la formación o la identificación del derecho internacional consuetudinario». En este sentido, es preciso, por una parte, recordar que la práctica de los Estados en organizaciones internacionales debe distinguirse de la de las propias organizaciones internacionales, y, por otra parte, establecer una distinción entre el comportamiento de la organización con respecto a su funcionamiento interno y su comportamiento en el marco de sus relaciones con los Estados y otras entidades (práctica externa), ya que la segunda solo puede servir para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario.

38. Los capítulos VI y VII del informe se refieren, aunque de manera diferente, a la aplicación *ratione personae* de las normas del derecho internacional consuetudinario. Si bien la Corte Internacional de Justicia señaló en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* que los principios de derecho internacional consuetudinario son «de aplicación general, válidos para todos los Estados» (párr. 90 del fallo), hay normas «particulares», como el Relator Especial ha decidido llamarlas, relacionadas con la costumbre especial, regional, local o bilateral. Para la Corte Internacional de Justicia, la regla de los dos elementos se aplica a su identificación. No obstante, dado que esas normas no son vinculantes sino respecto de un número limitado de Estados, es esencial identificar con precisión a los que participan de la práctica y la han aceptado como derecho aplicando estrictamente esos criterios a todos los Estados interesados, como se ha dicho. Por consiguiente, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15, que se refiere a la costumbre particular, menciona de manera expresa ese punto. En cuanto a la norma del objetor persistente, abordada en el capítulo VII y cuya importancia práctica no está tan limitada como se ha presumido, está firmemente arraigada en el derecho internacional y su existencia está reconocida tanto por los tribunales nacionales y los internacionales como por la doctrina. Por tanto, es importante que la Comisión lo trate a fin de, entre otras cosas, confirmar —al igual que el proyecto de conclusión 16— las estrictas condiciones que requiere y dejar claro que no puede haber un «objetor subsiguiente».

39. Por último, Sir Michael Wood señala, con respecto al programa de trabajo futuro que se aborda en el capítulo VIII del tercer informe, que, si bien confía en que la Comisión pueda concluir la labor sobre el tema en el próximo período de sesiones, no desea precipitarla en detrimento de la calidad.

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

[Tema 1 del programa]

40. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción estará integrado por los miembros siguientes: Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sr. Kittichaisaree, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Petrič, Sr. Tladi, Sir Michael Wood y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3251ª SESIÓN

Viernes 15 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. E, A/CN.4/682, A/CN.4/L.869)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. MURPHY dice que los nuevos proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/682) son en gran medida aceptables. Apoya la adición de un segundo párrafo al proyecto de conclusión 3 [4], pero sugiere sustituir en el texto en inglés la palabra «*specific*» por «*separate*». También está a favor de añadir un tercer párrafo al proyecto de conclusión 11 para abordar la cuestión de la inacción, pero propone que se redacte de nuevo para que diga: «La falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo que afecte a los intereses o los derechos de un Estado, cuando el Estado tenga conocimiento de la práctica, puede servir de prueba de aceptación como derecho (*opinio iuris*)».

2. El proyecto de conclusión 12 está bien redactado, pero en el comentario se debe destacar que, en todos los casos, es necesario determinar si la norma enunciada en el tratado se apoya en una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*). Si bien acepta el proyecto de conclusión 13 sobre las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, el orador cree que en el comentario se debe mencionar la misma cuestión que él acaba de señalar con respecto al proyecto de conclusión 12. En el comentario también convendría incluir alguna referencia a la importancia del consenso para la aprobación de una resolución. Como señaló la Comisión en su 66º período de sesiones, la aprobación de una resolución por consenso no basta para constituir un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969). Si bien está de acuerdo con la orientación general del proyecto de conclusión 14 relativo a la jurisprudencia y la doctrina, el orador cree que, en aras de la coherencia con el texto de los proyectos de conclusión 1 y 2, tal vez sea preferible redactarlo de nuevo de manera que diga: «La jurisprudencia y la doctrina pueden servir de formas subsidiarias para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y su contenido».

