3150.ª SESIÓN

Jueves 26 de julio de 2012, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Lucius CAFLISCH

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

Cooperación con otros organismos (*conclusión*)

[Tema 12 del programa]

Declaración del Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Mohamad, Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana (AALCO) y lo invita a dirigirse a la Comisión.

2. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) dice que una de las funciones estatutarias de su organización es estudiar los temas de que se ocupa la Comisión y transmitir a esta las opiniones de sus Estados miembros. A lo largo de los años, el cumplimiento de su mandato ha contribuido a forjar una estrecha relación entre ambos organismos, cada uno de los cuales está, además, representado habitualmente en los períodos de sesiones del otro.

3. En el 51.º período de sesiones anual de la AALCO, celebrado en Abuja (Nigeria) del 18 al 22 de junio de 2012, tuvo lugar una reunión especial de medio día de duración destinada a examinar determinados temas del programa de la Comisión. Los temas examinados en la reunión fueron los titulados «Protección de las personas en casos de desastre» e «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado». El ponente de ambos temas fue el Sr. Rohan Perera, exmiembro de la Comisión; el Sr. Djamchid Momtaz, también exmiembro de la Comisión, expuso sus ideas sobre los temas.

4. En su ponencia sobre el tema titulado «Protección de las personas en casos de desastre», el Sr. Perera señaló que la protección de las víctimas de los desastres naturales y el principio fundamental del respeto de la soberanía e integridad territorial se enmarcaban dentro del derecho internacional consuetudinario y del Artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las Naciones Unidas. El ponente resumió los principales aspectos objeto de controversia y consenso dimanantes del examen realizado por la Comisión de los proyectos de artículo 10 a 12 de su texto sobre el tema. Las diferentes opiniones manifestadas parecían coincidir en que el derecho de un Estado afectado a pedir asistencia internacional se vinculaba al deber de los terceros Estados y organizaciones de examinar tales solicitudes, pero no necesariamente de acceder a ellas. La Comisión también subrayó que el derecho de la comunidad internacional a ofrecer asistencia podía conjugarse con el hecho de alentar a que tales ofrecimientos se basasen en el principio de la cooperación y la solidaridad internacionales.

5. En su ponencia sobre el tema titulado «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», el Sr. Perera indicó que el debate de la Comisión se había centrado en tres cuestiones fundamentales: la orientación general del tema, el alcance de la inmunidad y la cuestión de si había excepciones a la inmunidad en caso de graves delitos con arreglo al derecho internacional. El Sr. Perera, después de destacar las opiniones de los Estados durante los debates de la Sexta Comisión, dijo que, en principio, los Estados habían respaldado la idea de la Relatora Especial de enfocar el tema desde el punto de vista de la *lex lata*, pero que, una vez que se hubiesen detectado las deficiencias, la Comisión debería pasar a la siguiente etapa, a saber, la de la perspectiva de la *lex ferenda*.

6. En relación con el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el Sr. Perera destacó que existía un amplio consenso en la Comisión en el sentido de que la troika disfrutaba de inmunidad *ratione personae*. En lo concerniente a otras categorías de funcionarios del Estado, la Comisión había de aventurarse en un terreno desconocido. De lo que se trataba era de establecer un sutil equilibrio entre, por una parte, la necesidad de ampliar, aunque con cautela, las categorías de funcionarios del Estado a las que se había de reconocer la inmunidad jurisdiccional *ratione personae* y, por otra, la necesidad de evitar una ampliación sin cortapisas de tales categorías, lo que podía propiciar un entorno de impunidad so pretexto de la inmunidad.

7. En relación con las excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, el Sr. Perera recordó la opinión de la Relatora Especial de que las excepciones eran únicamente pertinentes en el caso de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial en el contexto de delitos con arreglo al derecho internacional, pero no en el caso de la inmunidad *ratione personae*, que abarcaba los actos realizados a título oficial o personal. Por último, el Sr. Perera dijo que el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, en el que se había señalado que no podía haber un conflicto entre las normas de naturaleza sustantiva y las normas sobre la inmunidad, que eran procesales, tenía claras repercusiones para la labor que estaba realizando la Comisión.

8. El Sr. Momtaz reiteró que era necesario que los Estados miembros de la AALCO respondiesen activamente a las preguntas formuladas por la Comisión. Por ejemplo, el Relator Especial sobre el tema de «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» había preguntado si la base de la práctica de los Estados se encontraba en las obligaciones de los tratados o en las obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario. Otras preguntas relacionadas con la protección en casos de desastre se referían a si los Estados

tenían el deber de ofrecer asistencia y si la obligación de un Estado afectado de aceptar la asistencia se limitaba a la asistencia ofrecida por sujetos de derecho internacional, con lo que se excluía la asistencia de las organizaciones no gubernamentales.

9. Por último, en relación con el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el Sr. Momtaz reiteró que el artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no reconocía inmunidad a ningún Jefe de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores u otros funcionarios de alto rango del Estado y que, en su reciente fallo en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia había insistido en la inmunidad jurisdiccional de los Estados ante los tribunales nacionales.

