice que ya había tomado nota de la oración mencionada por el Sr. Murphy sobre los términos «identificar» y «determinar», pero que afirmar que unos términos se utilizan indistintamente no equivale a definirlos, y considera que esa falta de definición puede

plantear problemas, por ejemplo en relación con el proyecto de conclusión 15 sobre el objeto persistente. Por consiguiente, reitera su propuesta de definir esos términos en una nota de pie de página.

19. Sir Michael WOOD (Relator Especial) considera útiles las palabras «Leído conjuntamente con los comentarios» y, por lo tanto, propone mantenerlas si la mayoría de los miembros no se opone, en el entendimiento de que esa misma fórmula podría insertarse en los comentarios a otros proyectos de texto.

20. Con respecto a la observación de los Sres. Murase y Park, cree que, si se leen todos los proyectos de conclusión y los comentarios, queda bastante claro qué se entiende por identificación y determinación. Hubo un debate sobre esos términos cuando se modificó el título, la palabra «determinación» figura en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el párrafo 2 del comentario al proyecto de conclusión 1 indica claramente que los términos «identificar» y «determinar» se utilizan indistintamente. En cuanto a la interpretación —si es que puede hablarse de interpretar el derecho internacional consuetudinario—, la determinación de la existencia o no de una norma y su contenido detallado puede equivaler a una interpretación. Si la falta de definición resulta problemática en lo que respecta al comentario al proyecto de conclusión 15, la Comisión resolverá ese problema cuando examine dicho comentario y, de ser necesario, podrá reconsiderar la cuestión.

21. Con respecto a la observación de la Sra. Escobar Hernández, el orador indica que se trataba precisamente de decir, en la última oración del párrafo 1, que un sólido método de identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario da credibilidad a la decisión en cuestión, pero también al derecho internacional consuetudinario en general, ya que a menudo ese derecho es criticado, en particular por cierta doctrina, por ser considerado incierto, vago o poco claro. No obstante, reconoce que, al expresarse en esos términos, la Comisión puede parecer presuntuosa, por lo que propone que se supriman esas palabras.

*Así queda acordado.*

22. El Sr. MURPHY dice que la palabra «decisión», que ahora ocupa el penúltimo lugar de la última oración del párrafo 1, no es clara y propone que se sustituya por «determinación».

*Así queda acordado.*

23. El Sr. KAMTO propone que, a fin de responder a las diversas preocupaciones planteadas en relación con el inicio de la segunda oración del párrafo 1, esta se modifique para que diga: «Leído conjuntamente con los comentarios, como siempre con los trabajos de la Comisión, trata de...».

24. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que esa adición no resulta elegante en inglés.

25. El Sr. NOLTE propone traducir las palabras «como siempre con los trabajos de la Comisión» («*comme il se*

*doit pour les travaux de la Commission*») por «*as it is usually the case with the work of the Commission*».

26. El Sr. McRAE dice que es preferible utilizar la expresión «*as it is always the case*», puesto que la palabra «*usually*» se presta a confusión.

27. Sir Michael WOOD (Relator Especial) propone dividir la segunda oración del párrafo 1 en dos: «Trata de ofrecer orientaciones prácticas sobre la forma de determinar la existencia (o no) de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido. Debe leerse conjuntamente con los comentarios, como siempre con los trabajos de la Comisión».

*Así queda acordado.*

Párrafo 2

28. El Sr. MURASE dice que es importante destacar el carácter vinculante del derecho internacional y, a tal efecto, propone que se añadan, al final de la primera oración, las palabras «precisamente porque es vinculante para todos los Estados».

29. El Sr. PARK considera que la palabra «descentralizado» utilizada en la segunda oración en referencia al sistema jurídico internacional da una impresión negativa de fragmentación y debería suprimirse. Además, en la misma oración, convendría sustituir el adjetivo «dinámico» por «eficaz».

30. El Sr. MURPHY dice que no se puede afirmar que el derecho internacional consuetudinario es vinculante para todos los Estados porque las normas consuetudinarias regionales, por ejemplo, no lo son. Por consiguiente, propone que la adición propuesta por el Sr. Murase se modifique para que diga «que es vinculante para los Estados». También señala que, en la versión en inglés, las palabras «*and intercourse*» no son adecuadas y deberían suprimirse.

31. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que, como el derecho internacional consuetudinario es «una importante fuente del derecho internacional público», resulta evidente que es vinculante y no es necesario subrayarlo. Si bien el Sr. Murphy tiene razón al decir que no se puede afirmar que el derecho internacional consuetudinario es vinculante para todos los Estados, ya que existen normas consuetudinarias regionales o particulares, la solución que propone tampoco es adecuada porque los Estados no son los únicos sujetos de derecho internacional obligados por el derecho internacional consuetudinario.

32. El Sr. KITTICHAISAREE dice que no tiene sentido mencionar el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario en el párrafo 2 porque es algo que se explica claramente más adelante en el comentario.

33. Sir Michael WOOD (Relator Especial) propone, a la luz de las observaciones formuladas, aprobar la sustitución de «un sistema jurídico internacional descentralizado» por «el sistema jurídico internacional» y de «dinámico» por «eficaz», y la supresión de las palabras «y las relaciones entre ellos». En cuanto a la propuesta

del Sr. Murase sobre el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario, cree que ese aspecto se aborda debidamente en el comentario al proyecto de conclusión sobre la norma del objetor persistente y que, por tanto, no es necesario ni oportuno mencionarlo en el comentario general.

*Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada.*

Párrafo 3

34. El Sr. TLADI propone sustituir, en la última oración, «proceso consuetudinario» por «proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario».

*Queda aprobado el párrafo 3 en su forma enmendada.*

Párrafo 4

*Queda aprobado el párrafo 4.*

PRIMERA PARTE. INTRODUCCIÓN

Párrafo introductorio

*Queda aprobado el párrafo introductorio de la primera parte.*

Comentario al proyecto de conclusión 1 (Alcance)

Párrafo 1

35. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propone que se suprima el adjetivo «jurídica» en la segunda oración porque, si bien es evidente que la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario requiere un análisis jurídico, no por ello se debe hablar de metodología jurídica.

36. El Sr. FORTEAU señala que la regla de los dos elementos utilizada para determinar la existencia de una norma consuetudinaria es una regla jurídica, y propone una solución de avenencia que diga lo siguiente: «[el proyecto de conclusión 1 trata] de la metodología y las normas para llevar a cabo tal ejercicio».

37. El Sr. HMOUD apoya la propuesta del Sr. Forteau.

38. Sir Michael WOOD (Relator Especial) considera que el adjetivo «jurídica» es superfluo y debería suprimirse. Si bien cree que la propuesta del Sr. Forteau es interesante, prefiere evitar el término «normas» porque puede prestarse a controversia en el contexto del proyecto de conclusiones, que desde el principio se le ha recordado que no debía ser demasiado prescriptivo.

39. El Sr. FORTEAU cree, por el contrario, que el término «normas» es perfectamente acorde con el contenido de los proyectos de conclusión, algunos de los cuales tienen, sin lugar a dudas, carácter prescriptivo. Además, la práctica y la *opinio iuris* son normas jurídicas. Si no se inserta el término «normas», será necesario mantener el adjetivo «jurídica» para reflejar el hecho de que el proyecto de conclusiones no es una mera guía práctica para la identificación del derecho internacional consuetudinario, sino que contiene un conjunto de requisitos jurídicos, y corregir la versión en francés, en que la palabra inglesa «methodology» se ha traducido inoportunamente por «moyens» en lugar de «méthode».

40. El Sr. NOLTE también es partidario de mantener el adjetivo «jurídica» en la medida en que la labor sobre el tema tiene el único propósito de definir la metodología y las normas jurídicas que deben utilizarse para identificar el derecho internacional consuetudinario.

41. El Sr. KAMTO dice que no se debe confundir la metodología jurídica, que puede ser analítica, exegética o de otra índole, con la metodología en general. Ahora bien, en este caso de lo que se habla es de metodología, es decir, de la forma de proceder para determinar la existencia y el contenido de una norma consuetudinaria. Sin duda, esta metodología puede implicar la aplicación de normas jurídicas, en este caso la de que exista una práctica generalmente aceptada como derecho, pero no es jurídica como tal. Así, lo más fácil sería suprimir el adjetivo «jurídica», como ha propuesto el Relator Especial.

42. El Sr. PETRIČ dice que, si el proyecto de conclusiones debe leerse conjuntamente con los comentarios, lo contrario también es cierto. No obstante, dado que el proyecto de conclusión 1 no ofrece ninguna aclaración sobre la metodología que es preciso seguir para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario, es importante indicar de un modo u otro en el comentario, a fin de evitar toda especulación, que esa metodología requiere la aplicación de normas jurídicas.

