

la Comisión debería analizar también el derecho indicativo o no vinculante (*soft law*), como las declaraciones de los representantes de los Estados y los intercambios de puntos de vista confidenciales. A tal efecto, debería tener en cuenta el cargo desempeñado por los autores de esa práctica, por ejemplo los miembros de la troika, cuyas declaraciones son jurídicamente vinculantes y tienen más peso que las de otros funcionarios. La Comisión debería examinar asimismo el comportamiento real de los Estados. Convendría investigar la práctica de los tribunales constitucionales, que dictan importantes decisiones, y las disposiciones de las constituciones de los Estados que enuncian el modo de dar efecto al derecho internacional.

48. Es importante tener presente que, antes de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional consistía esencialmente en derecho internacional consuetudinario. Con la reciente codificación de las principales esferas del derecho internacional, el derecho internacional consuetudinario se ha convertido ahora en una fuente un tanto subsidiaria. La Comisión ha de tener presente este cambio de estatus de la costumbre en los últimos sesenta años cuando examine la doctrina y la práctica de los Estados tanto clásica como moderna.

49. Finalmente, el Sr. Petrič estima que lo razonable sería que la Comisión limitara sus ambiciones a formular conclusiones, en lugar de reglas o criterios, en lo que concierne a la formación del derecho internacional consuetudinario.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

### 3183.ª SESIÓN

*Viernes 19 de julio de 2013, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Bernd H. NIEHAUS

*Miembros presentes:* Sr. Cafilisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gevorgian, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

#### Organización de los trabajos del período de sesiones (conclusión\*)

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE da lectura al programa de trabajo propuesto para las tres últimas semanas del período de sesiones.

*Queda aprobado el programa de trabajo para las tres últimas semanas del período de sesiones.*

\* Reanudación de los trabajos de la 3180.ª sesión.

#### Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (continuación) (A/CN.4/657, secc. E, A/CN.4/659, A/CN.4/663)

[Tema 8 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

2. El Sr. MURPHY felicita al Relator Especial por la riqueza de su primer informe (A/CN.4/663) y dice que el estudio que la Secretaría ha dedicado a los trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema (A/CN.4/659) también arroja sobre este una luz muy útil.

3. En la introducción de su informe, el Relator Especial menciona el debate celebrado en 2012 en la Sexta Comisión. Ha omitido, sin embargo, indicar que los Estados aludieron a la cuestión de la documentación de las normas consuetudinarias regionales, lo que viene a confirmar su elección de abordar ese punto en su tercer informe. Por otra parte, invita a la Comisión a que vuelva a pedir a los Estados que le den información sobre su práctica. El Sr. Murphy, que no se siente muy optimista en cuanto a los resultados de esta iniciativa, se une al Relator Especial para incitar a los miembros de la Comisión a comunicar los datos de que ellos mismos dispongan.

4. En lo que concierne a la parte del informe dedicada al alcance y los resultados, y más concretamente al título del tema, el Sr. Murphy subraya que el término inglés *evidence* («documentación») está estrechamente relacionado con los trabajos relativos a la costumbre internacional que la Comisión emprendió ya en 1949<sup>124</sup> en virtud del artículo 24 de su estatuto, artículo en el cual, además, se emplea ese término. Ahora bien, el orador no tendría inconveniente alguno en que se sustituyera el término *evidence* («documentación») por el de *identification* («identificación»), que es su sinónimo según el plan general del examen del tema elaborado en 2011<sup>125</sup>. La presencia del término «formación» en el título tampoco le parece indispensable, aun cuando la cuestión de la formación de la costumbre aparecerá sin duda en el proyecto de una forma o de otra. Por su parte, el Sr. Murphy propone un título que consta de tres palabras: «Derecho internacional consuetudinario», que pone claramente de manifiesto que el objeto del estudio es realmente las normas fundamentales de esta materia. En cuanto a la cuestión del *jus cogens*, parecería que la Corte Internacional de Justicia, al declarar en el fallo dictado en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* que la prohibición de la tortura constituye una norma de derecho internacional consuetudinario que ha adquirido carácter imperativo (*jus cogens*), consagra la existencia de una obligación consuetudinaria reforzada, una costumbre «súper», que se distingue de la costumbre «normal». Quizá convendría que la Comisión examinase

<sup>124</sup> La Comisión examinó el tema «Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario» en sus períodos de sesiones primero y segundo, celebrados en 1949 y 1950 (véanse *Yearbook of the International Law Commission 1949*, págs. 283 y 284, párrs. 35 a 37, y *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, págs. 367 a 374, párrs. 24 a 94).

