

programa de trabajo de la Comisión del tema de la protección de la atmósfera, para el que el orador ha escrito el resumen<sup>327</sup>. 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. Candiotti, 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. Wisnurti, 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<sup>328</sup>, 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<sup>329</sup> 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

<sup>328</sup> «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](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30)). Los seis informes provisionales de la Comisión contienen información más detallada.

<sup>329</sup> 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.

<sup>327</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo II.

Comisión se propone emprender en el presente caso es fundamentalmente metodológica: se trata de estudiar la formación de la costumbre y la prueba de su existencia.

6. El enfoque adoptado por el Relator Especial, que se propone llevar a cabo un estudio fundamentalmente práctico y no teórico, es bienvenido, puesto que el objetivo es efectivamente ayudar a los Estados y las autoridades judiciales a resolver las cuestiones relacionadas con la aplicación de la costumbre o a la determinación o prueba de su existencia. Por esta razón la parte dedicada al enfoque conceptual y teórico de la formación del derecho internacional consuetudinario, prevista para el primer informe, deberá ser bastante reducida aun cuando siga siendo útil, pues los postulados teóricos son relativamente bien conocidos y lo que se necesita es ante todo una evaluación empírica de la práctica.

7. Es preciso, por supuesto, analizar la jurisprudencia, en particular la de los tribunales internacionales, pero sin olvidar por ello a la jurisprudencia interna, aunque su aportación a la costumbre sea evidentemente menor. Otras manifestaciones no judiciales de la práctica estatal pueden ser también pertinentes. Habrá que velar por que este análisis de la práctica verse sobre la totalidad de los Estados, sistemas jurídicos, culturas y lenguas. El Relator Especial propone asimismo analizar la relación entre la costumbre y los tratados, lo cual, en efecto, puede ser útil, aunque esa cuestión no suscite ninguna controversia, y se podría añadir también la relación entre la costumbre y otros actos internacionales, como las resoluciones muy diversas de las organizaciones internacionales y las declaraciones unilaterales de los Estados que, sin que quepa calificarlas de fuente del derecho internacional, contribuyen no obstante a demostrar la existencia de una costumbre. El Relator Especial ha optado con razón por dejar a un lado las normas de *jus cogens*. Sin embargo, convendría incluir la práctica consuetudinaria regional, so pena de crear una laguna, por pequeña que sea. Finalmente, sería útil analizar la cuestión de la costumbre teniendo presentes las organizaciones internacionales y, en este marco, examinar su contribución, no solo a la formación de una costumbre aplicable a ellas mismas, sino también a la prueba de la existencia de una costumbre que no las vincula necesariamente.

8. La oradora abriga algunas reservas en lo que se refiere al calendario de los trabajos. Sin duda sería deseable que la Comisión concluyera sus trabajos en el curso del presente quinquenio, pero el tema es muy complejo, ha hecho correr ríos de tinta durante muchos decenios y, por ende, sería una tarea hercúlea completar su examen en cuatro años, aun limitándose a formular unas conclusiones. En cualquier caso, habría que evitar que el calendario propuesto tenga alguna incidencia en la metodología. El Relator Especial considera al parecer la fórmula de una lectura única para la aprobación del resultado final de los trabajos. Desde luego, este adoptará la forma de una guía práctica o unas conclusiones, y no la de un proyecto de artículos, pero cabe preguntarse si la lectura única no priva a la Comisión del precioso instrumento que son los comentarios de los Estados. Estos harán cada año en la Sexta Comisión observaciones sobre los sucesivos informes, pero sería útil contar también con su opinión sobre el resultado final, tanto más cuanto que la formación y

la prueba de la costumbre son un tema muy delicado y controvertido.

9. Por último, la oradora subraya que el término «documentación», empleado en el título, no corresponde al contenido del tema. Como ha señalado el Sr. Forteau, es preciso hablar de «prueba», como en la versión inglesa y como en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

10. El Sr. GEVORGIAN dice que la nota que el Relator Especial ha redactado sobre la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario incluye un plan de trabajo suficientemente elaborado para el próximo quinquenio y constituye una excelente base para estructurar los debates en el seno de la Comisión. El tema examinado es muy importante y de una gran actualidad, puesto que los trabajos de la Comisión permitirán, en el ámbito nacional, ayudar a los profesionales del derecho y los juristas que solo muy raramente se ven obligados a constatar la existencia y aplicar normas de derecho internacional consuetudinario. El orador está de acuerdo con el Relator Especial acerca de los escollos que hay que evitar, en particular el de que la Comisión no debe basarse en fuentes puramente universitarias. Sin embargo, el enfoque adoptado por el Relator Especial denota cierto optimismo. El orador conviene en que el resultado de los trabajos de la Comisión debe ser claramente definido y orientado hacia unas conclusiones prácticas, sin demasiados detalles ni teoría, puesto que de lo contrario se corre el peligro de suscitar más dudas que respuestas y, por ende, de no resultar de gran utilidad. Conviene recordar asimismo que el derecho consuetudinario es esencialmente un derecho no escrito y que los trabajos de la Comisión no deben perjudicar a la flexibilidad que lo caracteriza.

11. En lo que concierne a los temores expresados por el Sr. Murase, para quien la Comisión corre el riesgo de verse reducida a afirmar evidencias, el orador estima que elementos que pueden parecer evidentes a los miembros de la Comisión no lo serán necesariamente para unos jueces nacionales que deban aplicar, quizás por primera vez, normas de derecho internacional consuetudinario en relación con un asunto concreto. El Sr. Murase ha dicho también que, si fuera asesor jurídico de un Estado, vería con aprensión que la Comisión de Derecho Internacional elaborase unas directrices relativas a las normas del derecho consuetudinario. Por su parte, el orador estaría al contrario encantado de que la Comisión tratara este tema, ya que unas directrices prácticas emanadas de la Comisión que sean fuente de autoridad no pueden sino ayudar considerablemente a quienes han de poner de manifiesto las normas de derecho consuetudinario. Entre las pruebas de la existencia de normas de derecho consuetudinario están las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internacionales, como ha subrayado el Relator Especial, pero está también y sobre todo la doctrina; sin embargo, no hay unanimidad en esta materia: algunos estiman que ciertos elementos doctrinales demuestran la existencia de una norma consuetudinaria y otros no.

12. Más concretamente, el orador está de acuerdo con el esquema propuesto para los trabajos de la Comisión, cuyas conclusiones deberán ser formuladas con precisión

y claridad. Conviene asimismo en que una buena parte de los trabajos del presente quinquenio esté dedicada a este tema. Por lo que respecta a la metodología, el orador estima, como el Sr. Murphy y el Sr. Murase, que hay que mostrarse prudente y no basar el estudio del tema exclusivamente en las resoluciones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales. En efecto, en la causa relativa a las *Immunities jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia basó sus conclusiones en la práctica de diez Estados solamente. Y en el asunto «*Lotus*», la resolución dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional se basaba en la práctica de seis Estados solamente, de modo que no se puede concluir, pese a las apariencias, en la existencia de una práctica estatal generalizada. Las costumbres así constatadas a menudo son objeto después de críticas, pues se las tilda, con razón, de ilegítimas y no democráticas y de reforzar el *statu quo* político y económico. Como la Comisión tiene encomendada la tarea de formular unas directrices autorizadas destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales, sería conveniente que tuviera en cuenta estas observaciones en sus trabajos futuros.