43. El Sr. McRAE dice que el texto de partida es perfectamente correcto y que no es necesario embarcarse en un debate sobre si el proyecto de conclusiones enuncia normas o no. Así pues, propone que se mantenga la redacción actual, con una ligera modificación al final de la oración para que diga lo siguiente: «trata [...] de la metodología jurídica para llevar a cabo tal ejercicio».

*Queda aprobado el párrafo 1 en su forma enmendada.*

Párrafo 2

44. El Sr. MURPHY dice que la tercera oración del texto en inglés no guarda relación alguna con el resto del párrafo, que se refiere a las diversas expresiones utilizadas para designar el derecho internacional consuetudinario, y debería trasladarse al inicio del párrafo 3. También propone añadir, en la última oración, las palabras «de derecho» después de «principios» para reflejar más claramente la idea de que, como se desprende de los ejemplos mencionados en la nota a pie de página, a veces se confunden los conceptos de normas del derecho internacional consuetudinario y de principios de derecho.

45. El Sr. MURASE apoya la propuesta del Sr. Murphy de trasladar la tercera oración al siguiente párrafo del comentario y propone incluir, además de «determine» e «identify», el verbo «ascertain», que también aparece en otros proyectos de conclusión.

46. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que la última oración debería suprimirse porque la equivalencia que establece entre las normas de derecho internacional consuetudinario y los principios no se corresponde con la definición de las categorías de normas del derecho internacional.

47. El Sr. ŠTURMA, si bien también tiene reservas con respecto a la última oración, no considera necesario suprimirla porque las palabras «a veces» indican que no se trata de una afirmación categórica. Propone que, después de «principios», se inserten las palabras «de derecho internacional», en lugar de «de derecho» como propone el Sr. Murphy, para evitar todo riesgo de confusión con los principios generales del derecho.

48. Sir Michael WOOD (Relator Especial) aprueba la propuesta de trasladar la tercera oración del texto en inglés al comienzo del párrafo 3. Con sujeción a las verificaciones que sean necesarias en el conjunto del texto, considera preferible no mencionar en esta oración la palabra «ascertain», como propone el Sr. Murase, porque, contrariamente a «identify» o «determine», ese verbo no se utiliza en el sentido de determinar normas de derecho internacional consuetudinario, sino de verificar la existencia de una práctica general o una *opinio iuris*. En cuanto a la última oración, recuerda que se ha añadido para tener en cuenta las preocupaciones expresadas por el Sr. Petrič, que deseaba que se indicara claramente que, cuando el Comité hablaba de «normas», también podía referirse a principios. Por lo tanto, sería preferible conservarla, añadiendo después de «principios» las palabras «de derecho internacional consuetudinario» para evitar toda ambigüedad sobre el tipo de principios de que se trata.

49. El Sr. FORTEAU dice que no se debería añadir nada sin haber verificado que en la jurisprudencia citada en la nota se hace realmente referencia a principios de derecho internacional consuetudinario, cosa que duda.

50. El Sr. NOLTE dice que la oración en cuestión no contiene una disposición sustantiva, sino una simple explicación terminológica, a saber, que, a los efectos del tema, el término «normas» también puede designar principios. Por consiguiente, no hay razón para modificarla.

51. El Sr. MURPHY sostiene que sería útil añadir «de derecho» después de «principios» a fin de reflejar el hecho de que, en algunos casos, se hace referencia a normas de derecho internacional consuetudinario para designar principios de derecho o de derecho internacional, como se desprende de la jurisprudencia citada en la nota.

52. El Sr. NOLTE dice que la propuesta del Sr. Murphy le parece aceptable en la medida en que no limita el alcance del término «principios» a una categoría específica.

53. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que el texto actual le parece apropiado, pero que no se opone a la adición propuesta por el Sr. Murphy.

54. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que, dado que no se trata precisamente de distinguir entre las diferentes categorías de principios, la formulación actual, en la que solo la palabra «principios» aparece entre comillas, es la más adecuada.

55. El Sr. NOLTE propone que, a fin de conciliar la decisión del Relator Especial con la opinión del Sr. Vázquez-Bermúdez, se añadan las palabras «de derecho» entre paréntesis y sin comillas.