<sup>125</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo I, párrs. 6 a 10.

esa distinción. No obstante, el carácter muy particular de las normas de *jus cogens*, que entre otras cosas parecen dar primacía a ciertos «pequeños» tratados con respecto a los «grandes» tratados multilaterales, justifica en principio que se elimine el *jus cogens* del ámbito del tema examinado. A propósito de las posibles diferencias que existen según las ramas del derecho internacional entre las normas que rigen la formación y documentación de la costumbre, el Sr. Murphy, aunque suscribe la observación del Sr. Tladi, según el cual no conviene considerar a priori que las normas de derecho internacional se aplican de manera uniforme, recuerda que, a juicio del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación, la fragmentación de las ramas del derecho internacional presupone la existencia de un sistema jurídico unitario<sup>126</sup>. Con respecto a esa posición, estima que prevalece la unidad de las normas que rigen la costumbre internacional. Por último, el Sr. Murphy se declara partidario también de que el resultado de los trabajos de la Comisión adopte la forma de una serie de conclusiones.

5. Por lo que respecta a los párrafos 28 a 45 del informe, el Sr. Murphy apoya la idea de que la Comisión examine, aunque sea brevemente, las relaciones entre la costumbre internacional y las demás fuentes del derecho internacional, en particular porque, como indica el Relator Especial, la distinción entre la costumbre y los principios generales del derecho no siempre está muy clara en la jurisprudencia ni en la doctrina. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de 1996, es un buen ejemplo de ello, ya que la Corte funda sus conclusiones, en particular, sobre el análisis de la costumbre internacional, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional general sin aclarar, sin embargo, las relaciones entre esas diferentes fuentes.

6. Por lo que hace a los párrafos 46 a 101 del informe y la cuestión del planteamiento «moderno» o «tradicional» de la costumbre, el Sr. Murphy prefiere no entrar en ese debate y considera que la práctica y la *opinio juris* han constituido siempre los dos elementos indispensables de la costumbre internacional y que siguen siendo distintos, aunque la presencia de la *opinio juris* haya resultado a veces más difícil de deducir de la práctica de los Estados.

7. Por último, habida cuenta de la dificultad del tema, es posible que los trabajos de la Comisión sean en realidad de más larga duración de lo que prevé el Relator Especial, y el Sr. Murphy estima que sería prematuro remitir los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

8. El Sr. PARK subraya que el primer informe del Relator Especial y el estudio de la Secretaría constituyen unas bases de trabajo esenciales para la Comisión y recuerda que Hans Kelsen consideraba el tema examinado como una materia sumamente compleja a causa de la parte de elementos «inconscientes» y «no deliberados» que

caracterizan a la costumbre<sup>127</sup>. El primer informe del Relator Especial tiene dos facetas, la segunda de las cuales, dedicada al análisis de la jurisprudencia y la doctrina, permite deducir una tendencia actual relativa a la costumbre internacional.

9. A propósito de la fragmentación del derecho internacional y de la existencia de reglas de formación y documentación diferentes según las ramas de ese derecho, el Sr. Park manifiesta, por su parte, que no está de acuerdo con esa idea. Como esta cuestión es esencial para la orientación de los trabajos de la Comisión, desearía que el Relator Especial aclarase su posición. En cambio, el orador se muestra totalmente de acuerdo con este cuando recomienda excluir por ahora el *jus cogens* del ámbito del tema, aunque debe constatar, como él, que derecho consuetudinario y normas imperativas están estrechamente relacionados entre sí, como se desprende del párrafo 99 del fallo dictado en la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* antes citada.