10. En las deliberaciones que tuvieron lugar durante la reunión especial, las delegaciones de China, Indonesia, el Japón, la República Islámica del Irán, Malasia, la República de Corea, la Arabia Saudita, Kuwait y la India suscitaron varias cuestiones importantes. Habida cuenta de que un gran número de miembros de la Comisión procedían de Estados de Asia y África, varias delegaciones dijeron que confiaban en que su activa participación en la labor de la Comisión serviría para manifestar de manera más destacada las opiniones y aspiraciones de esos Estados en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

11. Una delegación señaló que tenía previsto manifestar en la Sexta Comisión, durante el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, sus opiniones sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes y sobre los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. La delegación dijo que, habida cuenta de la coexistencia de diferentes normas en la esfera del derecho medioambiental y con el fin de evitar la fragmentación del derecho internacional, la Comisión debería incluir el tema de la protección de la atmósfera en su programa del período de sesiones en curso.

12. En relación con el tema titulado «Protección de las personas en casos de desastre», muchas delegaciones señalaron que únicamente debería prestarse asistencia humanitaria con el consentimiento del Estado afectado y con el máximo respeto de los principios básicos del derecho internacional, como los de la soberanía, la integridad territorial, la unidad nacional y la no intervención en los asuntos internos del Estado. Una delegación dijo que la AALCO debería emprender contactos con la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) en relación con los mecanismos de gestión de los desastres y respuesta de emergencia en el marco del Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia.

13. En relación con el tema titulado «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», varias delegaciones opinaron que la Comisión debería concentrarse exclusivamente en la codificación de las normas vigentes del derecho internacional y no en un proceso de desarrollo progresivo.

14. Para concluir, el orador informa a la Comisión de que su organización seguirá colaborando activamente en la labor que esta realiza a fin de lograr que se escuche la voz de Asia y África y contribuir a dicha labor de manera sustancial.

15. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dice que la AALCO es una de las principales organizaciones jurídicas y una de las que tienen más diligentemente en cuenta la labor de la Comisión. La relación entre ambos organismos es importante y el orador espera que la cooperación con la AALCO sea incluso más estrecha en lo sucesivo.

16. El Sr. HASSOUNA dice que si la Comisión hubiese sido informada antes de su 64.º período de sesiones sobre los resultados de la reunión especial de la AALCO, habría podido tener en cuenta en sus debates las opiniones manifestadas por los Estados miembros de la AALCO. El orador sugiere que esta última considere la posibilidad de celebrar sus períodos de sesiones anuales antes de los de la Comisión. Dado que el Secretario General de la AALCO acaba de concluir su primer mandato a la cabeza de la organización, el orador pregunta cuáles han sido los principales logros de la AALCO durante ese período y cuáles son sus objetivos y aspiraciones para el futuro.

17. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) dice que está de acuerdo en que es lamentable que el 51.º período de sesiones anual de la AALCO se haya celebrado demasiado tarde para tener en cuenta sus resultados en el período de sesiones en curso de la Comisión. El orador redoblará sus esfuerzos para garantizar que, en lo sucesivo, los períodos de sesiones anuales de la AALCO se celebren en abril.

18. En sus cuatro primeros años como Secretario General de la AALCO, el orador se ha esforzado por conocer el funcionamiento de la AALCO, mantener una buena administración interna y velar por que la AALCO siga siendo de utilidad. En su segundo mandato, se concentrará en cuestiones sustantivas, particularmente las relacionadas con la labor de la Comisión. La AALCO participará en algunas de las investigaciones que emprenderá la Comisión, particularmente en relación con nuevos temas que se incluirán en el programa de trabajo de la AALCO.

19. El Sr. SINGH dice que el programa del 51.º período de sesiones anual de la AALCO contenía un tema sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible y que la AALCO celebró una reunión especial sobre el derecho del mar y los problemas jurídicos internacionales que planteaban las respuestas a la piratería. Una de las recomendaciones dimanantes de esa reunión fue que la secretaría de la AALCO prestase asistencia técnica a los Estados miembros para promulgar legislación contra la piratería. El orador pregunta cómo tiene previsto emprender esa labor la secretaría.

20. El Sr. WISNUMURTI dice que la reelección del actual Secretario General de la AALCO augura una constante cooperación constructiva entre ese organismo y la Comisión. El orador acoge favorablemente la noticia de que la AALCO se propone colaborar aún más estrechamente con la Comisión en lo sucesivo y dice que sería útil que la AALCO pudiese preparar un informe que

resumiese las principales tendencias de las opiniones manifestadas por los Estados miembros en sus períodos de sesiones anuales.

21. El Sr. VALENCIA-OSPINA, después de felicitar al Sr. Mohamad por su reelección, dice que a lo largo de los años la AALCO ha realizado una importante aportación a muchos de los temas examinados por la Comisión. Los debates de la AALCO sobre los proyectos de artículos de la Comisión han sido esenciales para configurar las opiniones de un grupo bastante numeroso de Estados Miembros de las Naciones Unidas. En su calidad de Relator Especial sobre la protección de las personas en casos de desastre, ha asistido —lo cual ha apreciado mucho— a las reuniones que la AALCO ha celebrado en Nueva York, paralelamente a las reuniones de la Sexta Comisión. El orador pregunta qué tipo de relación prevé mantener la AALCO con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana.

22. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana), en respuesta a la pregunta del Sr. Singh, dice que la AALCO está considerando la posibilidad de organizar una conferencia para conmemorar el 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, conferencia que confía en que coincida con el 56.º aniversario de la constitución de la AALCO, que se celebrará en noviembre de 2012.

23. En relación con la solicitud del Sr. Wisnumurti de que se prepare un informe para resumir las principales tendencias de las opiniones de los Estados miembros, el orador dice que la AALCO tiene una secretaría muy pequeña, pero que hará lo que pueda para atender a esa petición.

24. En respuesta a la pregunta del Sr. Valencia-Ospina acerca de la relación que la AALCO prevé mantener con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, el orador dice que la AALCO ha firmado un memorando de entendimiento con la Unión Africana y seguirá cooperando con ella en ámbitos de interés común.

25. El Sr. HMOUD, después de destacar la importancia de la cooperación entre los Estados miembros de la AALCO y la Comisión en relación con todos los aspectos del derecho internacional, dice que la celebración de reuniones y seminarios de la AALCO en paralelo a los de la Sexta Comisión contribuye a sensibilizar sobre las cuestiones jurídicas. Deben establecerse vínculos más estrechos entre los Estados miembros de la AALCO entre los períodos de sesiones. La AALCO debe facilitar la organización de seminarios jurídicos por los Estados miembros. Por último, los participantes de otros Estados de África y Asia que no son miembros de la AALCO deben ser invitados a participar en sus actividades.

26. El Sr. KITTICHAISAREE recuerda que, durante una reunión de expertos entre períodos de sesiones de la AALCO, celebrada en Nueva Delhi, el orador sugirió que la AALCO procurase consolidar las posiciones sobre cuestiones jurídicas de los Estados de Asia y África. Esos Estados son actualmente más de 100 y sus modelos de práctica estatal pueden cristalizar en un derecho consuetudinario regional y eventualmente internacional. El orador sugiere que el observador de la AALCO en Nueva York organice reuniones de intercambio de ideas sobre cuestiones de interés tanto para la Comisión como para la AALCO. Los resultados de esas reuniones pueden remitirse a la Sexta Comisión para que los utilice durante sus debates sobre los temas examinados por la Comisión de Derecho Internacional. Por último, el sitio web de la AALCO debe contener información sobre las posiciones de los Estados miembros sobre diferentes aspectos del derecho internacional que guarden relación con la labor de la Comisión.

27. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que los debates celebrados durante el 51.º período de sesiones anual de la AALCO sobre el tema titulado «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» se han basado principalmente en el enfoque que adoptó la Comisión en su 63.º período de sesiones, aunque también se han referido a muchas de las cuestiones que la oradora había destacado en su informe preliminar presentado en el período de sesiones actual (A/CN.4/654). Dado que el examen del tema ha entrado ahora en una etapa decisiva, los Estados miembros de la AALCO deben ser informados de su propósito de presentar informes sustantivos que contengan proyectos de artículo con el objetivo de aprobar dichos proyectos de artículo en primera lectura al final del actual quinquenio. La oradora reitera su agradecimiento a la AALCO por su interés en el tema y espera con anhelo los resultados de su labor sobre ese y otros temas estudiados por la Comisión.

28. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) dice que ha tomado nota de todos los asuntos planteados por el Sr. Hmoud. Velará por que, bajo su dirección, se desarrollen las importantes relaciones entre la Comisión de Derecho Internacional y la AALCO y siga siendo pertinente la labor de esta última.

29. También deben tenerse debidamente en cuenta las observaciones del Sr. Kittichaisaree sobre la necesidad de consolidar las posiciones de los Estados miembros de la AALCO en relación con las cuestiones jurídicas y sus sugerencias sobre el sitio web de esta última. La AALCO tiene actualmente dificultades para acceder a algunas fuentes, particularmente las leyes nacionales y las declaraciones formuladas por Estados miembros, pero está intentando resolver el problema. El observador de la AALCO en Nueva York ciertamente realiza una valiosa contribución; es de esperar que en lo sucesivo puedan organizarse más actividades en Nueva York.

30. El orador agradece a la Sra. Escobar Hernández la información que ha facilitado sobre el tema y confía en que participará en una futura reunión de la AALCO.

31. El Sr. SABOIA pregunta si el interés manifestado por una delegación en celebrar un debate sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes en un futuro período de sesiones de la Asamblea General se enmarca dentro de los esfuerzos que se realizan para promover la entrada en vigor de esa Convención.

32. El Sr. KAMTO dice que la reelección por unanimidad del Sr. Mohamad como Secretario General de la

AALCO constituye una importante prueba de cómo los Estados miembros de la AALCO aprecian su capacidad de liderazgo. La AALCO realiza una importante contribución a la labor de la Comisión de Derecho Internacional y las reuniones que organiza en Nueva York en paralelo a las de la Sexta Comisión resultan muy útiles y deben proseguir.

33. Dado que no pudo asistir al 51.º período de sesiones anual de la AALCO en Abuja, el orador acoge favorablemente la muy detallada y clara exposición de sus debates. Muy poco se ha dicho, sin embargo, sobre el tema titulado «Expulsión de extranjeros». ¿Constituye eso un motivo de pesimismo, dado que el tema no ha despertado mucho interés, o de optimismo, por indicar que la AALCO está satisfecha con la labor realizada hasta el momento?