56. El Sr. MURPHY no ve necesarios los paréntesis pero, si el Sr. Vázquez-Bermúdez insiste, no se opondrá.

57. Sir Michael WOOD (Relator Especial), resumiendo los cambios acordados para el párrafo 2, dice que la tercera oración se trasladará al comienzo del párrafo 3 y que las palabras «de derecho» se añadirán entre paréntesis después de «principios».

*Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada.*

Párrafo 3

*Queda aprobado el párrafo 3 con la enmienda mencionada, a saber, la inserción de la tercera oración del párrafo 2.*

Párrafo 4

*Queda aprobado el párrafo 4.*

Párrafo 5

58. El Sr. TLADI propone suprimir, después de las palabras «*ius cogens*», la última parte de la cuarta oración, cuyo contenido plantea muchas cuestiones distintas de la naturaleza *erga omnes* de determinadas normas.

59. El Sr. FORTEAU dice que, si se mantiene esa parte de la oración, habrá que sustituir la palabra «normas» por «obligaciones».

60. El Sr. NOLTE hace suya la propuesta del Sr. Tladi, pero cortaría la tercera oración después de las palabras «*distinct issues or questions*».

61. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propone que se supriman las palabras «una cuestión que se rige por el derecho interno» en la última oración, ya que se prestan a confusión.

62. Sir Michael WOOD (Relator Especial) aprueba las propuestas de los Sres. Forteau y Vázquez-Bermúdez. Con respecto a las propuestas de los Sres. Tladi y Nolte, considera preferible suprimir las palabras «cuya identificación plantea cuestiones o problemas específicos», de manera que la tercera oración diga: «En tercer lugar, los proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de la jerarquía entre las normas de derecho internacional, en particular en el caso de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), o de las cuestiones relativas a la naturaleza *erga omnes* de determinadas obligaciones».

*Queda aprobado el párrafo 5 en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al proyecto de conclusión 1 en su forma enmendada.*

SEGUNDA PARTE. ENFOQUE BÁSICO

Párrafo introductorio

*Queda aprobado el párrafo introductorio de la segunda parte.*

Comentario al proyecto de conclusión 2 (Dos elementos constitutivos)

Párrafo 1

63. El Sr. MURPHY dice que las palabras «y, en algunos casos, las organizaciones internacionales» que figuran

entre paréntesis en la segunda oración podrían suprimirse porque, en el párrafo 3 del comentario al proyecto de conclusión 4, el Relator Especial aclara que «las referencias en los proyectos de conclusión y sus comentarios a la práctica de los Estados deben interpretarse en el sentido de que incluyen, en los casos en que sea pertinente, la práctica de las organizaciones internacionales». Lo mismo cabe decir del primer paréntesis —«y/u organizaciones internacionales, en su caso»— que figura en la penúltima oración del párrafo 2. También se podría suprimir el final de la primera oración de la primera nota de pie de página, en que se indica que «[s]e ha mantenido la expresión latina [*opinio iuris*] [...] porque puede considerarse que capta la naturaleza de este elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario como una cuestión de opinión jurídica y no de consentimiento», porque puede confundir al lector.

64. El Sr. NOLTE dice que la nota se refiere a una cuestión muy importante, a saber, la razón que llevó a la Comisión a añadir la expresión «*opinio iuris*» a las palabras «aceptada como derecho». De hecho, es necesario aclarar cualquier malentendido acerca del concepto de aceptación e indicar claramente que es la convicción jurídica de que una práctica general constituye una norma de derecho internacional consuetudinario. Además, es lamentable que una cuestión tan importante quede relegada a una nota de pie de página, y las palabras «como una cuestión de opinión jurídica y no de consentimiento», que el Sr. Murphy desea suprimir, son, de hecho, esenciales. A fin de reflejar mejor ese aspecto, se debería invertir el orden de los dos elementos de la explicación, ya que el segundo (la primacía de la opinión jurídica sobre el consentimiento) es más importante que el primero (la prevalencia en el discurso jurídico). Por último, el orador no cree que se considere que la expresión «*opinio iuris sive necessitatis*» no tiene un sentido muy diferente de la «*opinio iuris*» como se señala en la segunda oración de la nota, que sería preferible suprimir para no generar un debate excesivo.

65. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ apoya las observaciones y propuestas del Sr. Nolte.