10. En lo concerniente a la cuestión de los efectos de los tratados en el derecho internacional consuetudinario, en particular los «convenios de “codificación” ampliamente aceptados» (párrafo 35 del informe), sería conveniente que el Relator Especial, cuando profundice en esta cuestión en su próximo informe, se detenga en los efectos de los tratados multilaterales elaborados por la Comisión pero que no han entrado en vigor, los efectos de los tratados multilaterales con un número reducido de partes y la cuestión del valor de esos instrumentos como pruebas del derecho internacional consuetudinario. Además, en lo que se refiere a la delicada distinción entre derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho, sería importante incluir una definición de estos últimos en el proyecto de conclusión 2, sobre los términos empleados, en razón del objetivo práctico asignado a los trabajos de la Comisión, a saber, ofrecer orientaciones a aquellos a quienes incumbe aplicar las normas de derecho internacional consuetudinario (en particular, los jueces nacionales en el marco de los sistemas monistas).

11. En cuanto a la segunda faceta del primer informe del Relator Especial, el Sr. Park subraya, en lo que se refiere a la actitud de los Estados y los actores intergubernamentales con respecto a la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, la importancia de tomar en consideración los trabajos de los relatores especiales de los órganos de tratados de las Naciones Unidas, y cita como ejemplo el informe final presentado en 1998 por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado<sup>128</sup>, en el que la Relatora Especial demuestra el carácter consuetudinario de la prohibición de la esclavitud. En lo que concierne a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el Sr. Park observa que, en el párrafo 64 de su informe, el Relator Especial se limita a constatar que, para ciertos autores, la Corte realiza generalmente en sus razonamientos el papel del derecho internacional consuetudinario, mientras que,

<sup>126</sup> Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, informe del Grupo de Estudio de la Comisión completado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]), párrs. 407 y ss., disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones (el texto definitivo se publicará como un anexo del *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte)).

<sup>127</sup> H. Kelsen, *Principles of International Law*, Nueva York, Rinehart, 1952, pág. 308.

<sup>128</sup> E/CN.4/Sub.2/1998/13.

para otros tratadistas, no siempre demuestra con suficiente rigor la existencia de las normas consuetudinarias invocadas. El Sr. Park desearía que el Relator Especial precisara cuál de esas dos concepciones de la Corte es a su juicio la dominante. También habría que precisar el valor que debe atribuirse a los votos particulares concurrentes y disconformes emitidos por los magistrados de la Corte sobre los elementos de la costumbre.

12. Por lo que respecta a las conclusiones propuestas por el Relator Especial, el Sr. Park dice que habría que añadir el objetivo del tema en el proyecto de conclusión 1 (Alcance). En el proyecto de conclusión 2 (Términos empleados), sería preferible no hacer remisión al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuya pertinencia es controvertida. Sería útil, además, definir también los principios generales del derecho. En cuanto al título del tema, tiene que reflejar el objetivo de los trabajos. Una expresión como «verificación de la existencia del derecho internacional consuetudinario» resolvería los problemas planteados por el término «documentación».

13. El Sr. NOLTE toma nota de los argumentos aducidos por los miembros que quisieran circunscribir el tema a la documentación del derecho internacional consuetudinario solamente, pero dice que debe prestarse alguna atención a los aspectos fundamentales de la formación, ya que el debate sobre la pertinencia de la existencia de una «tendencia» en una esfera determinada desempeña un papel importante, tanto en los tribunales como en la jurisprudencia, como ha demostrado el examen de otro tema tratado por la Comisión. No obstante, el término «formación» puede suprimirse en el título. También hay que prestar mayor atención a la interacción entre las normas y los principios de carácter más o menos general que constituyen el derecho internacional consuetudinario.