34. Sir Michael WOOD dice que la AALCO cuenta con un largo y destacado historial en la esfera del derecho internacional. Una de las razones de su importancia estriba en que representa a numerosos Estados procedentes de una vasta zona geográfica; otra de las razones es que permite la asistencia de observadores a sus períodos de sesiones anuales y a sus reuniones de Nueva York. Habida cuenta de la importancia de esas reuniones, el orador desea saber qué se ha previsto para la próxima, que se celebrará a finales de 2012. El orador pregunta qué se está haciendo para permitir el acceso como miembros de la AALCO a nuevos Estados africanos y asiáticos y aumentar el número de observadores. Por último, solicita información sobre el procedimiento para obtener la condición de observador.

35. El Sr. WAKO dice que las actividades de la AALCO tienen una mayor importancia directa para la labor de la Comisión que las de otras organizaciones regionales, ya que ninguna de ellas tiene el mandato de impulsar la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional ni de realizar aportaciones a los temas que se examinan en la Comisión, a diferencia de lo que ocurre con la AALCO. Por esa razón, es aconsejable que sea más dinámica la relación entre la AALCO y la Comisión. La AALCO debería invitar a sus reuniones a los miembros de la Comisión procedentes de las regiones de África y Asia. También sería útil que los Relatores Especiales de la Comisión fuesen invitados a las reuniones de la AALCO en las que se examine su tema, ya que eso les permitiría comprender mejor lo que piensan los miembros de la AALCO. La aportación de la AALCO a la labor de la Comisión es suficientemente importante para garantizar la celebración de su período de sesiones anual en el mes de abril de cada año. Un representante de la AALCO debería asistir a una reunión de la Comisión en la primera parte del período de sesiones en lugar de al final de la segunda parte de dicho período.

36. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) da las gracias a todos los miembros de la Comisión por sus aportaciones y comentarios. El orador explica que la declaración a la que se ha referido el Sr. Saboia fue formulada por un delegado en el período de sesiones anual y no se hacía eco de la posición de la AALCO.

37. En respuesta a las preguntas de Sir Michael, el orador dice que la AALCO está intentando ampliar su composición. Ha establecido un grupo de personalidades como ayuda para reclutar a más miembros. Frecuentemente la AALCO recibe solicitudes de Estados de África y Asia para que les informe de cómo pasar a ser miembros y está intentando facilitar el ingreso de esos países en la AALCO. Las organizaciones internacionales y los Estados no miembros pueden asistir a los períodos de sesiones anuales de la AALCO en calidad de observadores.

38. El orador ha tomado nota de las tres cuestiones planteadas por el Sr. Wako. Las fechas de los períodos de sesiones anuales de la AALCO son fijadas por el Estado que acoge a cada uno de ellos y la propia AALCO poco tiene que decir al respecto. No obstante, intentará convencer a los Estados que den acogida a futuros períodos de sesiones anuales para que los organicen en abril e inviten a los miembros y a los Relatores Especial de la Comisión a fin de que puedan interactuar con los Estados miembros de la AALCO.

Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario (*continuación) (A/CN.4/650 y Add.1, secc. G, y A/CN.4/653)**

[Tema 7 del programa]

NOTA DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

39. El Sr. HASSOUNA felicita al Relator Especial por la nota clara y bien estructurada (A/CN.4/653) en la que ha presentado a la Comisión el muy importante tema de la formación y prueba del derecho internacional consuetudinario. Hay ámbitos enteros del derecho internacional que siguen rigiéndose por la costumbre, pese al considerable aumento del número y el alcance de los tratados. A falta de un poder legislativo internacional centralizado, el conjunto de las normas escritas está frecuentemente plagado de lagunas, lo que intensifica la necesidad de que haya normas no escritas para colmar tales lagunas. Aunque los propios tratados se remiten en ocasiones al derecho consuetudinario, las normas consuetudinarias a veces se utilizan para interpretar o complementar las disposiciones de los tratados. Dado que la formación y prueba de las normas consuetudinarias plantea algunas cuestiones muy complejas, las orientaciones de la Comisión resultarán sumamente útiles para los especialistas. La redacción de un conjunto de conclusiones acompañadas de comentarios, tal como ha sugerido el Relator Especial, será el resultado más apropiado de la labor de la Comisión. Tales conclusiones deben concentrarse en el proceso de formación del derecho internacional consuetudinario y tener en cuenta su flexibilidad y su constante evolución.

40. Conviene examinar cierto material de antecedentes para preparar la labor sobre el tema. El informe de la Comisión sobre los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario[322], que se remonta a 1950, puede

* Reanudación de los trabajos de la 3148.ª sesión.

[322] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en inglés únicamente), documento A/3116, Report of the International Law Commission covering its second session, Part II, «Ways and means for making the evidence of customary law more readily available», págs. 367 a 374, párrs. 24 a 94. Véase también el documento A/CN.4/16 y Add.1 (Article 24 of the statute of the International Law Commission: Working paper by Manley O. Hudson), ibíd., págs. 24 y ss.

ser nuevamente evaluado teniendo en cuenta las características actuales del ordenamiento jurídico internacional. También pueden revisarse las conclusiones de la Asociación de Derecho Internacional[323] y el estudio sobre el derecho internacional humanitario publicado por el CICR en 2005[324]. Las cuestiones controvertidas, incluida la de la metodología, deben ser objeto de un nuevo análisis.