13. En lo concerniente al párrafo 13, el orador está de acuerdo con los miembros que consideran que los trabajos de la Asociación de Derecho Internacional son muy importantes y deben ser tomados en consideración, aunque solo sea para evitar repetir sus errores. Las críticas que el Sr. Murase ha dirigido a la Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General son justas. Además, un trabajo complejo aguarda a la Comisión, pero esto no significa que la tarea sea irrealizable. Las cuestiones mencionadas en los párrafos 14 y 16 de la nota del Relator Especial pueden revestir cierto interés, pero, en opinión del orador, conviene que la Comisión no profundice su examen en demasía, si no quiere enzarzarse en un debate demasiado teórico que sería contrario a la tarea que tiene encomendada, a saber, elaborar unas directrices que sean fuente de autoridad. En cuanto al párrafo 15, sería útil ciertamente elaborar un glosario en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas y la Comisión podría retomar los términos existentes, sin descuidar sin embargo el examen de la práctica. Por lo que hace a la aparición de nuevas normas de *jus cogens*, el orador se suma a los miembros de la Comisión que estiman que no procede examinar esta cuestión, a excepción de algunos elementos. Suscribe la idea de pedir información a los Estados, mencionada en el párrafo 27, pero también la observación que ha hecho la Sra. Jacobsson, en particular, quien ha estimado que habría que reflexionar detenidamente sobre la formulación de las preguntas.

14. Finalmente, en lo que concierne al título del tema, la búsqueda de pruebas de la existencia de normas, o su determinación, es consubstancial al estudio del proceso de formación del derecho internacional consuetudinario. Este estudio es precisamente lo que permitirá establecer cuáles son las relaciones entre elementos constitutivos de la costumbre como la práctica de los Estados y la *opinio juris*, y qué papel juegan estos en el surgimiento de las normas internacionales. Y eso proporcionará indicios acerca de dónde conviene buscar las pruebas de la existencia de una norma consuetudinaria internacional.

15. En opinión del orador, en la versión rusa, sería preferible, para traducir el término inglés *evidence*, emplear *Идентификация* («determinación») en vez de *Свидетельство* («prueba»); al parecer, la traducción de este término también plantea problemas en la versión española y, quizás, en la versión francesa.

16. El Sr. HMOUD dice que el tema de la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario es difícil y complejo y que es esencial definir su campo de estudio, ya que, si no, la tarea sería abrumadora. No hay duda de que el Relator Especial hará lo necesario para que el campo del tema esté bien delimitado y dirigido a sus destinatarios, de manera que el resultado de los trabajos resulte útil a los Estados y otros actores internacionales y nacionales. No es necesario insistir demasiado en la teoría, sino que más vale concentrarse en el resultado práctico, que debería consistir, como ha indicado el Relator Especial, en una serie de conclusiones acompañadas de comentarios que precisen las razones y los fundamentos de cada conclusión. La teoría indicará la base de cada conclusión, pero la práctica es la piedra angular de este tema y es en ella que habrá que hacer hincapié. A este respecto, el orador reconoce que, como señala el Relator Especial en el párrafo 24 de su nota, el resultado no debe consistir en una serie de reglas inmutables, sino que debe permitir comprender el proceso de formación y determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Con todo, desea subrayar que habrá que procurar, como ha señalado también el Relator Especial, no ser excesivamente prescriptivos. Es importante lograr ese equilibrio o, por lo menos, tender a él sin descanso, si no se quiere quedar expuesto, en caso contrario, al riesgo de que los trabajos de la Comisión no obtengan el indispensable asentimiento de los actores interesados.

17. El Relator Especial tiene el propósito de concentrarse en la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, en particular la de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional. Las resoluciones de estos órganos jurisdiccionales constituyen sin duda una fuente esencial para el estudio del tema, pero cabe preguntarse hasta qué punto pueden propiciar avances en la determinación de una norma de derecho internacional consuetudinario. Diversos asuntos sometidos a la Corte Permanente de Justicia Internacional y a la Corte Internacional de Justicia, como los asuntos relativos al «*Wimbledon*» y al «*Lotus*», el asunto *Nottebohm*, el asunto de las *Pesquerías*, los asuntos de *Jurisdicción en materia de pesquerías* y los casos de la *Plataforma continental del Mar del Norte* pueden aportar indicaciones útiles en cuanto a las pruebas de la práctica. Ahora bien, los órganos jurisdiccionales internacionales no siempre indican la manera como han llegado a la conclusión de que una norma es consuetudinaria, limitándose a exponer, en el mejor de los casos, una parte del razonamiento en que fundan su resolución. Explican que se han basado en lo que han «constatado» en la práctica de los Estados, o en las conclusiones de tal o cual jurista, o en los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre tal o cual tema que ponen de manifiesto la existencia de la norma. Recientemente, en el asunto *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, la Corte Internacional de Justicia evitó claramente pronunciarse sobre la existencia del fundamento

consuetudinario de determinada norma y el voto particular emitido por un magistrado sobre este punto no aportaba ninguna prueba en apoyo de su conclusión.

18. El Relator Especial, en su búsqueda de criterios que posibiliten la determinación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, debería apoyarse en una gran variedad de fuentes, en particular la doctrina, las fuentes públicas y las fuentes independientes.

19. En cambio, en lo que concierne al aspecto del tema relativo a la «formación», la vasta jurisprudencia de los órganos judiciales internacionales puede constituir la fuente principal para determinar los elementos de creación de las normas consuetudinarias. Por otra parte, las opiniones de los Estados serían muy útiles, por lo que sería conveniente que el Relator Especial redactase una serie de cuestiones destinadas a ellos. Los departamentos jurídicos de los ministerios también podrían comunicar sus puntos de vista acerca de cómo se forma una norma consuetudinaria. Todo ello podría favorecer una progresión rápida de los trabajos.

20. Los órganos judiciales internos, en especial los que conocen bien el derecho internacional, pueden constituir una valiosa fuente de información respecto de los dos aspectos del tema. Ahora bien, son pocos los órganos jurisdiccionales internos que cuentan con la pericia necesaria, y el Relator Especial debería mostrarse cauteloso con respecto a ciertas fuentes. Al fin y al cabo, el derecho internacional consuetudinario reviste un carácter general y los puntos de vista predominantes en un número limitado de sistemas judiciales no reflejan necesariamente la opinión general de los Estados respecto de la formación de una norma dada o de las pruebas de su existencia.

21. Las fuentes regionales pueden ser útiles en el examen del tema, pero su pertinencia se ha de apreciar en relación con el contexto y la particularidad de cada región, tanto más que las instituciones u órganos judiciales regionales se pronuncian con frecuencia sobre normas consuetudinarias de carácter general. Esas fuentes podrían ser de la máxima utilidad en lo que respecta al derecho consuetudinario llamado «especial», que el Relator Especial también debería examinar. Sería oportuno que en esa ocasión el Relator Especial estudiara las relaciones entre el derecho internacional consuetudinario general y el derecho consuetudinario especial, especialmente en vista de la aparición de estructuras regionales dotadas de regímenes jurídicos autónomos.

22. A propósito del ámbito del tema, el Relator Especial indica en el párrafo 22 de su nota que el mismo criterio básico que se utiliza para la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario se aplica con independencia de la rama del derecho de que se trate. En el párrafo 27, en la nota relativa al segundo examen previsto para 2014, menciona la cuestión de si el criterio para identificar una norma de derecho consuetudinario puede variar dependiendo de la naturaleza de la norma o el ámbito al que pertenece. El orador preferiría este último planteamiento, que sería muy útil para ciertos órganos judiciales, cuasijudiciales y convencionales altamente especializados.

23. Siempre a propósito del ámbito del tema, el orador exhorta al Relator Especial a que renuncie a su intención de no ocuparse de las normas imperativas de derecho internacional. Como han señalado ya varios miembros, se trata de unas normas fundamentalmente consuetudinarias y el hecho de que puedan ser enunciadas en un tratado no afecta a su naturaleza. El orador no cree, a diferencia de otros miembros, que el hecho de que la Comisión se ocupe de la formación y la prueba del *jus cogens* pueda considerarse como «excesivamente progresista» o políticamente inadecuado, mientras no se trate de decir qué normas se consideran normas de *jus cogens* ni de pronunciarse sobre el valor jurídico de esas normas con respecto a otras obligaciones.