14. Otra interacción esencial es la que se da entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, que a menudo se utilizan como complemento, si no en lugar, de los criterios tradicionales de la costumbre. Es concebible, pues, que una norma consuetudinaria sea interpretada a la luz de un principio general reconocido. El papel de esos principios está estrechamente relacionado con la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, pero, en vista de la necesidad de tener en cuenta el alcance del tema, es preciso distinguir estas cuestiones. La Comisión, sin embargo, debe velar por que no se cierre la puerta a una posible identificación de los principios generales como fuente de derecho internacional, en sí mismos o como complemento de otras normas nacidas de otras fuentes. En cualquier caso, hay que determinar por lo menos, como dice el párrafo 36 del informe, cuáles son las normas que, por su propia naturaleza, tienen que basarse en la práctica de los Estados. Pero esas normas no pueden ser determinadas solamente por su carácter «secundario», sino que deben serlo también por su contenido.

15. Para terminar, el Sr. Nolte aprueba que no se haga ninguna distinción entre las doctrinas «positivistas» y las doctrinas «críticas», así como la referencia, en el párrafo 65 del informe, al criterio de la «prueba disponible» mencionado por el Presidente de la Corte Internacional

de Justicia<sup>129</sup>. Este último aspecto merece ser profundizado, y el hecho de insistir en la disponibilidad no es incompatible con la voluntad de hacer más iguales a los Estados frente al proceso de documentación de la costumbre. Finalmente, cabe preguntarse si la observación que se hace en la última nota del párrafo 84 del informe, en la que se recuerda que no corresponde a un tribunal nacional «desarrollar» el derecho internacional<sup>130</sup>, es aplicable asimismo a los órganos jurisdiccionales internacionales, sobre todo si se considera que el planteamiento adoptado a efectos de la documentación del derecho debe ser el mismo para todos.

16. El Sr. ŠTURMA dice que el tema que se examina debe abarcar tanto la formación como la documentación del derecho internacional consuetudinario, si bien el título, efectivamente, puede mencionar solo el segundo de esos procesos e incluso quedar reducido a «derecho internacional consuetudinario». Se trata aquí de la esfera de las fuentes formales del derecho internacional, y es imposible examinar la documentación de la costumbre sin abordar su formación, en particular la cuestión de si se han satisfecho los criterios de formación. A fin de zanjar el debate que aparentemente divide a la Comisión acerca de las normas secundarias, se podría recurrir a la definición más amplia de H. Hart, que las califica de «normas sobre las normas» que establecen el procedimiento de formación o modificación de las normas primarias<sup>131</sup>. Se puede sin duda excluir el *jus cogens* del ámbito del tema, pero no hay que pasar por alto totalmente sus relaciones con el derecho internacional consuetudinario. La Comisión tampoco tiene que adoptar la interpretación —un tanto obsoleta— según la cual la *opinio juris* es una forma, quizá tácita, de consentimiento. El Sr. Tladi alegó en la sesión anterior que el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados se basaban ambos en una teoría del consentimiento del Estado, mientras que el *jus cogens* se basaba en otra cosa. Es la interpretación de la antigua escuela positivista (la teoría de la voluntad), pero, en la actualidad, la costumbre se distingue del derecho convencional. Hay que tener presente que la *opinio juris* es algo distinto del consentimiento de todos los Estados y que debe unirse a la práctica para dar lugar a una norma imperativa.

17. La parte dedicada al material de consulta es pertinente, pero es preciso recordar que no todos los Estados publican un análisis de su práctica, y convendría no pasar por alto la jurisprudencia de órganos distintos de la Corte Internacional de Justicia, como los tribunales regionales, los tribunales penales internacionales, los órganos de la Organización Internacional del Trabajo, etc. Las jurisprudencias nacionales son también muy valiosas, pero limitadas, porque, en materia de derecho internacional, los tribunales de los Estados aplican principalmente el derecho convencional y no siempre están facultados para aplicar directamente el derecho consuetudinario.

<sup>129</sup> P. Tomka, «Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), págs. 197 y 198.

<sup>130</sup> Lord Hoffman, en su exposición ante la Cámara de los Lores en las causas *Jones y Mitchell*, párr. 63.

<sup>131</sup> H. Hart, *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 1994, pág. 94.