41. En la nota del Relator Especial se destaca la necesidad de aclarar ciertos conceptos como el de «derecho internacional general», que tiene una connotación diferente de la del «derecho internacional consuetudinario». Las preocupaciones relativas a la terminología deben abordarse en un primer momento a fin de garantizar la coherencia de la labor de la Comisión. Probablemente será muy útil el establecimiento de un breve glosario de los términos pertinentes en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

42. El orador acoge favorablemente la sugerencia del Relator Especial de que la Comisión examine teorías sobre la costumbre. Se ha dicho en ocasiones que la costumbre plantea la cuestión de cómo se crea el derecho, ya que, a diferencia del proceso normativo convencional mediante la concertación de tratados, las normas consuetudinarias no se establecen mediante un acto de voluntad deliberada, sino que se desarrollan a través de un proceso consistente en prácticas y la *opinio juris*.

43. La delimitación de las normas del derecho internacional consuetudinario se ha visto impulsada en buena medida no solo por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional, las dos fuentes orientadoras sugeridas por el Relator Especial, sino también por las conclusiones de otros tribunales internacionales. Por ejemplo, el 16 de febrero de 2011, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano dictó una resolución interlocutoria, en el marco de la causa *Ayyash y otros*, sobre el derecho aplicable: terrorismo, asociación ilícita, homicidio, autoría y acumulación de cargos, en la que señalaba que

> […] varios tratados, resoluciones de las Naciones Unidas y la práctica legislativa y judicial de los Estados demuestran la formación de una *opinio juris* general de la comunidad internacional […], en el sentido de que ciertamente ha surgido una norma consuetudinaria de derecho internacional respecto del crimen internacional del terrorismo, por lo menos *en épocas de paz* [párr. 85].

No obstante, los fallos de los tribunales internacionales deben someterse a una evaluación crítica y, siempre que haya dudas en relación con su coherencia, deben analizarse los factores subyacentes de las variaciones.

44. En relación con el alcance, en el párrafo 21 de su nota el Relator Especial sostiene que el papel del derecho internacional consuetudinario en la interpretación de los tratados no forma parte del tema. Aunque es cierto que la cuestión se ha examinado en otros contextos, bien puede ser pertinente para el tema que se estudia, dado que es un elemento intrínseco de la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados.

45. El Relator Especial considera acertadamente que el tema debe abarcar la totalidad del derecho internacional consuetudinario, ya que puede dar lugar a normas jurídicas en todos los ámbitos del derecho internacional. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la aparición de nuevas normas imperativas de derecho internacional general en concepto de *jus cogens* queda al margen del tema, aunque considera que es conveniente explicar la razón de ello.

46. La participación de los Estados en la formación del derecho internacional consuetudinario exige la realización de nuevas investigaciones y guarda relación con la interpretación del silencio de los Estados. Es preciso conocer las razones por las que las normas consuetudinarias pasan a ser vinculantes para los Estados.

47. Por último, el orador está de acuerdo con el calendario provisional propuesto por el Relator para que la Comisión prosiga el examen del tema.

48. El Sr. PETRIČ dice que apoya la labor que está realizando sobre el tema, la cual debe centrarse en promover una mejor comprensión de la formación del derecho internacional consuetudinario y en ayudar a los especialistas del derecho a documentar la costumbre. La Comisión prestará a este respecto un útil servicio: dado que las normas de derecho internacional consuetudinario no son escritas, frecuentemente surgen controversias en relación con ellas. El orador está de acuerdo con la afirmación que se hace en el párrafo 3 de la nota del Relator Especial de que el resultado de la labor debe ser una guía práctica, con comentarios, dirigida a jueces, abogados del gobierno y otros profesionales. No obstante, los jueces y abogados se valen del derecho de manera diferente, ya que los primeros intentan buscar soluciones a problemas jurídicos, mientras que los segundos defienden posiciones e intentan probar hechos.

49. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la jurisprudencia de los tribunales internacionales y, en particular, de la Corte Internacional de Justicia, debe ser el centro de atención de las investigaciones de la Comisión. Al intentar documentar el derecho internacional consuetudinario vigente, la Comisión también debe prestar atención a la práctica contemporánea de los Estados. En los últimos decenios, el número de nuevos Estados se ha duplicado y la práctica estatal la crean actualmente casi 200 Estados y no únicamente 40 como en otras épocas. Al examinar los actos unilaterales de los Estados, debe prestarse especial atención a los que producen efectos jurídicos *per se*, como los de protesta y de reconocimiento, y que tengan por ello

---

[323] «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law» (Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General), resolución 16/2000 («Formation of General Customary International Law»), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, pág. 39. Para el debate en el pleno, véase ibíd., págs. 922 a 926. La Declaración de Londres se encuentra en las páginas 712 a 777 y el informe de la reunión de trabajo del Comité sobre la formación del derecho internacional consuetudinario (general), celebrada en 2000, está en las páginas 778 a 790. Disponible en el sitio web de la Asociación de Derecho Internacional (www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30). Los seis informes provisionales de la Comisión contienen información más detallada.

[324] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I (Normas), Buenos Aires, CICR, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, y vol. II (Practice) (en inglés únicamente), Cambridge University Press, 2005.

una particular influencia en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario.