24. Habría que abordar dos cuestiones. La primera es la de la transformación del derecho no vinculante (*soft law*) en derecho internacional consuetudinario, que concierne en particular a las resoluciones de la Asamblea General. El estatus de esas resoluciones ha sido objeto de importantes debates, pero lo que diga la Comisión sobre el derecho no vinculante influirá directamente en la manera de definir las condiciones que han de cumplirse para que las resoluciones de la Asamblea General pasen a formar parte del derecho internacional consuetudinario, desde los puntos de vista temporal y sustantivo. La segunda cuestión se refiere a si el carácter no universal de ciertos tratados ha de tenerse en cuenta al determinar si las obligaciones en ellos enunciadas reflejan el derecho internacional consuetudinario.

25. El Sr. WISNUMURTI dice que el tema es interesante, pero complejo: la formación del derecho internacional consuetudinario es un proceso dinámico mientras que su prueba es algo estático. Sin embargo, los dos aspectos están íntimamente relacionados y es importante que los trabajos sobre el tema engloben a ambos. Con todo, el Sr. Forteau tiene razón al subrayar que los trabajos deberían dar preferencia al aspecto del tema relativo a la «prueba». No hay que exagerar la dificultad de determinar la existencia de una norma consuetudinaria, en particular en el caso de los órganos jurisdiccionales internos, y es a este respecto que el tema adquiere toda su importancia.

26. Como señala el Relator Especial en su nota, los representantes de los Estados en la Sexta Comisión apoyaron mayoritariamente el examen del tema, lo que es esencial para que la Comisión de Derecho Internacional y el Relator Especial puedan orientar sus trabajos en la buena dirección.

27. El Relator Especial ha estado acertado al plantear la cuestión del derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional público y su relación con otras fuentes, y el orador aprueba su intención de examinar en su primer informe la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados. Habría que aclarar asimismo, como sugiere el Relator Especial en el párrafo 14 de su nota, la relación entre el «derecho internacional consuetudinario» y el «derecho internacional general» y la relación entre «los principios generales del derecho» y «los principios generales del derecho internacional». Convendría además ponerse de acuerdo sobre la definición de los términos empleados desde el comienzo de los trabajos de fondo sobre el tema.

28. Por lo que hace a la metodología, el orador coincide con el Relator Especial en que el primer informe deberá incluir una descripción de los criterios sobre el derecho internacional consuetudinario que han adoptado los órganos jurisdiccionales internacionales y un estudio de la jurisprudencia de los tribunales internos, la labor de codificación que realizan las organizaciones no gubernamentales y la doctrina de los especialistas en derecho internacional público. Debería incluir también un estudio de la práctica de los Estados, puesto que el derecho internacional consuetudinario emana fundamentalmente de esa práctica.

29. Es indispensable delimitar el ámbito del tema desde las primeras fases de los trabajos. Eso permitirá, en particular, evitar cualquier duplicación con los trabajos que realiza la Comisión sobre otros temas. Sería razonable que el ámbito del tema abarcara la totalidad del derecho internacional consuetudinario, en diferentes campos.

30. El orador, al igual que el Relator Especial y otros miembros, opina que la aparición de nuevas normas imperativas de derecho internacional general, o *jus cogens*, constituye una cuestión separada que no debería abordarse en los trabajos sobre el tema. Cualquier decisión contraria debería ser explicada.

31. En cuanto a la forma que hay que dar al resultado final de los trabajos sobre el tema, es claramente preferible optar, no por un conjunto de normas, sino, como se sugirió en la Sexta Comisión, por una guía práctica sobre el derecho internacional consuetudinario destinada a los jueces, los juristas de la función pública y los profesionales del derecho.

32. Para terminar, el orador aprueba el calendario de los trabajos propuesto en la nota del Relator Especial.

33. El Sr. McRAE dice que el tema examinado constituye un verdadero reto en la medida en que suscita discrepancias en cuanto a la manera de abordarlo, la perspectiva que hay que adoptar y los aspectos a los que se debe dar preeminencia.

34. Es esencial elaborar un lenguaje común, pero más allá de la idea de un glosario, habría que ponerse de acuerdo sobre si la finalidad de la labor de la Comisión es la formulación de normas de fondo o de normas de procedimiento, en el supuesto de que se trate efectivamente de normas. El Relator Especial elude en cierto modo la dificultad al limitarse a hablar de conclusiones, pero esa dificultad puede plantearse nuevamente en la continuación de los trabajos.

35. El Relator Especial ha subrayado que el objetivo es la formación de los jueces nacionales, árbitros y otros profesionales del derecho que a menudo han de determinar y aplicar el derecho internacional consuetudinario a pesar de que estén poco preparados para ello. Es un objetivo digno de encomio, pero para alcanzarlo la Comisión tendrá que llegar a un resultado que verdaderamente sea fuente de autoridad, como los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>330</sup>.

<sup>330</sup> Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión, se reproduce en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

36. Por su parte, el Sr. Forteau ha estimado que la Comisión debería concentrarse en la prueba del derecho internacional consuetudinario y no en su formación. Si con ello quiere decir que la Comisión debería limitarse a indicar a jueces y gobernantes dónde hay que buscar el derecho internacional consuetudinario, esto es insuficiente. La Comisión no debe declarar únicamente que el derecho internacional consuetudinario se encuentra en la práctica de los Estados y la *opinio juris*, sino también explicar cómo analizar esa práctica y, aún más difícil, en qué consiste la *opinio juris* y el vínculo entre esta y la práctica. Es con respecto a esas cuestiones, que constituyen el meollo del derecho internacional consuetudinario, que la Comisión debe proporcionar líneas directrices, como el propio Relator Especial parece haber reconocido al presentar el tema.

37. Ahora bien, para que el resultado de los trabajos de la Comisión sobre el tema tenga el mismo grado de autoridad que sus artículos sobre la responsabilidad del Estado, habrá que tomar en consideración dos elementos. En primer lugar, la labor de la Comisión solo en parte será juzgada en función de lo comprensible que resulte para los jueces y los árbitros. El criterio determinante será sin duda si la comunidad del derecho internacional en su conjunto considera que esa labor refleja plenamente, incluso concilia, los puntos de vista contradictorios que existen sobre el derecho internacional consuetudinario. Para lograr ese objetivo, habrá que tener presentes las observaciones del Sr. Murase relativas a las expectativas de muchos universitarios; por ejemplo, la necesidad de ampliar la investigación más allá de las resoluciones judiciales, los distintos ángulos, subjetivos y objetivos, desde los cuales se pueden considerar las cuestiones, la escasez de práctica estatal en que basarse para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario, el valor intrínseco de la ambigüedad en todo el proceso de elaboración del derecho consuetudinario y la dificultad de pasar de la actividad específica consistente en determinar la existencia de una norma consuetudinaria a la elaboración de un consenso sobre el método que se ha de aplicar para lograrlo. En segundo lugar, la Comisión intentará quizás evitar los debates teóricos, pero el éxito de sus trabajos dependerá de la medida en que haya sabido dar la impresión de que ha tenido debidamente en cuenta la dimensión teórica del tema. Como han subrayado ya algunos miembros, la evolución de la estructura de la comunidad internacional significa que se deben tomar en consideración nuevos elementos para determinar la práctica de los Estados que está en el origen del derecho internacional consuetudinario y para comprender el fundamento consensual de este. Se deberá proseguir el debate entablado desde hace mucho tiempo acerca de la importancia relativa de la práctica de los Estados y la *opinio juris* y habrá que tener en cuenta las opiniones de quienes sistemáticamente niegan el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario.

38. La posición pragmática del Relator Especial constituye un buen punto de partida, pero convendría reservarse la posibilidad de ir mucho más allá de los puntos de vista teórico y práctico para que las propuestas, conclusiones o directrices que se formulen sean ampliamente aceptadas. Sería inútil repetir lo que figura en cualquier tratado de derecho internacional público.