3. Dado que el tipo de costumbre mencionada en el proyecto de conclusión 15 se conoce comúnmente como costumbre «regional» o «especial», es fundamental determinar si debe tener un nexo geográfico. Hasta la fecha, la jurisprudencia principal se ha guiado por criterios geográficos. Algunos especialistas han señalado que las normas derivadas de la costumbre regional únicamente son vinculantes para los Estados de una determinada zona o región geográfica y constituyen una excepción regionalizada que se admite por respeto a las tradiciones jurídicas regionales. Otros, como el Relator Especial, han sostenido que una norma de derecho internacional consuetudinario puede existir entre cualquier grupo de Estados, aunque estén dispersos por todo el mundo. Habida cuenta de que el Relator Especial no da ejemplos de normas de ese tipo, cabe preguntarse si su argumento se basa más en la teoría que en la práctica. En cualquier caso, el texto del párrafo 2 del proyecto de conclusión 15 no es claro. Si lo que se pretende es abarcar exclusivamente la práctica y las convicciones de un grupo limitado de Estados, el párrafo 2 debe decir: «Para determinar la existencia de una costumbre particular y su contenido, es necesario comprobar si existe una práctica aceptada como derecho (*opinio iuris*) únicamente entre los Estados interesados».

4. En relación con el capítulo V del tercer informe, relativo a la relevancia de las organizaciones internacionales, el orador dice que suscribe la insistencia del Relator Especial en la importancia de los Estados para la formación del derecho internacional consuetudinario y respalda el proyecto de conclusión 4 [5]. También suscribe las tesis expuestas en los párrafos 74 y 75 del informe sobre la forma en que las organizaciones internacionales pueden contribuir a la formación o expresión de normas de derecho internacional consuetudinario; son tesis compatibles con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y las opiniones de los académicos y cuentan con el respaldo de varios Estados en la Sexta Comisión.

5. En cambio, la tercera propuesta enunciada en el párrafo 76, en el sentido de que la práctica de las organizaciones internacionales puede ser relevante para la identificación del derecho internacional consuetudinario, no viene apoyada por ninguna referencia a jurisprudencia internacional y ha sido rechazada por varios Estados en la Sexta Comisión. Solo unos cuantos Estados y algunos académicos la apoyan, e incluso ellos parecen reconocer que se basa más en la teoría que en la realidad. Hasta la propia Unión Europea, que es ampliamente considerada como una entidad supranacional, ha destacado que su práctica únicamente es pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario en sus esferas de competencia exclusiva.

6. En el comentario del proyecto de conclusión 4 [5] deben especificarse las siguientes limitaciones a la utilización de la práctica de las organizaciones internacionales para la formación del derecho internacional consuetudinario: solo la práctica externa de la organización internacional es relevante; la práctica de un órgano solo es relevante si este está integrado por representantes de Estados, y no por expertos independientes; y cuanto más Estados miembros tenga una organización internacional, mayor será el peso que se atribuya a su práctica. Por último, únicamente los actos de las organizaciones internacionales a las que los Estados hayan conferido competencias, entre ellas funciones normativas, pueden contribuir a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario. Como, aparte de las organizaciones internacionales, no existen agentes no estatales facultados por los Estados para ejercer funciones normativas, su comportamiento no puede constituir una práctica que contribuya a la formación de una costumbre.

7. Es preciso analizar otros aspectos importantes de la tercera propuesta. ¿Puede la práctica de una organización internacional incluir la inacción o el silencio? ¿Puede esa práctica contribuir solo a la práctica pero no a la *opinio iuris*? ¿Debe la práctica de la organización internacional ser aceptada como derecho por esa organización? Una vez que una organización internacional ha contribuido a la formación de una norma consuetudinaria, ¿es esa norma vinculante tanto para los Estados como para la organización internacional? También se agradecería que se explicara cómo pueden los Estados cambiar a lo largo del tiempo una norma de derecho consuetudinario existente.

8. Para concluir, el orador considera que el informe es un logro notable y está a favor de remitir los proyectos de conclusión y las demás propuestas al Comité de Redacción.

9. El Sr. TLADI dice que está de acuerdo con el contenido de la mayoría de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su tercer informe. Suscribe plenamente la idea expuesta en el párrafo 13 de que la práctica y la *opinio iuris* no deben separarse artificialmente, como si no tuvieran nada que ver la una con la otra. No obstante, si bien hay que verificar la existencia de cada elemento por separado, ello no significa que no pueda utilizarse el mismo material como prueba de ambos. Esa postura, que el Relator Especial expone en el párrafo 15, ignora la interrelación entre los dos elementos que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido en los fallos mencionados en la primera nota a pie de página del párrafo 13. El orador cita el párrafo 70 del segundo informe del Relator Especial[70] y el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, y dice que sugieren que la prueba de la aceptación como derecho se encuentra en la práctica en sí misma, pero ello no quiere decir que la práctica sea la aceptación como derecho. Simplemente significa que los dos elementos del derecho internacional consuetudinario, la práctica y la *opinio iuris*, cumplen funciones diferentes.