50. El deseo manifestado por el Relator Especial en el párrafo 10 de su nota de escuchar las opiniones iniciales de los miembros de la Comisión sobre el tema constituye un enfoque adecuado. En relación con el párrafo 12, el orador dice que, hasta la fecha, la Comisión ha procurado establecer normas de derecho internacional consuetudinario únicamente en relación con temas concretos de su programa de codificación. Como ya se ha indicado, la Comisión no ha preparado ni debe preparar una convención de Viena sobre el derecho internacional consuetudinario.

51. El orador está de acuerdo con el comentario que se hace en el párrafo 13 de que la labor de la Asociación de Derecho Internacional es pertinente, si bien, tal como ha señalado el Sr. Murase, las conclusiones de la Asociación son sumamente cautelosas. En opinión del orador, esa circunstancia debe alertar a la Comisión sobre la necesidad de ser también cautelosa. La terminología utilizada en relación con el derecho internacional consuetudinario ha de aclararse. En el párrafo 14 aparecen varias formulaciones; en la Constitución del propio país del orador se señala que los «principios generalmente reconocidos del derecho internacional» son directamente aplicables por los tribunales. Por ello, sería ciertamente útil la preparación de un glosario de términos pertinentes, tal como se sugiere en el párrafo 15.

52. En el párrafo 14 también se hace referencia a la distinción entre el derecho consuetudinario y el derecho no vinculante (*soft law*). El derecho consuetudinario tiene un origen formal diferente del de los tratados, aunque tiene la misma calidad y la misma fuerza. Sin embargo, el derecho no vinculante no es derecho en ningún caso. Los instrumentos del derecho no vinculante, como las declaraciones y resoluciones, pueden pasar a ser tratados merced a la codificación o formar parte del derecho internacional consuetudinario merced a la práctica de los Estados y al aumento de la *opinio juris*. En ocasiones repiten o confirman de nuevo normas y principios que ya eran de derecho consuetudinario, como, por ejemplo, los de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, el papel de los instrumentos del derecho no vinculante en la formación y prueba del derecho internacional consuetudinario no debe ser un ámbito de investigación de la Comisión.

53. El orador hace suya la descripción que figura en el párrafo 17 del fin último de la labor de la Comisión: brindar una orientación práctica a quienes incumba examinar las normas del derecho internacional consuetudinario. Además, está de acuerdo con el comentario del párrafo 18 de que las directrices más fiables sobre el tema se encuentran en la jurisprudencia de las cortes y los tribunales internacionales. Sin embargo, no debe dejarse de lado la jurisprudencia de las máximas instancias jurisdiccionales nacionales, que abarca no solo la de países de Europa y América del Norte, sino también de África y América Latina y no únicamente en inglés y francés. Por ejemplo, se puede consultar una copiosa y útil doctrina en los idiomas alemán y ruso. El orador es consciente de las dificultades que entraña la utilización de tales fuentes, aunque considera que la Secretaría puede proporcionar alguna asistencia.

54. En relación con el párrafo 19, el orador dice que, aunque son importantes las investigaciones empíricas sobre la práctica de los Estados, hay ciertas notas y declaraciones diplomáticas, como las relativas a los hechos consumados, que son ciertamente parciales: su objetivo es probar que los argumentos del Estado se basan en el derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, el orador considera que el razonamiento deductivo también debe utilizarse al examinar el tema.

55. En relación con la descripción del alcance del tema en el párrafo 20, el orador dice que los principios rectores han de ser generales en lugar de prescriptivos, y flexibles en lugar de rígidos. Por lo que respecta a la idea que se expone en el párrafo 22 de dividir el derecho internacional consuetudinario en ramas separadas, el orador dice que, *prima facie*, le parece que tal diferenciación de enfoque puede dar lugar a confusiones e incoherencias. No obstante, a los especialistas les puede resultar útil un pequeño grado de diferenciación en función de las técnicas que se propongan como orientación práctica.

56. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que el tema no debe hacerse extensivo a la aparición del *jus cogens* y que, al inicio de su labor, la Comisión debe intentar formular una serie de propuestas con sus comentarios. Ulteriormente, si los resultados de sus investigaciones resultan prometedores, puede fácilmente ocuparse de formular conclusiones. Aunque las propuestas y conclusiones no tendrían fuerza jurídica, estarían respaldadas por la autoridad de la Comisión.

57. El orador hace suya la propuesta de cuatro etapas de trabajo como enfoque adecuado y dice que espera con anhelo la labor que se realice sobre el tema, que tiene interesantes dimensiones teóricas y entronca con las raíces del derecho internacional. La nota del Relator Especial muestra que este es consciente de las posibles dificultades que se plantean y, por consiguiente, propone un enfoque inicial seguro basado en objetivos modestos.

58. El Sr. FORTEAU, después de manifestar que responderá en primer lugar a la pregunta del Relator Especial sobre el posible resultado de la labor sobre el tema, dice que está de acuerdo en que la Comisión no debe ser excesivamente descriptiva y que su objetivo debe ser preparar una guía práctica en forma de conclusiones o comentarios. El plan de trabajo propuesto en el párrafo 27 de la nota parece adecuado para obtener ese resultado, aunque el calendario parece un poco ambicioso. En concreto, el orador considera que resulta difícil examinar en un solo año (2014) la práctica de los Estados y la *opinio juris*, dos importantes componentes de la costumbre que plantean una serie de problemas muy complejos. Paralelamente, el tercer informe, que ha de presentarse en 2015, ha de abarcar ciertas cuestiones muy divergentes y que tal vez deban ser objeto de un examen por separado.