18. El Sr. HMOUD dice que la interacción entre la doctrina y la práctica forma intrínsecamente parte del tema objeto de examen, aun cuando algunos ven en ello una manifestación de la flexibilidad del derecho internacional consuetudinario mientras que otros lo consideran como una limitación. La evolución de las relaciones internacionales se traduce en la aparición de diversos conceptos que tienen un valor jurídico distinto según sean o no de naturaleza consuetudinaria. Ahora bien, las controversias nacen frecuentemente de la falta de comprensión clara, o común, del derecho internacional consuetudinario y su interacción con las demás fuentes como los tratados y los principios generales del derecho. Así pues, la Comisión debe aclarar cuál es el proceso de formación de una norma consuetudinaria, cuáles son sus elementos y cuáles son las pruebas exigidas para determinar su existencia, con objeto de favorecer así la seguridad jurídica.

19. Las modalidades de la formación de una norma consuetudinaria y los medios para constatar su existencia son, pues, dos aspectos distintos pero estrechamente relacionados del derecho internacional consuetudinario, y sería vano querer examinar uno sin el otro. Cabe considerar sin embargo, como ya se ha dicho, que el término «documentación» abarca los dos y sería suficiente para el título. En lo que concierne al alcance del tema, hay que preguntarse si el planteamiento adoptado en materia de documentación debe ser diferente según la rama del derecho de que se trate, por lo que se refiere tanto a los elementos constitutivos de la norma como a los medios para constatar su existencia. Será necesario reflexionar más a fondo sobre este punto. De igual modo, habrá que examinar el posible papel del derecho consuetudinario regional. En cuanto al *jus cogens*, tendría que ser incluido. La Comisión recordó, en los comentarios de la Guía de la Práctica sobre las reservas a los tratados aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones, que las normas imperativas de derecho internacional eran casi siempre de naturaleza consuetudinaria<sup>132</sup>. Nada apoya su exclusión del ámbito del tema, aunque haya que resolver algunas cuestiones importantes, como las de su formación y su valor, la amplitud de su aceptación y sus relaciones con los regímenes convencionales multilaterales. A propósito de la cuestión de si el derecho consuetudinario se debe considerar como una fuente de derecho internacional, es preciso recordar que el carácter vinculante de la costumbre internacional es muy anterior al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual no hace sino reflejar el estado del derecho. La definición enunciada en el Artículo 38 del Estatuto, además de hacer cumplidamente fe, es una referencia pertinente. No es necesario, en cambio, remitir a los términos mismos del Artículo, sino al carácter vinculante de la costumbre que se desprende de ellos.

20. Habrá que indicar, en la definición de la práctica, que esta debe ser general y constante, y aclarar qué se entiende exactamente por eso. Habrá que definir asimismo el sentido de la expresión *opinio juris sive necessitatis*, explicando si hay una diferencia entre el reconocimiento general del carácter vinculante de una norma y su necesidad. Habrá que examinar además la

cuestión de si la *opinio juris* es posterior a la práctica o si puede precederla, ya que ciertas declaraciones y actos políticos parecen tener carácter vinculante incluso antes de que exista una práctica, y pueden generar normas jurídicamente no vinculantes (*soft law*).