10. Si es o no permisible o conveniente utilizar los mismos materiales dependerá de su contenido. La aprobación de una resolución en que se insta a los Estados a comportarse de una manera determinada puede constituir práctica, y si esa resolución proclama la convicción de que el comportamiento viene exigido por el derecho, será prueba de *opinio iuris*, pero no constituirá necesariamente *opinio iuris*. Deben tenerse en cuenta el contexto general y las circunstancias concretas, como se indica en el proyecto de conclusión 3 [4] aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014.

[70] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672.

11. El orador suscribe plenamente el análisis del Relator Especial de la inacción como prueba de la aceptación como derecho y apoya el proyecto de conclusión 11. En lo que respecta a la inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho, las palabras «en determinadas circunstancias» no son claras, y el tercer informe no ofrece mucha ayuda. Cabe señalar que el principal fallo en que se basa la conclusión de que «la inacción es una forma de práctica», el de la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, no fundamenta la opinión de que la inacción es una forma de práctica. La evaluación del derecho internacional consuetudinario que se hace en el fallo se centra de lleno en el elemento de la «aceptación como derecho» y, a ese respecto, hace referencia a varias autoridades. En ninguna parte examina la Corte el papel de la inacción. La cita en que se afirma que la inacción es una forma de práctica no se refiere a la inacción ni, en realidad, a la práctica. De hecho, es un preludio de la evaluación que hace la Corte de la *opinio iuris*. Una lectura detenida de los pasajes pertinentes del fallo pone claramente de manifiesto que la Corte no se ocupa de la inacción. Por lo tanto, la abstención a la que la Corte hace referencia parece citarse fuera de contexto. «Esa abstención» (párr. 188 del fallo) en ese contexto parece referirse a lo que normalmente se denomina «prohibición», es decir, se refiere a la norma y no a un elemento de la formación de la norma. No obstante, en otras partes del fallo, en que la Corte examina excepciones a la prohibición, se refiere a las medidas de «otros Estados que están en condiciones de reaccionar» (párr. 207). Puede incluirse un texto similar en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 6 [7], en el que se indique que el tipo de acción que puede constituir una acción es la inacción en circunstancias en que los Estados están en condiciones de actuar. Es preciso incluir en ese párrafo un calificativo más específico que «en determinadas circunstancias».

12. En cuanto al capítulo III, relativo a la función de los tratados y las resoluciones, el orador apoya el proyecto de conclusión 12, aunque es bastante general: sería deseable que fuera más detallado.

13. Con respecto al proyecto de conclusión 13 sobre las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, el orador señala que no está de acuerdo con la afirmación que figura en el párrafo 47 del tercer informe de que la Asamblea General constituye un órgano político en el cual no es para nada evidente que los actos de los Estados tengan trascendencia jurídica. Por el contrario, es evidente que sí la tienen; la única cuestión es el grado de trascendencia.

14. En el párrafo 60 del tercer informe se plantean varias preguntas incómodas con respecto a la jurisprudencia y la doctrina. ¿Quién decidirá si la calidad del razonamiento jurídico de esas decisiones es buena, y cómo debe tenerse en cuenta la composición del órgano jurisdiccional?

15. El orador apoya el proyecto de conclusión 4 [5] y la inclusión de un nuevo párrafo 3 sobre el comportamiento de los actores no estatales. Puede ser necesario desarrollar el término «costumbre particular» del proyecto de conclusión 15 con referencias específicas a lo que significa, quizás en un comentario.

16. Por último, el orador sugiere que, en el futuro, el Relator Especial tal vez desee abordar los efectos de las normas consuetudinarias locales en la formación e identificación de normas generales de derecho internacional consuetudinario.