39. Por último, el orador estima prematuro plantear cuestiones a los Estados antes de que el Relator Especial haya definido con mayor precisión el ámbito del tema y haya indicado las lagunas que podrían subsistir.

40. El Sr. GÓMEZ ROBLEDÓ recuerda que, en los sistemas jurídicos romanistas, la incorporación del derecho internacional al derecho interno solo se refiere a los tratados. Así, la Constitución mexicana no hace ninguna referencia a las normas consuetudinarias ni a los principios generales de derecho. Sin embargo, el derecho internacional abarca en la actualidad casi todos los aspectos de la vida y, por lo tanto, los jueces nacionales se ven obligados constantemente a aplicarlo. Por este motivo, en el marco de la reciente reforma constitucional, la Suprema Corte de Justicia de México instauró un control de convencionalidad a todos los niveles. Todos los jueces deben asegurarse de que sus resoluciones sean conformes, no solo al derecho interno, sino también al derecho internacional. La Suprema Corte declaró a este respecto que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pasaba a ser de aplicación obligatoria en el territorio mexicano. En ese sentido, un juez nacional podría quedar sin recursos ante una resolución del órgano jurisdiccional interamericano que mencionara la existencia de una norma de derecho consuetudinario. Los trabajos previstos por el Relator Especial serían, pues, sumamente útiles para ayudar a los jueces nacionales a identificar las normas consuetudinarias. Conviene, por consiguiente, insistir más en la prueba que en la formación, aunque ambas estén estrechamente relacionadas. A este respecto, como ha señalado acertadamente la Sra. Escobar Hernández, el empleo del término «documentación» en la versión española del título del tema no es adecuado para designar aquello de que se trata, esto es, la prueba o la determinación de la norma consuetudinaria.

41. En conclusión, el orador acoge con satisfacción que la Comisión se interese por este tema, y aun cuando es de prever que los Estados, en la Sexta Comisión, pongan en tela de juicio la utilidad de la empresa, no cabe duda que el Relator Especial sabrá convencerlos.

42. El Sr. PARK recuerda que la «formación» es el proceso mediante el cual se elaboran las normas de derecho internacional y que la «prueba» consiste en enumerarlas. Si bien conviene desde luego encontrar un equilibrio entre las dos facetas del tema, el orador opina que, en tanto en cuanto los trabajos de la Comisión tienen por objeto ofrecer orientaciones a los profesionales del derecho, convendría más bien hacer hincapié en la prueba. Esos trabajos, que conducirán a una guía práctica comentada para jueces, juristas de la función pública y profesionales del derecho, contribuirán indudablemente a eliminar algunas ambigüedades. Las cuestiones que los profesionales del derecho nacionales se plantean con más frecuencia versan, en particular, sobre la manera de probar la existencia de una norma consuetudinaria internacional, sobre todo cuando el gobierno que no ha ratificado todavía una convención internacional es apremiado por un tercer Estado a respetar cualquiera de sus disposiciones por cuanto refleja la costumbre internacional; la aquiescencia en el orden internacional, en particular en el proceso de formación del derecho internacional consuetudinario, la importancia de la duración del silencio, la

omisión; a propósito de la carga de la prueba, la cuestión de si el juez nacional debe basarse únicamente en la práctica para constatar la existencia de una norma consuetudinaria internacional o si también debe examinar la *opinio juris* y, en caso afirmativo, de qué manera; las relaciones entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados; el estatus jurídico de las resoluciones aprobadas por las organizaciones internacionales, en particular la Asamblea de las Naciones Unidas; la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda* y el vínculo con los trabajos de codificación.

43. El Relator Especial ha observado con razón que no había que descuidar los fundamentos teóricos del tema, pero sería inadecuado entrar en demasiados detalles. Por lo que hace a la metodología, el Relator Especial ha dicho que la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, especialmente de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional, proporciona las indicaciones más fiables sobre el tema, pero conviene tener presente que el examen de la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia interna no es tarea fácil, habida cuenta en particular de las divergencias que existen incluso en el ámbito de la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en el asunto del «*Lotus*», la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró, en 1927, que la costumbre era el resultado del asentimiento de los Estados, mientras que en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia estimó que la costumbre era la expresión de una regla objetiva.

44. Además de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, conviene tener en cuenta la práctica de los Estados que no han sido reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto. Por lo que respecta al alcance de los trabajos, el Relator Especial descarta de entrada el *jus cogens*, posición compartida ya por la mayoría de los miembros, pero, dado que los trabajos deberían conducir a una guía destinada a los profesionales del derecho nacionales, convendría dar un mínimo de explicaciones, indicando por ejemplo que el *jus cogens* no solo está definido en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, sino que existe también, en cierto modo, en la costumbre internacional. Por último, sería oportuno saber si el Relator Especial prevé incluir en el ámbito del tema el derecho consuetudinario regional.

45. El Sr. KAMTO dice que el Relator Especial, dadas sus notables cualidades como jurista internacionalista, y como jurista sin más, sabrá sin duda llevar a la Comisión a sacar el máximo provecho del tema examinado. Aun cuando no sea evidente que el proceso consuetudinario sea el mismo en el ordenamiento jurídico interno y en el ordenamiento jurídico internacional, no es indiferente que el Relator Especial pertenezca a una cultura que hace hincapié en la costumbre, es decir, la tradición del *common law*. En la nota que ha presentado a la Comisión, el Relator Especial se ha esforzado en balizar el itinerario que se propone seguir en el tratamiento del tema. En su presentación oral, se ha referido al estudio del CICR sobre el derecho humanitario consuetudinario<sup>331</sup>, que sin embargo habría ganado en figurar expresamente en la nota. Así, la sección B del capítulo relativo

<sup>331</sup> Véase la nota 329 *supra*.

a las cuestiones preliminares habría podido titularse «Labor de otros organismos relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario», lo que hubiera permitido mencionar ahí, además de la labor de la Asociación de Derecho Internacional<sup>332</sup> y el CICR, todos los demás trabajos de la misma naturaleza, en particular los del Princeton Project<sup>333</sup> pero también los de instituciones universitarias. En general, el orador suscribe sin reservas lo que el Sr. Murase dijo acerca del título del tema en la antepenúltima sesión, y no está convencido de que la Comisión tenga interés en tratar tanto la formación como la determinación del derecho internacional consuetudinario. El Sr. Murase ha presentado una argumentación convincente a la que se han adherido muchos miembros y que el orador hace suya. Estima, no obstante, que conviene hablar más bien de la «determinación», o, si se quiere ser más preciso, del «método de determinación» del derecho internacional consuetudinario, que de la «prueba» de la costumbre o del derecho internacional consuetudinario, pues el concepto de prueba es más restrictivo y no permitiría a la Comisión abarcar todos los aspectos fundamentales del tema tal cual el Relator Especial los ha esbozado en su nota.

46. En lo concerniente a la forma que podría revestir el resultado de los trabajos de la Comisión sobre este tema, el orador está de acuerdo con la orientación propuesta por el Relator Especial en el párrafo 24 de su nota, que pretende conducir más bien a unas directrices y consejos prácticos que a la elaboración de reglas inmutables. La propuesta del Sr. McRae de que la Comisión elabore un texto que tenga el mismo grado de autoridad que sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos inspira al orador bastantes reservas, ya que no se trata del mismo tipo de trabajo. En cuanto a la manera de proceder, el orador se congratula de que, como se desprende del párrafo 17, el Relator Especial no excluya totalmente el examen de aspectos teóricos, aunque la introducción que figura en su nota haya podido dar la impresión contraria. En efecto, sin cuestionar la importancia de la finalidad práctica de la labor de la Comisión, el orador estima que esta no puede permitirse examinar un tema basándose únicamente en la jurisprudencia de diversos órganos jurisdiccionales internacionales, regionales y nacionales. Al fin y a la postre, las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones se mencionan en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque solo sea como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. En suma, el resultado es lo que debe ser práctico y no el estudio mismo. En cuanto al calendario de trabajo propuesto en el párrafo 27 de la nota, no suscita ninguna observación concreta; es puramente indicativo y, por tanto, susceptible de ajustes en función de la evolución del examen del tema y de las circunstancias.