21. Es evidente que hay que consultar una amplia variedad de documentos para identificar el derecho internacional consuetudinario, aun cuando la importancia de cada elemento dependa de su fuente y del carácter primario o secundario de esta. Convendrá, por lo tanto, establecer una distinción entre los diferentes tipos de documentos y evaluar su importancia en la formación o la prueba de la existencia del derecho internacional consuetudinario, y en particular explicar cuándo un acto o una declaración de un órgano del Estado o una decisión de un tribunal nacional reflejan la práctica del Estado y cuándo reflejan su interpretación de determinada norma de derecho internacional consuetudinario. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia puede considerarse como la primera fuente de documentos que hay que utilizar con ese fin. En varias ocasiones, la Corte ha reafirmado los elementos necesarios para constatar la existencia de una norma consuetudinaria, indicando que había que tener en cuenta tanto el elemento objetivo de la práctica como el elemento subjetivo de la *opinio juris*, lo que muestra a la Comisión el planteamiento que debería adoptar, esto es, el planteamiento positivista tradicional, sin excluir no obstante otros planteamientos en situaciones sobre las cuales la Corte nunca se ha pronunciado. Sin embargo, la Corte ha establecido a veces que una norma existía por el hecho de haber sido enunciada, lo que plantea la cuestión de si su decisión tenía carácter declaratorio o determinativo de la norma. Otros órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales internacionales siguen la jurisprudencia de la Corte para documentar los elementos de una norma consuetudinaria y su existencia, pero no hacen siempre hincapié en uno u otro elemento (práctica y *opinio juris*) ni en los dos, desviándose así en mayor o menor medida del planteamiento tradicional. Convendrá examinar este punto a la luz del derecho y el tribunal de que se trate, lo que es esencial para determinar la aparición de determinadas normas y el momento exacto en que una norma emergente en una esfera determinada se convierte en derecho internacional consuetudinario. Habrá que tener en cuenta también los documentos emanados de organizaciones internacionales, prestando una atención especial al papel de los actos de los órganos de las diferentes organizaciones, en particular las Naciones Unidas, en la formación del derecho consuetudinario. Habrá que preguntarse, en particular, si una resolución de la Asamblea General o una decisión del Consejo de Seguridad forman parte del derecho internacional consuetudinario, dan lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario o son reflejo de tal norma, y si la costumbre puede ser creada por medio de actos de una organización, lo que es una cuestión muy controvertida.

22. Los trabajos de la Comisión también pueden acercar el planteamiento tradicional al planteamiento moderno y hacer comprender mejor los elementos del derecho y la importancia que hay que atribuirles en función de la situación, el momento, los intereses en juego y el campo del derecho. Por último, en lo que concierne a las normas denominadas emergentes y su vínculo con

<sup>132</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 237 (párrafo 14 del comentario de la directriz 3.1.5.3).

el derecho internacional consuetudinario, el estudio de la relación entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario puede contribuir a determinar su valor jurídico. En conclusión, el Sr. Hmoud suscribe el programa de trabajo propuesto por el Relator Especial en su informe.

23. El Sr. HASSOUNA destaca que el informe plantea muchas preguntas para las que no hay respuestas claras, tanto es así que ni siquiera la terminología básica está clara. La formación del derecho internacional consuetudinario está rodeada de ambigüedad, en gran parte creada por los Estados que desean poder contar con normas claras cuando tienen necesidad de ellas, pero que, en otras circunstancias, quieren normas mal definidas, inaplicables y «blandas». Si bien esa dualidad hace fluido el derecho, resulta difícil, por consecuencia, determinar con claridad y certidumbre qué normas existen en ciertas esferas. En todo su primer informe, el Relator Especial ha sabido relacionar argumentos directos y concisos con referencias muy abundantes. En los párrafos 13 a 23, ha puesto de relieve cuatro elementos principales relativos al alcance y resultados del tema que se ajustan a los debates celebrados en 2012 en la Comisión<sup>133</sup>. Ha estimado preferible no tratar el *jus cogens* en el marco del tema objeto de examen, lo que parece perfectamente justificado, si bien a veces habrá que referirse a algunas de sus normas en determinados contextos. No obstante, la Comisión deberá examinar la cuestión, mencionada en los dos últimos capítulos del informe, de si existen diferentes planteamientos de la formación y documentación de las normas consuetudinarias en diferentes esferas del derecho internacional.

24. En lo que concierne al título del tema y sus diferentes versiones en los distintos idiomas, tal vez se podría optar por «Identificación del derecho internacional consuetudinario», puesto que las cuestiones de la formación del derecho internacional consuetudinario y la constatación de su estado son debidamente tratadas. Por lo que hace a los párrafos 28 a 45 del informe, la relación entre el derecho internacional consuetudinario y las demás fuentes del derecho enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debería examinarse en una fase ulterior de los trabajos de la Comisión, ya que es esencial, ante todo, comprender bien los dos elementos del derecho internacional consuetudinario. En cuanto a la distinción entre derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho, es importante distinguir claramente entre los principios generales como «tipo» de norma de carácter más general y fundamental y la «fuente» mencionada en el apartado c del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte.