59. Lo primero que debe hacer la Comisión es determinar qué ventajas entraña su examen del tema. La Asociación de Derecho Internacional ya ha aprobado principios aplicables a la formación del derecho internacional consuetudinario[325]: ¿puede la Comisión ampliarlos

[325] Vease la nota 323 *supra*.

o reducirlos considerablemente? El orador tenía inicialmente dudas al respecto, si bien, después de haber escuchado la crítica del Sr. Murase a esos principios, considera que es útil aclarar las lagunas que se han señalado.

60. El orador está de acuerdo con la sugerencia que hace el Relator Especial en su declaración introductoria de que la Comisión no debe extenderse demasiado en cuestiones teóricas o conceptuales. De hecho, no ve la necesidad de ocuparse de las definiciones del párrafo 14 de su nota, de las cuestiones terminológicas planteadas en el párrafo 15 ni del papel del derecho internacional consuetudinario en el sistema jurídico internacional, tal como se sugiere en el párrafo 16. Todas esas cuestiones resultan más adecuadas para debates académicos que para la labor de codificación. De hecho, el orador entiende que la formación de la costumbre no entra dentro del mandato de la Comisión y que la atención debe centrarse en la cuestión mucho más práctica de delimitar el derecho internacional consuetudinario, es decir, la documentación concreta de la costumbre. El orador hace suya las observaciones del Sr. Murase sobre este aspecto. Además, considera que la distinción que se hace en el párrafo 20 entre «formación» y «documentación» del derecho internacional consuetudinario no es nada clara.

61. El objetivo inicial del proyecto debe ser proporcionar a los abogados internacionales y, particularmente a las autoridades nacionales, orientaciones prácticas que describan las técnicas jurídicas que han de emplearse para determinar si una norma concreta es o no es una norma de derecho internacional consuetudinario. A tal efecto, tal vez sea útil actualizar el informe sobre los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, aprobado por la Comisión en su segundo período de sesiones, celebrado en 1950[326]. Sería especialmente útil que, cuando tropezasen con algún problema al que presuntamente le fuera aplicable una norma de derecho internacional, los abogados internacionales pudiesen saber dónde recurrir para aclarar el asunto. En ocasiones los abogados nacionales han de enfrentarse a tales problemas, particularmente en los países en que son limitados los recursos destinados a los servicios jurídicos. Ellos también se beneficiarían en gran medida de las orientaciones sobre dónde recurrir para encontrar material pertinente dentro de las numerosas fuentes existentes y no únicamente repertorios de la práctica nacional, sino también recursos electrónicos. El orador hace suya la observación del Sr. Petrič acerca de la necesidad de tener en cuenta la práctica de los países de todo el mundo, recogida por escrito en diferentes idiomas.

62. El orador está de acuerdo con el Sr. Tladi en que el tema no debe abarcar la aparición del *jus cogens*. Sin embargo, no está de acuerdo con el razonamiento que hace el Relator Especial en el párrafo 23 de su informe en apoyo de esa misma conclusión. Las normas de *jus cogens* son por definición parte del derecho consuetudinario. No obstante, el hecho de determinar si una norma forma parte del derecho consuetudinario no es lo mismo que determinar si una norma de derecho consuetudinario puede ser, además, derogada por medio de un tratado. Esa es una distinción válida, pese a que, lamentablemente, la Corte Internacional de Justicia no la dejó muy clara cuando, en el párrafo 99 de su fallo de 20 de julio de 2012, en la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, manifestó que la prohibición de la tortura formaba parte del derecho internacional consuetudinario y había pasado a ser una norma imperativa (*jus cogens*).

63. Al final del párrafo 22 de su nota, el Relator Especial dice que tal vez sería apropiado utilizar técnicas especiales para determinar la existencia de normas específicas de derecho internacional consuetudinario. Los efectos de las normas especiales o particulares no son, sin embargo, una cuestión de técnicas. Por ejemplo, el enfoque para determinar si una norma consuetudinaria existe en el derecho penal internacional puede verse afectado por el principio según el cual no puede existir ningún delito sin una base jurídica. Paralelamente, el régimen aplicable para la delimitación de las normas consuetudinarias puede o no puede ser idéntico al régimen aplicable para la modificación de una norma consuetudinaria mediante la costumbre. Cabe esperar que el último régimen sea más restrictivo que el primero, en la medida en que se trata de la modificación de una norma vigente.

64. El párrafo 18 de la nota del Relator Especial, relativo a la metodología, parece excluir la práctica de los tribunales regionales, aunque el Relator Especial rectificó someramente esa impresión en su declaración introductoria. Con todo, esa práctica merece ser examinada por dos razones: para saber cómo los jueces de los tribunales regionales proceden a delimitar las normas consuetudinarias; y para examinar posibles discrepancias en la práctica judicial. Es de destacar, por ejemplo, que, en su fallo en la causa *Cudak* (párrs. 60 y ss.), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizó una interpretación del derecho consuetudinario aplicable a la inmunidad respecto de los contratos de trabajo firmados con una embajada, interpretación que era algo diferente de la que había hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su fallo de fecha 19 de julio de 2012 en el asunto *Ahmed Mahamdia c. República Argelina Democrática y Popular* (párrs. 54 y ss.). La Comisión también puede estudiar el efecto concreto de los tratados de codificación a los efectos de documentar la costumbre.