17. El Sr. FORTEAU dice, en primer lugar, que el propósito del tema es determinar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario en un momento dado, sin perjuicio de cualquier posible evolución futura de dicha norma. Hay que tener en cuenta el carácter práctico de este proyecto. Señala además que apoya plenamente la referencia que se hace en el párrafo 17 del informe al hecho de que el enfoque basado en dos elementos se aplica a cualquier norma de derecho internacional consuetudinario y que su aplicación en un caso concreto puede variar en función de las especificidades del ámbito del derecho internacional de que se trate. Esto concuerda con la naturaleza inherentemente flexible del derecho internacional consuetudinario. De hecho, la costumbre es un medio espontáneo, no deliberado, para crear derecho internacional, y es importante no ceñirla a límites excesivamente estrictos que, en realidad, pertenecen al derecho convencional. A ese respecto, el orador expresa su firme desacuerdo con muchas de las observaciones del Sr. Murphy, que parecen fusionar el derecho de los tratados con el derecho consuetudinario.

18. En lo que respecta al párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4], el orador discrepa del argumento que figura en el párrafo 15 del informe de que no se puede utilizar la misma prueba como práctica pertinente y *opinio iuris* para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. Esa llamada doble contabilización, a su juicio, fue aceptada por el Relator Especial después del debate celebrado en el anterior período de sesiones, en el que él mismo dio un ejemplo basado en el derecho marítimo. No existe una «prueba específica referente a cada elemento», lo que importa es la operación en la que se determina por separado la existencia de cada elemento, como se afirma en la primera oración del párrafo 2. Así pues, la segunda oración es superflua y debe suprimirse.

19. En el proyecto de conclusión 4 [5], el orador no cree que exista ninguna justificación para omitir la palabra «principalmente» en el párrafo 1, ya que la práctica de las organizaciones internacionales también es pertinente, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2. De hecho, está de acuerdo con el Relator Especial en que la práctica de las organizaciones internacionales puede ser pertinente para evaluar la existencia del derecho internacional consuetudinario. Considera que el nuevo párrafo 3 es demasiado restrictivo, ya que impediría tomar en consideración la práctica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o el Comité Olímpico Internacional, por ejemplo. Sugiere insertar «en principio» en ese párrafo.

20. Si bien, en general, está de acuerdo con el párrafo 3 del proyecto de conclusión 11, el orador considera que la segunda cláusula («siempre que las circunstancias requieran una reacción») es demasiado restrictiva. ¿Cabe esperar que todos los Estados reaccionen a todas las actuaciones de otro Estado que no se ajusten a una determinada norma consuetudinaria? Además, el criterio de la reacción requiere que todos los Estados conozcan

la práctica de todos los demás Estados, lo que es poco realista. Por ello, el orador prefiere una formulación más flexible, un enfoque que también esté más en consonancia con el derecho positivo, a los efectos, por ejemplo, de que la inacción pueda servir como prueba de *opinio iuris* «cuando las circunstancias concretas de esa inacción lleven a esa conclusión» (*lorsque les circonstances propres à cette inaction conduisent à cette conclusion*).

21. El título de la quinta parte, «Formas particulares de práctica y prueba», es algo confuso. Sería preferible referirse a las diversas manifestaciones de la práctica, por un lado, y los diversos medios de obtención de pruebas de la práctica o la *opinio iuris*, por otro.

22. Es esencial incluir una conclusión específica sobre el papel, no solo de los tratados, sino también de los textos elaborados por la Comisión, como prueba del derecho consuetudinario. Habida cuenta de la condición de la Comisión como órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, su labor es algo más que un medio auxiliar para la identificación de normas de derecho internacional. La clasificación por el Relator Especial de los textos de la Comisión como «doctrina» es una simplificación discutible: su condición diferencia a sus trabajos, que los tribunales tanto nacionales como internacionales utilizan de una forma que no es en absoluto comparable a la manera en que utilizan otra doctrina.

23. Tal vez sea mejor limitar el ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 12 a los tratados multilaterales. Los tratados bilaterales rara vez generan derecho consuetudinario, aunque solo sea por motivos estadísticos: para reflejar un consenso entre los casi 200 Estados de la comunidad internacional harían falta casi 20.000 tratados bilaterales similares. En esas circunstancias, incluso la cifra de 3.000 tratados es baja, lo que puede explicar la decisión adoptada por la Corte Internacional de Justicia en 2007 en la causa *Ahmadou Sadio Diallo* en relación con los tratados bilaterales de inversión.