25. La falta de respuesta de los Estados a las peticiones de información de la Comisión, que el Relator Especial señala en su informe, es desde luego lamentable, y cabe preguntarse si se trata de una simple negligencia o si esa falta es signo de cierta reticencia a entrar en un tema complejo y controvertido. Las informaciones sobre la práctica de los Estados son necesarias, no solo para el proceso de codificación que lleva a cabo la Comisión, sino también para la labor de los órganos jurisdiccionales

y cuasijurisdiccionales internacionales. El Presidente de la Corte Internacional de Justicia subrayó recientemente hasta qué punto los trabajos de la Comisión facilitaban a la Corte su tarea en materia de identificación de los elementos de prueba de la práctica de los Estados, e indicó que la Corte aceptaba el resultado de la labor de codificación realizada por la Comisión como derecho consuetudinario, sin más comentarios o muy pocos<sup>134</sup>. En lo concerniente a los actores intergubernamentales, la Comisión debería examinar el papel que desempeñan las resoluciones de las Naciones Unidas en la formación de las normas consuetudinarias internacionales, que la Corte Internacional de Justicia estudió asimismo, en particular, en el fallo dictado en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la opinión consultiva emitida sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* y el fallo dictado en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*.

26. Finalmente, por lo que respecta al programa de trabajo futuro que figura en el último capítulo del informe y que algunos han estimado demasiado ambicioso, el Sr. Hassouna entiende por el contrario que el Relator Especial se propone seguir concentrándose en las principales cuestiones importantes del tema que se examina y no duda de su capacidad para llevar su empresa a buen término antes del final del presente quinquenio.

27. El Sr. WISNUMURTI dice que el tema objeto de examen debe abarcar a la vez la formación del derecho internacional consuetudinario, que es un proceso dinámico, y su documentación, que tiene carácter estático. Algunos miembros han propuesto simplificar el título para evitar los problemas de traducción mediante la supresión del término «formación», pero esa idea no convence mucho al orador, puesto que los dos conceptos parecen tener la misma importancia y están estrechamente relacionados entre sí. El proyecto de conclusión 1 no plantea ningún problema, puesto que el conjunto de las conclusiones abarca tanto la formación como la documentación del derecho internacional consuetudinario. El Sr. Wisnumurti conviene en que el *jus cogens* no forma parte del tema objeto de estudio, aunque la Comisión quizá se vea obligada más tarde a examinar sus normas, y se adhiere a las opiniones expresadas por el Relator Especial en los párrafos 34 a 37 de su informe. Suscribe asimismo las observaciones hechas por el Relator Especial con respecto a las expresiones «derecho internacional consuetudinario» y «normas de derecho internacional consuetudinario» y estima que el proyecto de conclusión 2 merece toda la atención de la Comisión.

28. En lo que concierne a los dos elementos necesarios para la formación del derecho internacional consuetudinario, es decir, una «práctica frecuente y casi uniforme» y «la convicción de que esa práctica ha devenido obligatoria por la existencia de una norma jurídica», como indicó la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte* (párrafos 74 y 77 del fallo), conviene señalar que esos dos elementos no han sido claramente explicados ni analizados. Sería

<sup>133</sup> Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 169 a 191.

<sup>134</sup> P. Tomka, «Custom and the International Court of Justice» (nota 129 *supra*), págs. 202 y 203.

conveniente llegar a una comprensión común de lo que significan las expresiones «práctica constante» y «práctica frecuente y casi uniforme», mediante la definición de los criterios pertinentes a este respecto, y de lo que se entiende por «la convicción de que esa práctica ha devenido obligatoria por la existencia de una norma jurídica» o por «el elemento subjetivo implícito en el concepto de *opinio juris sive necessitatis*».