66. El Sr. McRAE hace suyas esas observaciones y dice que se debe expresar claramente la idea de que no es una cuestión de consentimiento, sino de aceptación. No obstante, desea mantener el orden de los elementos de la explicación y, a fin de poner de relieve el segundo elemento, propone que se modifique la oración sustituyendo «tanto» por «no solo» y «como» por «sino también».

67. El Sr. MURPHY apoya la propuesta del Sr. Nolte de invertir el orden de los dos elementos de la explicación. Duda, no obstante, de que el consentimiento pueda disociarse totalmente de la aceptación. En su opinión, cuando un Estado acepta reconocer que una práctica determinada es jurídicamente vinculante, consiente en reconocerla como tal.

68. El Sr. FORTEAU propone que, para aclarar este aspecto, se modifique del siguiente modo el final de la primera oración de la nota 7, después de las palabras «sino también»: «porque puede captar mejor la naturaleza particular de este elemento subjetivo del derecho

internacional consuetudinario como referencia a la convicción jurídica y no al consentimiento formal».

69. El Sr. HMOUD apoya esa propuesta y señala además que, en la versión en árabe, la expresión «*opinio iuris*» se ha traducido de manera extraña y que deberían revisarse las versiones del proyecto en árabe, chino y ruso para asegurarse de que se ha traducido correctamente a esos idiomas.

70. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ apoya la propuesta del Sr. Forteau. No obstante, se debería suprimir la palabra «formal» para no dar a entender que existen formas de consentimiento informales.

71. El Sr. KAMTO reconoce que es importante proporcionar aclaraciones sobre el concepto de *opinio iuris*, pero que no hay que olvidar que figura entre paréntesis y que simplemente tiene por objeto aclarar el sentido de la expresión «aceptada como derecho». En su opinión, lo primero que hay que explicar en el comentario es el concepto de aceptación.

*La sesión se suspende a las 16.50 horas para que el Relator Especial pueda celebrar consultas con los miembros interesados con miras a elaborar una versión modificada del texto, y se reanuda a las 17.10 horas.*

72. Sir Michael WOOD (Relator Especial) da lectura a la primera oración de la nota, que ha modificado teniendo en cuenta las propuestas de los miembros: «Se ha mantenido la expresión latina junto con “aceptación como derecho” no solo por su prevalencia en el discurso jurídico, incluido el uso de términos sinónimos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, sino también porque puede captar mejor la naturaleza particular de este elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario como referencia a la convicción jurídica y no al consentimiento formal».

73. El Sr. NOLTE apoya la nueva redacción.

74. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ también apoya la nueva versión de la nota, pero sigue convencido de que habría que suprimir la palabra «formal» porque el lector puede entender que, si es formal, el consentimiento debe manifestarse mediante el depósito de un instrumento de ratificación.

75. El Sr. HMOUD considera que la palabra «formal» debe figurar en la oración como elemento de comparación.

76. El Sr. FORTEAU suscribe esa observación y propone que, para responder a la preocupación expresada por el Sr. Vázquez-Bermúdez, se modifique el final de la nueva versión de la nota en francés sustituyendo las palabras «*plutôt qu'*» por las palabras «*et non*», que ponen de relieve la convicción jurídica.

77. Sir Michael WOOD (Relator Especial) acoge con agrado la propuesta y dice que, en la versión en inglés, «*rather than*» se sustituirá por «*and not to*».

78. El Sr. SABOIA desea saber si se ha aceptado la propuesta, que él apoya, de suprimir la segunda oración de la nota.

79. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que, aunque para él esta oración es importante, está dispuesto a tener en cuenta los deseos de los Sres. Nolte y Saboia. Aclara que también acepta la propuesta del Sr. Murphy de suprimir las referencias a las organizaciones internacionales entre paréntesis en los párrafos 1 y 2.

*Queda aprobado el párrafo 1 en su forma enmendada.*

Párrafo 2

80. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propone añadir al final de la última oración, después de las palabras «aceptada como derecho», las palabras «acompañada de la *opinio iuris*» entre paréntesis.

81. Sir Michael WOOD (Relator Especial) suscribe la propuesta y dice que no ha mencionado sistemáticamente la *opinio iuris* cada vez que aparece la expresión «aceptada como derecho» para no recargar el texto. Conforme a lo solicitado por el Sr. Murphy, se suprimirá la referencia a las organizaciones internacionales.

*Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada.*

Párrafos 3 y 4

*Quedan aprobados los párrafos 3 y 4.*

Párrafo 5

82. El Sr. MURPHY propone que, en la primera oración, la expresión «a veces» se sustituya por «a menudo». En efecto, considera que el enfoque basado en dos elementos se califica a menudo de inductivo, y a veces solo de deductivo. También desea que se suprima el final de la última oración («o al examinar posibles normas de derecho internacional consuetudinario que forman parte de un “régimen indivisible”») y que se traslade el texto de la segunda nota a la primera nota del párrafo, con la que guarda una clara relación. De hecho, ese texto no refleja todas las etapas del razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a la *Controversia territorial y delimitación marítima (Nicaragua c. Colombia)*. En ese fallo, la Corte resolvió que, cuando dos normas generales A y B tenían carácter consuetudinario y una tercera las relacionaba, el vínculo que esta creaba entre aquellas le confería carácter consuetudinario también, lo que hacía que las tres normas constituyeran un régimen indivisible.

83. El Sr. NOLTE observa que en el párrafo no se hace referencia a un importante tipo de enfoque deductivo mencionado por él durante el examen del cuarto informe (A/CN.4/695 y Add.1), consistente en tomar en consideración los principios generales del derecho o los principios del derecho internacional para la identificación del derecho internacional consuetudinario. En su opinión, se debería colmar esa laguna.

84. El Sr. MURASE no está convencido de que sea necesario introducir el concepto de «principios generales del derecho» ni de «principios del derecho internacional» en el contexto del enfoque deductivo. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, a la que podría dedicarse una nota, la Corte aplicó el enfoque deductivo, y no el inductivo.

85. Sir Michael WOOD (Relator Especial) no considera apropiado sustituir «a veces» por «a menudo» en la primera frase del párrafo 5 porque, en general, solo unos pocos autores califican el enfoque basado en dos elementos de «inductivo» o de «deductivo». No obstante, no ve inconveniente en que se introduzca esa modificación si la Comisión está de acuerdo con el Sr. Murphy.

86. En cuanto a la supresión del final de la última oración («o al examinar posibles normas de derecho internacional consuetudinario que forman parte de un “régimen indivisible”»), el orador señala que añadió esas palabras a propuesta de un miembro. Se trataba de referirse a un caso como el del artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que es un buen ejemplo de enfoque deductivo. En efecto, se concluyó que el párrafo 3 del artículo 121, relativo a las rocas, era una norma de derecho consuetudinario porque los párrafos 1 y 2 del mismo artículo, titulado «Régimen de las islas», ya formaban parte del derecho consuetudinario. Por consiguiente, el orador cree que sería preferible mantener esas palabras, pero no se opone a que se supriman, si así lo desea el conjunto de los miembros, ni a que la referencia a la causa *Controversia territorial y delimitación marítima* se traslade de la segunda a la primera nota del párrafo.

87. Con respecto a la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los «principios generales del derecho» mencionados en el Artículo 38, párrafo 1 c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es algo que debería ser objeto de un examen separado. La propuesta del Sr. Nolte tiene por objeto introducir el concepto de «principios del derecho internacional», y no de «principios generales del derecho», aunque parece algo arriesgado decir que, en virtud de un razonamiento deductivo, se puede determinar la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario sobre la base de los principios del derecho internacional. En la siguiente oración se hace referencia a un enfoque deductivo relativamente similar —del que puede verse un ejemplo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*— consistente en establecer normas específicas de derecho internacional consuetudinario sobre la base de normas más generales de derecho internacional consuetudinario, pero la propuesta del Sr. Nolte va aún más lejos. En este momento, el orador se muestra muy renuente a introducir un concepto que plantea una cuestión teórica muy controvertida. En su opinión, sería preferible mantener el texto actual del párrafo 5, sustituyendo simplemente «a veces» por «a menudo». Tampoco le parece oportuno citar la causa relativa al *Golfo de Maine*, como ha propuesto el Sr. Murase.

88. El Sr. NOLTE dice que determinar la medida en que se deben, o deberían, tener en cuenta los principios generales del derecho o los principios del derecho internacional para la identificación del derecho internacional consuetudinario es esencial para el tema y es una cuestión que no se aborda en los comentarios.