47. Por lo que respecta al fondo, el orador observa que si la norma consuetudinaria es difícil de determinar, ello es porque su formación a menudo genera contestación y porque su determinación es fuente de conflicto; de ahí la

importancia de la cuestión de la prueba de la costumbre. Efectivamente, como ha escrito un tratadista, en derecho internacional «se sabe cómo hacer tratados, pero no realmente cómo hacer costumbres»<sup>334</sup>. A veces los jueces revelan las normas de manera misteriosa, como hizo la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, pero esta se ha desquitado en su sentencia de 3 de abril de 2012 en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, en particular en el párrafo 55. Otras veces, prefieren evitar inmiscuirse en la prueba de la costumbre, como se desprende de la posición adoptada por el Órgano de Apelación de la OMC en la diferencia *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*. Sin embargo, su papel sigue siendo determinante en la revelación de la norma consuetudinaria. Al fin y al cabo, una vez que un juez ha dicho que una norma es una norma de derecho consuetudinario, aun cuando no haya señalado el método con arreglo al cual ha llegado a esa conclusión, es forzoso tomar nota de su resolución, lo que demuestra claramente que, como ha dicho ya el orador, la voluntad humana interviene a veces en la determinación de la norma consuetudinaria.

48. En lo que se refiere a los criterios de cantidad, es decir, el número de Estados que participan en la formación de la costumbre, y de calidad, esto es, la participación o no de los «Estados especialmente afectados», para repetir la fórmula de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte* (párr. 74), hay que preguntarse si uno de esos dos criterios puede prevalecer sobre el otro, en qué circunstancias y en qué condiciones. A esos dos criterios habría que añadir el criterio espacial o geográfico que puede servir de base para la determinación de una costumbre regional o local.

49. La frontera entre norma consuetudinaria y norma resultante del desarrollo progresivo es un aspecto importante, incluso fundamental, para la propia Comisión. Resulta efectivamente que, en muchos casos, la norma propuesta como producto del desarrollo progresivo descansa asimismo, como la norma consuetudinaria, sobre una abundante práctica de los Estados, a menudo convergente pero no unánime. Se plantea, pues, la cuestión de si es la existencia de la *opinio juris* en el caso de la costumbre y su ausencia en el caso de la *lex ferenda* lo que constituye el fundamento de la distinción entre normas de derecho consuetudinario y normas pertenecientes al desarrollo progresivo. En lo que concierne al paso de la norma no escrita a la norma escrita, o sea, la transformación mediante codificación de normas consuetudinarias en normas convencionales, el Magistrado Herczegh, en su declaración adjunta a la opinión consultiva emitida en 1996 por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, recordó que esa operación permite ciertamente remediar las debilidades del derecho consuetudinario confiriéndole la precisión del derecho convencional, pero, al mismo tiempo, y tal es el riesgo de la transcripción imperfecta, la codificación puede recortar o añadir

<sup>332</sup> Véase la nota 328 *supra*.

<sup>333</sup> Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Program in Law and Public Affairs, Princeton University, Princeton, Nueva Jersey, 2001.

<sup>334</sup> P.-M. Dupuy, «L'Unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public (2000)», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956-II*, vol. 297 (2002), pág. 160.

a la norma consuetudinaria, incluso acabar por transformarla. Se estaría entonces en presencia de dos normas consuetudinarias con un mismo objeto, una de las cuales permanecería en su estado de derecho consuetudinario mientras que la otra se habría cristalizado en virtud de la codificación. Los trabajos de la Comisión deberían llevar a esta a examinar el estatus respectivo de cada una de esas normas, ambas pretendidamente consuetudinarias. Dicho con otras palabras, el Relator Especial podría reflexionar sobre la cuestión de si la prueba de la norma consuetudinaria por el proceso de codificación deja intacta la posibilidad de una prueba no convencional, por ejemplo la prueba jurisprudencial. Ciertamente, la Corte Internacional de Justicia afirmó en su sentencia de 1986 sobre el fondo, en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, que es «evidente que las normas de derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y una aplicabilidad autónomas con respecto a las del derecho internacional convencional aun cuando ambas categorías de derecho tengan idéntico contenido» (párr. 179). Ahora bien, lo que interesa a la Comisión no es el contenido de la norma, sino su prueba. Así pues, se trata de saber si la referencia a la norma convencional codificada puede servir de medio de prueba o de determinación de la costumbre a un Estado que no es parte en la convención ni ha participado siquiera en su negociación.

50. Por lo que hace a la cuestión de la importancia respectiva de la práctica y la *opinio juris* en la formación de la costumbre, aunque en general la práctica es relativamente fácil de determinar, no ocurre lo mismo con la *opinio juris*. A este respecto procede, como ha dicho el Sr. Park, examinar el papel que juega la aquiescencia en materia de determinación de la *opinio juris*. Del mismo modo, hay que preguntarse si la intención desempeña algún papel en esta materia —y, si es así, cuál—, y qué ocurre con el silencio, al que la Sra. Jacobsson aludió en la penúltima sesión. Estas cuestiones no son meramente retóricas y el derecho internacional positivo no parece especialmente claro, ni concluyente, acerca de si, por ejemplo, los consentimientos expresados con ocasión de las negociaciones de una convención internacional y que quedan de manifiesto desde la fase de los trabajos preparatorios, esto es, antes de la firma del texto definitivo, constituyen *opinio juris*. A este respecto, Sir Robert Jennings, por ejemplo, planteó la cuestión de si el Estado o los Estados objetores podían excluirse de la aplicación general de la ley, y señaló que la observación de que la *opinio juris sive necessitatis* era en realidad el fruto del consenso, y no del consentimiento, respondía a ello con creces<sup>335</sup>. Habría que ver si la jurisprudencia se expresa claramente a este respecto y, si no, qué es procedente proponer.

51. Finalmente, el Relator Especial solamente ha mencionado el *jus cogens*, en el párrafo 23 de su nota, para descartarlo, por estimar que no es conveniente abordar su examen. Aunque esta toma de posición haya obtenido el apoyo de varios miembros, el orador teme que resulte prematuro adoptar una decisión de esa índole, ya que no está seguro de que la Comisión pueda evitar realmente el

examen de la formación y la prueba del *jus cogens* como elemento del derecho internacional consuetudinario. En el caso *Furundžija*, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia estatuyó, en su sentencia de 10 de diciembre de 1998, que

la otra característica principal del principio que prohíbe la tortura concierne a la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico internacional. En razón de la importancia de los valores que protege, ese principio ha devenido en una norma imperativa o de *jus cogens*, es decir, una norma que se sitúa en la jerarquía internacional en un rango más elevado que el derecho convencional e incluso que las normas del derecho consuetudinario «ordinario». La consecuencia más destacada es que los Estados no pueden dejar sin efecto ese principio por medio de tratados internacionales, costumbres locales o especiales o incluso normas consuetudinarias generales que no tienen el mismo valor normativo [párr. 153].

Al escribir «ese principio ha devenido», el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sugiere la existencia de un proceso o de una formación, sin indicar cómo uno u otra operan. Además, enuncia diversas categorías de costumbres —locales, especiales, generales— con respecto a las cuales la Comisión tendrá que examinar si se forman de la misma manera. Y si, según el Tribunal, los Estados no pueden dejar sin efecto el *jus cogens* ni siquiera por medio de una costumbre general, ¿quiere esto decir que una norma consuetudinaria de *jus cogens* se forma de una manera diferente a una norma consuetudinaria general? Se advierte a todas luces que este aspecto de la cuestión no es tan simple.