65. Por último, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados constituye el comienzo del estudio de los efectos de las reservas a los tratados en el derecho consuetudinario, particularmente por lo que respecta a las directrices 3.1.5.3 y 4.4.2, ideas todas estas que deben ser precisadas.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (*continuación*[*]) (A/CN.4/650 y Add.1, secc. G)

[Tema 10 del programa]

66. El Sr. MURASE, refiriéndose a la intervención en el debate del Secretario General de la AALCO, dice que le alienta el apoyo entusiasta manifestado por los Estados miembros de esa organización a la inclusión en el

[326] Véase la nota 322 *supra*.

[*] Reanudación de los trabajos de la 3132.ª sesión.

programa de trabajo de la Comisión del tema de la protección de la atmósfera, para el que el orador ha escrito el resumen[327]. No obstante, a su entender se ha decidido que, en el próximo período de sesiones de la Comisión, prosigan las consultas oficiosas acerca de si se debe o no se debe incluir el tema. El orador pide que se explique en qué se basa esa decisión.

67. El Sr. HMOUD, hablando en calidad de miembro de la Mesa, dice que la propuesta de incluir el tema se examinó ampliamente en consultas oficiosas, pero que la idea fue objeto de cierta oposición, primordialmente en relación con el alcance del tema y el posible resultado de su examen.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3151.ª SESIÓN

Viernes 27 de julio de 2012, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Lucius CAFLISCH

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

Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/650 y Add.1, secc. G, y A/CN.4/653)

[Tema 7 del programa]

NOTA DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen de la nota del Relator Especial sobre formación y prueba del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/653).

2. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que el tema examinado presenta un gran interés por muchos motivos, en especial un interés práctico que es prioritario para la Comisión. Como ha subrayado el Relator Especial, puede ocurrir que diferentes órganos del Estado, y no solo los órganos judiciales, tengan que pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con la costumbre internacional, sin poseer la pericia necesaria en materia de derecho internacional. Así pues, una guía práctica o unas conclusiones les serán de gran utilidad.

3. Además, ese interés no se limita al ámbito interno; la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario han adquirido una importancia creciente en los últimos años y conciernen a la comunidad internacional en su conjunto, incluidas las organizaciones regionales. Así lo corroboran los trabajos de la Asociación de Derecho Internacional y la Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General[328], a los que alude el Relator Especial, pero también la sentencia dictada en febrero de 2012 por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, que ha suscitado una interesante polémica sobre la invocación de la costumbre y la manera como ha de probarse su existencia, o también el hecho de que el CAHDI haya previsto dedicar una sesión de su período de sesiones de septiembre de 2012 al tratamiento de la costumbre por los tribunales nacionales e internacionales. Es, pues, particularmente oportuno que la Comisión aborde el examen de este tema.

4. El objetivo del Relator Especial, en un primer momento, no es analizar el fondo de los problemas que se plantean a propósito de la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario, sino solo delimitarlos y suscitar un debate al respecto. Por lo tanto, la oradora se limitará a formular algunas preguntas.

5. En el párrafo 16 de su nota, el Relator Especial se refiere al derecho internacional consuetudinario «como derecho», pero no se alcanza a discernir cómo se podría entender de otro modo, a no ser que se haga referencia aquí a otra cosa, como las normas jurídicas no vinculantes (*soft law*) o las relaciones con otros actos jurídicos internacionales. En el párrafo 18, el Relator Especial menciona la labor de codificación que realizan las organizaciones no gubernamentales. En este caso también cabe preguntarse a qué se refiere exactamente. Tal vez se trate de la codificación privada, puesto que se menciona la aportación doctrinal de los publicistas, o de otras actividades, como los trabajos del CICR sobre el derecho internacional humanitario[329] en su faceta consuetudinaria, pero en este caso la expresión «organización no gubernamental» no es adecuada en vista de la naturaleza muy especializada del CICR. Comoquiera que sea, la cuestión que se plantea es la de si esa codificación tiene una pertinencia y un grado de autoridad suficientes para que la Comisión la tome en consideración en sus trabajos. El examen de la codificación privada supone habitualmente un análisis del fondo, mientras que la labor que la

---

[327] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), anexo II.

[328] «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law» (Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General), resolución 16/2000 («Formation of General Customary International Law»), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, pág. 39. Para el debate en el pleno, véase ibíd., págs. 922 a 926. La Declaración de Londres se encuentra en las páginas 712 a 777 y el informe de la reunión de trabajo del Comité sobre la formación del derecho internacional consuetudinario (general), celebrada en 2000, está en las páginas 778 a 790. Disponible en el sitio web de la Asociación de Derecho Internacional (www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30). Los seis informes provisionales de la Comisión contienen información más detallada.

[329] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I (Normas), Buenos Aires, CICR, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, y vol. II (Practice) (en inglés únicamente), Cambridge University Press, 2005.