89. El Sr. MURPHY dice que, en cualquier caso, la expresión «en particular» deja la puerta abierta a otros tipos de enfoques deductivos. Las palabras que propone suprimir en la última oración del párrafo 5 sugieren que,

cuando se determina que una norma A y una norma B forman parte del derecho internacional consuetudinario, se puede concluir que forman un régimen indivisible y, por consiguiente, que la norma C que también forma parte de ese régimen indivisible debe constituir asimismo derecho internacional consuetudinario. No obstante, ese no es el enfoque adoptado por la Corte Internacional de Justicia en la causa que se cita. En efecto, la Corte dictaminó que las normas A y B pertenecían al derecho internacional consuetudinario; que la norma C, por su propia naturaleza, establecía un vínculo entre ambas; y que, por lo tanto, esta también debía formar parte del derecho internacional consuetudinario. Sobre la base de ese razonamiento, la Corte concluyó que las tres disposiciones formaban un régimen indivisible. Se trata de determinar en qué momento se establece que las disposiciones en cuestión constituyen un régimen indivisible. En este caso, el razonamiento de la Corte ilustra mejor el enfoque deductivo a que se hace referencia en la nota. Si bien es cierto que la última parte de la oración se refiere al artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el orador considera que, desde el punto de vista metodológico, resulta algo confusa.

90. El Sr. FORTEAU dice que sería preferible mantener el final del párrafo 5 suprimiendo la palabra «consuetudinario», lo que se correspondería con el análisis que ha hecho el Sr. Murphy del razonamiento de la Corte Internacional de Justicia.

91. El Sr. MURPHY dice que sería útil suprimir la palabra «consuetudinario», pero que, para ser realmente precisos, la oración debería decir «o al concluir que posibles normas de derecho internacional forman parte de un ‘régimen indivisible’». En efecto, la Corte no determinó la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario porque las normas en cuestión formaran parte de un régimen indivisible. Si la Comisión desea mantener esas palabras, se debería reformular el texto como se indica.

*Se acepta la última propuesta del Sr. Murphy.*

*Queda aprobado el párrafo 5 en su forma enmendada.*

Párrafo 6

92. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propone añadir «(acompañada de la *opinio iuris*)» después de «aceptada como derecho» en la última línea del párrafo.

*Queda aprobado el párrafo 6 en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al proyecto de conclusión 2 en su forma enmendada.*

*Comentario al proyecto de conclusión 3 (Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos)*

Párrafo 1

93. El Sr. MURPHY cuestiona la utilidad de mantener la palabra «dinámico» en la última oración.

94. El Sr. NOLTE preferiría mantener la palabra «dinámico», pero desearía sustituir «carácter dinámico de la costumbre» por «carácter dinámico del derecho internacional consuetudinario».

95. El Sr. SABOIA está de acuerdo con el Sr. Nolte con respecto a la palabra «dinámico». El derecho internacional consuetudinario es fundamentalmente dinámico y flexible. El derecho del mar, en particular, ha evolucionado en apenas unos decenios.

*Queda aprobado el párrafo 1 con la enmienda propuesta por el Sr. Nolte.*

Párrafo 2

96. El Sr. PARK observa que, en el texto en inglés, la palabra «*all*» aparece cuatro veces. La expresión «*any and all*», que recarga un tanto el texto, se debería sustituir por «*any*». Del mismo modo, se debe suprimir la palabra «*all*» en la expresión «*in the light of all relevant circumstances*».

97. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que la palabra «*all*» pone de relieve la importancia del párrafo. Si se suprime de la expresión «*any and all*», se debilitaría considerablemente el sentido de la oración. En cambio, sí se podría sustituir por «*the*» en la expresión «*in the light of all relevant circumstances*».

*Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada.*

Párrafo 3

98. El Sr. FORTEAU dice que, fuera de contexto, la última cita que figura en la nota puede dar la impresión de que, a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, solo se deben tener en cuenta la soberanía territorial y la igualdad soberana de los Estados, y propone suprimirla. También desea que se añadan las palabras «en función del contexto» al final de la penúltima oración del párrafo, ya que algunas pruebas pueden revestir particular importancia, no por sí mismas, sino en función del contexto.

99. Sir Michael WOOD (Relator Especial) no se opone a que se suprima la cita. No está convencido de la utilidad de modificar el final de la penúltima oración, pero tampoco se opone. En la versión en inglés, propone añadir la fórmula «*depending on the context*».