52. El Sr. NOLTE felicita a Sir Michael por su nombramiento como Relator Especial del tema de la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario que, a su juicio, es el tema más arduo y ambicioso que figura en el programa de trabajo de la Comisión. En su nota, el Relator Especial ha expuesto en líneas generales los trabajos futuros sobre el tema y, aunque haya mucho que decir acerca de las diferentes maneras de tratar este tema, le incumbe plenamente seguir adelante como ha propuesto. Los miembros que ya han hecho uso de la palabra han formulado muchas observaciones interesantes sobre diferentes puntos concretos y el orador no tiene la intención de repetir las ni de comentarlas en esta fase del debate preliminar sino que su intervención tendrá fundamentalmente por objeto el título del tema. El Sr. Forteau ha propuesto que el Relator Especial haga hincapié más bien en la prueba del derecho internacional consuetudinario que en su formación. Ha dado a entender que los profesionales del derecho desearían sobre todo saber cómo determinar el derecho internacional consuetudinario y que la Comisión llevaría a cabo una labor más bien abstracta si trataba de explicar la «formación» del derecho internacional consuetudinario. Ha retomado a este respecto una distinción que el Sr. Murase había introducido en el debate al distinguir entre un enfoque «instantáneo», que trata de determinar el estado del derecho internacional consuetudinario en un momento dado, y un enfoque más amplio que pretende explicar el proceso durante el cual se forma el derecho internacional consuetudinario. El orador comprende muy bien que, para los Estados y los profesionales del derecho, es sumamente importante estar en condiciones de determinar el derecho internacional consuetudinario en un momento dado. Así pues, no está en desacuerdo con el Sr. Forteau, ya que esto debe ser un elemento esencial de los trabajos sobre el tema.

<sup>335</sup> Véase R. Jennings, «What is international law and how do we tell it when we see it?», *Annuaire suisse de droit international*, vol. 37 (1981), págs. 59 a 88; véase también su opinión disidente en *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*.



Sin embargo, no suscribe la idea de que una clarificación de la «formación» del derecho internacional consuetudinario sería menos importante y constituiría una tarea puramente teórica. Los Estados y los profesionales del derecho no quieren solo saber por qué medios realizar la prueba de la existencia del derecho internacional consuetudinario, sino que quieren saber también cómo explicar a sus tribunales nacionales o a otros órganos por qué y en qué circunstancias esos medios llevan a la conclusión de que una norma determinada es o no una norma de derecho internacional consuetudinario. Por supuesto, al tratar de explicar la formación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión corre el riesgo de verse obligada a debatir sobre ciertas cuestiones de principio de carácter general, pero ello es al parecer inevitable en el marco de esta labor. La Comisión, si no examina esas cuestiones, no responderá a las expectativas de los Estados y la comunidad internacional en sentido amplio y el resultado de sus trabajos tal vez sea puesto en entredicho demasiado fácilmente.

53. Más exactamente, en el presente período de sesiones la Comisión ha reanudado, bajo la dirección de la nueva Relatora Especial, el examen del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Uno de los aspectos importantes de ese tema es la cuestión de si se puede distinguir una tendencia suficientemente clara para establecer la prueba de la existencia de una evolución del derecho internacional consuetudinario. Ello depende mucho de los factores que se tomen en consideración para constatar la existencia de la tendencia en cuestión. ¿Se trata únicamente, o principalmente, de decisiones concretas dictadas por los tribunales o adoptadas por los gobiernos y los cuerpos legislativos, o también de valores generales y declaraciones de principio y de evoluciones paralelas en esferas conexas, como el de la jurisdicción penal internacional? En opinión del orador, sería vano tratar de examinar esta cuestión intentando simplemente definir cuáles de esos factores son pertinentes para constatar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario en un momento preciso. Por el contrario, es preciso explicar cómo se forma una eventual nueva norma de derecho internacional consuetudinario a fin de comprender los diferentes factores que intervienen, lo cual supone evidentemente una reflexión más general. La Comisión, si omite hacerlo, pasará por alto la característica fundamental del derecho internacional consuetudinario, a saber, el hecho de que, a diferencia de otras fuentes del derecho internacional y de las distintas formas de legislación interna, el derecho internacional consuetudinario es a la vez el resultado y el elemento de un proceso, característica que, a juicio del orador, se ha de tomar imperativamente en consideración cuando los Estados y otros actores tratan de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario en un momento preciso.

54. Otro aspecto importante es que, como ha indicado el Relator Especial, uno de los principales objetivos de los trabajos sobre el tema, y quizás el principal, es ofrecer a los tribunales internos orientaciones sobre la manera de proceder cuando les incumbe aplicar normas de derecho internacional consuetudinario. El Sr. Petrič, en particular, ha confirmado que este punto es extremadamente importante. Ha señalado a la atención de la Comisión que muchas constituciones reconocen al derecho internacional

consuetudinario un lugar especial en el ordenamiento jurídico interno y, a menudo, un rango superior al del derecho convencional, lo que parece indicar que la voluntad de los tribunales nacionales de determinar y aplicar normas de derecho internacional consuetudinario de conformidad con las disposiciones constitucionales puede depender de hasta qué punto un órgano autorizado, como la Comisión de Derecho Internacional, es capaz de explicar debidamente su carácter específico y vinculante. Si se contenta con adoptar un enfoque «instantáneo» o con elaborar una lista técnica de las fuentes de los elementos probatorios, la Comisión pasará por alto esta importante dimensión del derecho internacional consuetudinario.

55. El objetivo de los trabajos de la Comisión sobre el tema de la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario no debe ser solo brindar orientaciones prácticas a los jueces y otros intervinientes que no están muy familiarizados con el derecho internacional consuetudinario. La Comisión debe dar asimismo una opinión fundamentada para los concededores de ese derecho. Los debates académicos que tienen lugar en muchos países ponen de manifiesto una honda preocupación de orden práctico; en la actualidad, los juristas y los jueces nacionales se preguntan cuáles son las particularidades del derecho internacional consuetudinario y si es legítimo otorgarle un estatus especial en el ordenamiento jurídico interno. Por ejemplo, la facilidad, o al contrario la dificultad, con la que las normas consuetudinarias cambian tiene una gran incidencia en la legitimidad y el valor de autoridad de esas normas, en el ámbito internacional pero también en el nacional. La Comisión debe tener presente que sus trabajos tendrán repercusiones en lo que concierne a la legitimidad y el valor de autoridad del propio derecho internacional consuetudinario, en los sistemas jurídicos nacionales y fuera de ellos. Por consiguiente, tendrá que justificar cada una de sus conclusiones.

56. Por último, como ha sugerido el Sr. Petrič, sería útil que el Relator Especial recurriera también a las fuentes de derecho en otras lenguas además del francés y el inglés, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

#### **La cláusula de la nación más favorecida (A/CN.4/650 y Add.1, secc. F)**

[Tema 9 del programa]

#### INFORME ORAL DEL GRUPO DE ESTUDIO

57. El Sr. McRAE (Presidente del Grupo de Estudio) recuerda que la Comisión decidió volver a constituir en el presente período de sesiones el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF) y que este celebró seis sesiones. El objetivo general del Grupo de Estudio es tratar de evitar la fragmentación del derecho internacional y poner de manifiesto la importancia de lograr una mayor coherencia en los planteamientos adoptados por los tribunales que dictan laudos arbitrales en materia de inversiones, en particular en relación con las disposiciones relativas a las cláusulas NMF. Se considera que el Grupo de Estudio podría contribuir al logro de una mayor seguridad y estabilidad en este ámbito. El Grupo trata así de elaborar un texto que tenga una utilidad

práctica para quienes intervienen en el ámbito de las inversiones y para los responsables políticos, y no tiene intención de elaborar proyectos de artículo ni de revisar el proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida aprobado por la Comisión en 1978<sup>336</sup>.