29. Es interesante señalar, como se indica en los párrafos 94 a 101 del informe, que el planteamiento «tradicional» de la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario es objeto de críticas y que los partidarios de un planteamiento «moderno» proponen reducir el papel de la *opinio juris* o, por el contrario, reducir al mínimo el criterio de la práctica y privilegiar la *opinio juris*. El Sr. Wisnumurti preferiría por su parte que la Comisión conservase esos dos elementos, en la inteligencia de que habrá que mostrarse flexible para determinar a cuál de los dos hay que atribuir primacía. Por último, si bien tal vez sea cierto que el programa de trabajo del Relator Especial es demasiado ambicioso, el hecho de que este se proponga presentar su informe final en 2016 demuestra que se ha fijado un objetivo y que tiene la intención de alcanzarlo.

*Se levanta la sesión a las 12.45 horas.*

### 3184.ª SESIÓN

*Martes 23 de julio de 2013, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Bernd H. NIEHAUS

*Miembros presentes:* Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gevorgian, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Nolte, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

#### **Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (continuación) (A/CN.4/657, secc. E, A/CN.4/659, A/CN.4/663)**

[Tema 8 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del primer informe del Relator Especial sobre el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/663).

2. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO considera que el estudio del tema debe centrarse en la pluralidad de itinerarios

de razonamiento jurídico utilizados para identificar el carácter consuetudinario de una norma de derecho internacional. También se deben tener en cuenta los distintos contextos dentro de los cuales se busca establecer ese carácter (por ejemplo, el punto de partida de un tribunal puede ser distinto al de un Estado).

3. En su opinión, el enfoque basado en el Artículo 38, párrafo 1 *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia resulta apropiado pero, dado que esa disposición no es exhaustiva, también hay que tener en cuenta otras fuentes del derecho internacional y la práctica de otros sujetos y entidades que contribuyan a la formación de reglas del derecho internacional consuetudinario. A modo de ejemplo, el orador cita la sentencia dictada en 1969 por la Corte Internacional de Justicia en las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, en particular el análisis hecho en el párrafo 73. Sería necesario aclarar a los tribunales nacionales que cuando existe una regla de derecho internacional consuetudinario aplicable, están obligados a aplicarla. Quizás también valdría la pena incorporar un breve apartado introductorio al proyecto de conclusiones en el que se defina qué debe entenderse por «fuentes del derecho internacional».

4. El orador reconoce el buen trabajo del Relator Especial al enfrentar dos teorías opuestas, la «clásica dualista» y las «modernas monistas» sobre la formación del derecho internacional consuetudinario. Coincide en que resulta más pertinente seguir tratando el tema sobre la base de la teoría clásica de dos elementos de formación de la costumbre, pero sugiere que el Relator Especial tal vez podría desarrollar una mayor argumentación sobre el motivo por el que se descartan las teorías modernas. Habiendo decidido proceder con arreglo a la doctrina de dos elementos, cabe preguntarse si ello implica que para que pueda ser identificada una regla de costumbre se necesita que ambos elementos de la formación de la costumbre, la práctica de los Estados y la *opinio juris*, tengan el mismo peso.

5. En relación con el papel de la Corte Internacional de Justicia en la identificación de las reglas de la costumbre, el orador señala que la Corte no debe probar la existencia de la regla de costumbre que invoque; eso compete a los Estados en litigio. Por ello, sugiere al Relator Especial que revise no solo las sentencias de la Corte, sino también los argumentos presentados por las partes para intentar la sistematización de la forma en que los Estados proceden para identificar y probar la existencia de reglas consuetudinarias en derecho internacional.

6. El orador pone énfasis en la dificultad de encontrar pruebas de los elementos de la costumbre en fallos de cortes nacionales, en particular en los países cuyo sistema jurídico es neoromanista, por la reticencia de estas a referirse a la costumbre como base de sus sentencias por oposición al derecho escrito. Sin embargo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ejemplo, ha buscado desarrollar mecanismos innovadores para incorporar al *corpus juris* mexicano la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en ocasiones confirma la existencia y validez de ciertas reglas consuetudinarias.