*Queda aprobado el párrafo 3 en su forma enmendada.*

Párrafo 4

*Queda aprobado el párrafo 4.*

Párrafo 5

100. El Sr. FORTEAU dice que no se entiende la lógica de la parte del párrafo que figura a continuación de la cita. Debe indicarse una oposición, o al menos un contraste, entre la primera oración y la segunda.

101. El Sr. MURPHY está de acuerdo con el Sr. Forteau y propone que se suprima la palabra «Asimismo» inmediatamente después de la cita.

102. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que, si bien no se opone a la supresión de «Asimismo», no suscribe la propuesta del Sr. Forteau porque las dos



oraciones no se oponen, sino que ambas ilustran la forma en que se debe tener en cuenta la práctica general.

*Queda aprobado el párrafo 5 en su forma enmendada con sujeción a un cambio de redacción de menor importancia en la versión en francés.*

Párrafos 6 y 7

*Quedan aprobados los párrafos 6 y 7.*

Párrafo 8

103. El Sr. NOLTE, apoyado por el Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, dice que, en la segunda oración del párrafo 8, la expresión «en algunos casos» parece indicar que el caso en cuestión sigue siendo muy excepcional, por lo que debería sustituirse por «a veces».

104. El Sr. PETRIČ dice que la expresión «a veces» no mejora en nada la oración, y propone «ocasionalmente».

105. El Sr. FORTEAU propone que la oración se modifique para que diga: «no excluye la posibilidad de que se usen los mismos medios».

106. El Sr. McRAE, apoyado por el Sr. SABOIA, no considera necesaria esa modificación, ya que, al suprimir simplemente la expresión «en algunos casos», se sobreentiende que se trata de una posibilidad.

*Queda aprobado el párrafo 8 con la enmienda propuesta por el Sr. McRae.*

Párrafo 9

107. El Sr. MURPHY cree que convendría sustituir, en la primera parte de la oración, las palabras «los ejemplos de práctica» por «la existencia de una práctica general», suprimir la expresión «para determinar si existe una práctica general» y mantener el resto de la oración hasta los dos puntos sustituyendo estos por un punto. La primera palabra de la segunda oración figuraría con mayúscula inicial.

*Se levanta la sesión a las 18.05 horas.*

### 3339ª SESIÓN

*Lunes 8 de agosto de 2016, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

*Miembros presentes:* Sr. Caffisch, Sr. Candiotti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kittichaisaree, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

### Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO V. *Identificación del derecho internacional consuetudinario (continuación)* (A/CN.4/L.883 y Add.1)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen de la parte del capítulo V del proyecto de informe que figura en el documento A/CN.4/L.883/Add.1.

C. **Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobado por la Comisión en primera lectura (continuación)**

2. TEXTO DEL PROYECTO DE CONCLUSIONES CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES (continuación)

*Comentario al proyecto de conclusión 3 (Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos) (conclusión)*

Párrafo 9 (conclusión)

2. El Sr. MURPHY recuerda las propuestas que había formulado en la sesión anterior de la Comisión: en la versión en inglés, debe sustituirse «*the occurrences of practice are*» por «*the existence of a general practice is*»; debe suprimirse «*when seeking to establish whether a general practice exists*» (para determinar si existe una práctica general) y el párrafo debe dividirse en dos oraciones, de modo que la primera termine en «*is not mandatory*» (no es obligatorio).

3. A Sir Michael WOOD (Relator Especial) le parecen bien esas sugerencias. En respuesta a una pregunta del Sr. SABOIA, dice que el resto del párrafo no cambia.

*Queda aprobado el párrafo 9 en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al proyecto de conclusión 3 con las enmiendas introducidas.*

TERCERA PARTE. UNA PRÁCTICA GENERAL

Párrafo introductorio

4. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ sugiere que, en el segundo fragmento entre paréntesis, se sustituya «la aceptación como derecho» por «*opinio iuris*».

5. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que no está a favor de esa sugerencia. Entiende que se convino limitar el uso de la expresión latina «*opinio iuris*», que ya aparece una vez en el texto introductorio.

*Se aprueba el párrafo introductorio de la tercera parte.*

*Comentario al proyecto de conclusión 4 (Requisito de la práctica)*

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

6. El Sr. ŠTURMA sugiere que se agregue a la nota a pie de página al final de la primera frase una referencia a la labor de la Comisión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

*Queda aprobado el párrafo 2 con la enmienda a la nota a pie de página.*