58. El Grupo de Estudio ha examinado varios documentos de trabajo destinados a aclarar en mayor medida los problemas que plantean actualmente las cláusulas NMF. Tuvo ante sí, en particular, un documento de trabajo sobre la interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales arbitrales que se ocupan de asuntos de inversiones, elaborado por su Presidente. Este documento de trabajo era una versión reestructurada del documento de 2011, titulado «Interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones», en la que se tenían en cuenta las últimas novedades en el ámbito considerado y las conclusiones de los debates mantenidos por el Grupo de Estudio en 2011<sup>337</sup>. El examen de ese documento dio lugar a un cambio de impresiones sobre la cuestión de si la naturaleza del tribunal tenía alguna incidencia sobre su interpretación de los tratados y, en particular, si la naturaleza mixta del arbitraje era un elemento pertinente en el proceso interpretativo. A estos efectos, el Sr. Forteau preparó un documento de trabajo sobre los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento.

59. El Grupo de Estudio también tuvo ante sí un documento de trabajo oficioso sobre modelos de cláusulas NMF posteriores al asunto *Maffezini*, en el que se examinaban las diversas formas en que los Estados habían reaccionado a la resolución dictada en el asunto *Maffezini*, por ejemplo declarando expresamente que la cláusula NMF no se aplica a las disposiciones relativas a la solución de controversias; o declarando expresamente que la cláusula NMF sí se aplica a las disposiciones relativas a la solución de controversias; o enumerando expresamente los ámbitos a los que se aplica la cláusula NMF. El Grupo de Estudio examinó también un documento de trabajo oficioso que incluía una visión de conjunto de la formulación de las cláusulas NMF en los acuerdos relativos a la sede que confieren a los representantes de los Estados ante la organización los mismos privilegios e inmunidades de que gozan los diplomáticos en el Estado anfitrión. Estos dos documentos, así como otro documento de trabajo oficioso sobre los tratados fiscales bilaterales y la cláusula de la nación más favorecida, que no fue examinado por el Grupo de Estudio, siguen siendo objeto de elaboración y continuarán actualizándose para asegurar su exhaustividad.

60. El documento de trabajo sobre los efectos de la naturaleza mixta de los arbitrajes sobre inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento tenía por objeto explicar la naturaleza mixta del arbitraje relativo a inversiones, examinar las modalidades particulares de la aplicación de la cláusula NMF en caso de arbitraje mixto y estudiar los efectos de esos arbitrajes en la aplicación de la cláusula NMF a disposiciones

de procedimiento. Se aducía que la naturaleza mixta del arbitraje relativo a inversiones actuaba a dos niveles ya que, al ser las partes en el procedimiento un demandante privado y un Estado demandado, no tenían la misma naturaleza. Asimismo, se argumentaba que el tribunal en esa instancia era un sustituto funcional de un tribunal nacional, por lo demás competente, del Estado receptor. Por lo tanto, el arbitraje mixto se situaba entre los planos nacional e internacional, y, cuando se refería a inversiones, tenía afinidades tanto con el arbitraje comercial internacional como con el arbitraje público internacional. Tenía un elemento privado y un elemento público.

61. En el documento de trabajo sobre la interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales arbitrales sobre inversiones se reconocía que, aunque esos tribunales se basan en la interpretación de los tratados o invocan los medios de interpretación previstos en la Convención de Viena de 1969 para interpretar las cláusulas NMF, no había gran coherencia en la forma en que los tribunales sobre inversiones abordaban en la práctica el proceso interpretativo, ni necesariamente en las conclusiones a que llegaban. En consecuencia, en el documento se examinaban con mayor detalle los criterios adoptados por los tribunales sobre inversiones, tratando de determinar algunos factores que parecían influir en esos tribunales al interpretar las cláusulas NMF y de identificar determinadas tendencias.

62. Esos factores y tendencias consistían, en particular: a) en el establecimiento de una distinción entre *fondo y procedimiento*, examinando la cuestión básica de si, en principio, una cláusula NMF puede referirse a disposiciones tanto procedimentales como sustantivas del tratado; b) en la interpretación de la cláusula NMF con respecto a las disposiciones del tratado relativas a la solución de controversias como una *cuestión de competencia*, remitiendo implícitamente en ciertos asuntos a una norma supuestamente superior para determinar si el alcance de una cláusula NMF era el de un acuerdo de arbitraje, mientras que en otros asuntos se establecía una distinción entre *competencia y admisibilidad*, en cuyo caso una disposición relativa al derecho de accionar, que era una cuestión de competencia, se distinguía de una disposición relativa a la forma en que debía ejercitarse una acción, interpretada como perteneciente al ámbito de la admisibilidad; c) en la adopción del planteamiento de las *disposiciones relativas a los conflictos entre tratados*, con arreglo al cual los tribunales tenían en cuenta el hecho de que la materia que se trataba de incorporar al tratado ya se recogía, de una forma diferente, en el tratado básico mismo; d) en la consideración de la *práctica* convencional de cualquiera de las partes en el tratado bilateral de inversión en virtud del cual se reclamaba el trato NMF como medio de determinar la intención de las partes respecto del alcance de la cláusula NMF; e) en la consideración del *momento pertinente* en que se celebró el tratado (principio de contemporaneidad), así como de la *práctica ulterior*, para determinar la intención de las partes; f) en la evaluación de la influencia en el tribunal del contenido de la disposición que se pretendía sustituir o añadir por medio de una cláusula NMF; g) en el reconocimiento de una *doctrina del precedente* implícita resultante más bien de un deseo de coherencia que de una eventual estructura jerárquica; h) en la evaluación

<sup>336</sup> *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 17 y ss.

<sup>337</sup> Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 188 a 190, párrs. 351 a 360.

del contenido de la disposición invocada para determinar si, de hecho, otorgaba un *trato más o menos favorable*; e *i*) en la consideración de la existencia de *excepciones de «política pública»*.

63. Sobre la base de ese documento de trabajo elaborado por el Sr. McRae, en el que también se analizaba con carácter preliminar la orientación que podía seguir el Grupo de Estudio, este entabló un cambio de impresiones sobre tres cuestiones principales: *a*) si, en principio, una cláusula NMF podía aplicarse a las disposiciones de los tratados bilaterales de inversión relativas a la solución de controversias; *b*) si las condiciones enunciadas en los tratados bilaterales de inversión que permitían a los inversores invocar las disposiciones relativas a la solución de controversias podían afectar a la competencia de un tribunal; y *c*) cuáles eran los factores pertinentes en el proceso interpretativo para determinar si una cláusula NMF que figuraba en un tratado bilateral de inversión se aplicaba a las condiciones del recurso al procedimiento de solución de controversias.

64. El Grupo de Estudio reconoció que la cuestión de si una cláusula NMF podía o no aplicarse a las disposiciones relativas a la solución de controversias correspondía al ámbito de la interpretación de los tratados y que la respuesta dependía de las circunstancias de cada caso. Cada disposición convencional tenía sus peculiaridades que había que tener en cuenta. Se señaló que no había ningún problema particular cuando las partes incluían o excluían expresamente las condiciones de acceso a la solución de controversias en el marco de su cláusula NMF. La cuestión de la interpretación se planteaba, como en la mayoría de los casos, cuando las cláusulas NMF de los tratados bilaterales de inversión existentes no indicaban expresamente la inclusión o la exclusión de las cláusulas de solución de controversias. Se señaló que, por lo menos, los tribunales no tenían necesidad de preguntarse, al interpretar cláusulas NMF de los tratados bilaterales de inversión, si tales cláusulas eran en principio aplicables a las disposiciones relativas a la solución de controversias. Tras el asunto *Maffezini*, sería prudente que los Estados indicaran su preferencia.

65. En el contexto de su labor futura, el Grupo de Estudio seguirá examinando los diferentes factores que los tribunales han tomado en consideración a efectos de la interpretación a fin de estudiar la posibilidad de formular recomendaciones en relación con: *a*) el alcance del contexto; *b*) la pertinencia del contenido de la disposición que se desea sustituir; *c*) la interpretación de la disposición que se desea incluir; *d*) la pertinencia de los trabajos preparatorios; *e*) la práctica convencional de las partes; *f*) el principio de contemporaneidad. Se consideró que sería necesario seguir estudiando los aspectos relativos a la interpretación de la cláusula NMF más allá del asunto *Maffezini*, si podía aclararse mejor la distinción entre competencia y admisibilidad establecida en la jurisprudencia, quién estaba legitimado para invocar la cláusula NMF, si cabía interpretar de una manera particular la expresión «trato menos favorable» cuando una disposición de esa índole se invocaba en el contexto de tratados bilaterales de inversión, y si las excepciones de «política pública» tenían un papel que desempeñar como limitación de la aplicación de la cláusula NMF.

66. El Grupo de Estudio recordó que anteriormente había estimado necesario examinar más a fondo la cuestión de la cláusula NMF en relación con el comercio de servicios en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y los acuerdos de inversión, así como las relaciones entre las normas del trato NMF, el trato justo y equitativo y el trato nacional. El Grupo de Estudio tendrá presentes estas cuestiones mientras avance en sus trabajos. También se recordó que se había previsto estudiar con mayor detalle la relación entre la cláusula NMF y los acuerdos comerciales regionales. Se sugirió además que había otras cuestiones de actualidad que suscitaban interés, como la relación entre los acuerdos de inversión y los derechos humanos. No obstante, el Grupo de Estudio era consciente de la necesidad de no ampliar el alcance de su labor y, por lo tanto, debía guardarse de examinar aspectos que pudieran desviar su atención acerca de su labor en ámbitos en que se planteaban problemas relacionados con la aplicación de las disposiciones del proyecto de artículos de 1978.

67. Finalmente, el Grupo de Estudio procedió a un cambio de impresiones sobre las líneas generales de sus trabajos futuros. A este respecto, se ha previsto preparar para el próximo período de sesiones de la Comisión un informe en el que se presentará el contexto general de la materia, se analizará la jurisprudencia situándola en su contexto, se señalarán las cuestiones que ya se han planteado y las tendencias observadas en la práctica y, si procede, se formularán recomendaciones e incluso se propondrán cláusulas tipo; los dos documentos de trabajo ya examinados formarán parte integrante de ese informe. Por último, el Grupo de Estudio confía en poder concluir su labor en los próximos dos o tres períodos de sesiones de la Comisión.

68. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea tomar nota del informe oral del Grupo de Estudio.

*Así queda acordado.*

### **Aplicación provisional de los tratados**<sup>338</sup>

[Tema 6 del programa]

INFORME ORAL DEL GRUPO DE ESTUDIO

69. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO (Presidente del Grupo de Estudio sobre la aplicación provisional de los tratados) dice que el Grupo de Estudio se reunió los días 19 y 25 de julio para iniciar el debate sobre ciertas cuestiones que sería útil examinar en el marco de los trabajos sobre el tema durante el presente quinquenio. Tuvo ante sí un documento oficioso de su Presidente en el que se exponían algunos elementos preliminares y que tenía que leerse junto con la sinopsis, preparada por el Sr. Gaja, que figuraba en el anexo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones (2011).

<sup>338</sup> Este tema se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en 2011 [*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 191, párrs. 365 a 367], sobre la base de la propuesta que figura en el anexo III de la Comisión sobre la labor realizada en el mismo período de sesiones (ibíd., pág. 219).

70. Al abrir el debate, el Presidente del Grupo de Estudio señaló que su propósito era presentar un informe preliminar sobre el tema en el 65.º período de sesiones de la Comisión (2013) e insistió en la necesidad de que esta se basara en sus precedentes trabajos en la esfera del derecho de los tratados y en los trabajos preparatorios de los artículos pertinentes de la Convención de Viena de 1969. El Grupo de Estudio examinó, en particular, las cuestiones siguientes: las medidas procedimentales que constituyen las condiciones previas de la aplicación provisional y su terminación; la relación entre el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969, relativo a la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, y el régimen de la aplicación provisional establecido por el artículo 25 del mismo instrumento; la pertinencia de las situaciones jurídicas creadas por la aplicación provisional de un tratado a los efectos de la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario; y la utilidad del envío de un cuestionario a los Estados sobre su práctica y, llegado el caso, el contenido del mismo.

71. Con respecto a la relación entre los artículos 18 y 25 de la Convención de Viena de 1969, la mayoría de los miembros opinaron que el régimen de aplicación provisional establecido por el artículo 25 iba más allá de la obligación general de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor establecida por el artículo 18. Opinaron que estos dos artículos, aunque relacionados entre sí puesto que ambos se referían al período anterior a la entrada en vigor del tratado, daban lugar a regímenes jurídicos distintos que debían ser tratados como tales.

72. En cuanto a la cuestión de si la situación creada por la aplicación provisional de un tratado era pertinente a los efectos de la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario, los miembros del Grupo de Estudio convinieron en que los aspectos relativos a la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario no pertenecían al ámbito del tema. No obstante, se podía tomar en consideración la posibilidad de examinar la naturaleza consuetudinaria del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

73. El Grupo de Estudio estimó que era prematuro pedir información a los Estados; en el momento oportuno, se les podría formular, por medio de un cuestionario, preguntas sobre su práctica legislativa, diplomática, judicial y parlamentaria. En opinión de un miembro, sería preferible limitarse a pedir información sobre la legislación nacional pertinente. Sea lo que fuere, se subrayó que la Comisión no podía hacer caso omiso de la posición que adoptaban los Estados sobre la cuestión de la aplicación provisional de los tratados; algunos miembros indicaron a este respecto que una visión de conjunto de la práctica era suficiente.

74. El Grupo de Estudio abordó otras cuestiones, entre otras las siguientes: el significado exacto de «aplicación provisional de un tratado» y las diversas formas y manifestaciones de esta; el fundamento jurídico de la aplicación provisional de un tratado, es decir, el propio artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 o un acuerdo paralelo al tratado; los órganos competentes para resolver sobre la aplicación provisional de un tratado, y la relación entre esta cuestión y el artículo 46 de

la Convención de Viena, relativo a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. El Grupo de Estudio examinó asimismo la cuestión de si el régimen de la aplicación provisional era el mismo para los diferentes tipos de tratados y si la aplicación provisional de un tratado generaba obligaciones jurídicamente vinculantes cuya violación daba lugar a la responsabilidad del Estado. El Grupo abordó finalmente la cuestión de las modalidades y los efectos de la terminación de la aplicación provisional de un tratado, analizados desde un punto de vista retrospectivo. Los miembros convinieron además en que era demasiado pronto para pronunciarse sobre la cuestión de la forma final de los trabajos. Algunos mencionaron la posibilidad de elaborar proyectos de artículo, aunque subrayaron que en esta fase de los trabajos no había que excluir la posibilidad de proponer directrices o cláusulas tipo.

75. Varios miembros aludieron a la posibilidad de pedir a la Secretaría que elaborase un memorando sobre el tema. El Presidente del Grupo de Trabajo conviene en que sería muy útil poder disponer de un estudio sobre los trabajos ya realizados por la Comisión sobre la aplicación provisional de los tratados y sobre los trabajos preparatorios de los artículos pertinentes de la Convención de Viena de 1969 e invita a la Comisión a que encomiende a la Secretaría la elaboración de un memorando de esa índole.

76. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea tomar nota del informe oral del Grupo de Estudio sobre la aplicación provisional de los tratados y apoyar la recomendación que en él figura.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

## 3152.ª SESIÓN

*Lunes 30 de julio de 2012, a las 10.05 horas*

*Presidente: Sr. Lucius CAFLISCH*

*Miembros presentes:* Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, 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. 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

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

[Tema 7 del programa]

NOTA DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. Sir Michael WOOD (Relator Especial), al recapitular el debate sobre el nuevo tema «Formación y prueba