24. No es suficiente afirmar, como en el proyecto de conclusión 12, que una norma consuetudinaria codificada por un tratado tiene que haber existido en el momento en que se concluye el tratado. La norma puede haber cambiado o dejado de estar vigente entre el momento de la codificación y el momento de tratar de identificar el derecho consuetudinario. En cambio, es preciso afirmar que una norma consuetudinaria codificada por un tratado todavía debe ser aplicable en el momento de tratar de identificar la norma. De conformidad con el proyecto de conclusión 12 *b*, un tratado «ha llevado a la cristalización» de una norma, pero la cristalización es un proceso. Sería más apropiado decir que un tratado ha participado en el proceso de creación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. El texto del proyecto de conclusión 12 *c* también debe corregirse de manera que diga «ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho», puesto que la yuxtaposición de «dado origen» y «dar lugar» es tautológica.

25. El proyecto de conclusión 13 debe afirmar que las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales «reflejan el» (*reflètent*), y no que constituyen «prueba del» (*peuvent constater*), derecho consuetudinario, para no dar la impresión de que tienen fuerza legislativa. La expresión «en algunas circunstancias» carece de significado jurídico: es preciso indicar qué tipo de circunstancias pueden aplicarse.

26. El orador considera aceptable en términos generales el proyecto de conclusión 14, excepto la palabra «doctrina», que es algo confusa y vaga. El párrafo 1 del proyecto de conclusión 15 es poco claro: una norma de costumbre particular puede ser invocada contra un Estado, no por cualquier otro Estado, sino solo por uno que esté obligado por esa norma. Por lo tanto, sería más claro decir que la costumbre particular es una norma de derecho internacional consuetudinario «que se aplica únicamente entre determinados Estados» (*qui ne s'applique qu'entre certains États seulement*). Además, debe hacerse referencia a la opinión liberal de la Corte Internacional de Justicia en 2009 en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)* (párr. 141), en la que la Corte adoptó una definición de costumbre especial menos consensuada que en sus fallos anteriores.

27. En cuanto al proyecto de conclusión 16, el orador dice que, para demostrar que la norma del objetor persistente no es puramente teórica (parece serlo), el comentario debe ofrecer ejemplos concretos de casos en que los Estados han hecho persistentemente objeciones válidas a una norma consuetudinaria. Además, el texto debe matizarse para indicar que hay una objeción persistente cuando un Estado objeta persistentemente a la aplicación al propio Estado de una nueva norma; la objeción no afecta a la existencia de la norma consuetudinaria.

28. El Sr. KITTICHAISAREE, refiriéndose a la relación entre los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, dice que el Relator Especial reconoce, en el párrafo 14 de su tercer informe, que son «de hecho realmente inseparables» y que la misma práctica puede expresar tanto la actitud de los Estados hacia el contenido de la norma como el reconocimiento de la norma como jurídicamente vinculante. Por ello, resulta desconcertante que luego afirme que la prueba de la práctica del Estado no debe servir también como prueba de *opinio iuris*. En varias causas examinadas por la Corte Internacional de Justicia se demuestra que una práctica generalizada de los Estados puede apoyar una *opinio iuris*, al tiempo que una *opinio iuris* bien establecida puede compensar una práctica de los Estados que sea menos clara. La Asociación de Derecho Internacional ha llegado a la conclusión de que no siempre es necesario establecer por separado la existencia del elemento subjetivo. Por consiguiente, el orador pide que se aclare si, al seguir adelante con una separación estricta entre la prueba de la práctica y la *opinio iuris*, el Relator Especial está rechazando el enfoque de la «escala móvil» de Kirgis[71], es decir, la noción de que el peso asignado a cada elemento puede variar según las circunstancias.

29. El orador agradecería que se aclarara la utilización en el párrafo 25 de la palabra «suficiente» en el contexto de la inacción durante «un período suficiente».

[71] F. L. Kirgis, Jr., «Custom on a sliding scale», *American Journal of International Law*, vol. 81 (1987), págs. 146 a 151.

30. El concepto de «Estados especialmente afectados» a que se hace referencia en el párrafo 39 es muy polémico y, de hecho, se suprimió del proyecto de conclusiones el año pasado. El orador pide que se aclare si la referencia en el informe actual es involuntaria o si se está reintroduciendo el concepto en el contexto específico de la costumbre creada por un tratado.

31. Con respecto al párrafo 41 del tercer informe, el orador no cree como el Relator Especial que la paradoja de Baxter[72] no sea una verdadera paradoja. Por el contrario, es un auténtico problema que merece un examen más detenido. De conformidad con las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la ratificación de un tratado por un gran número de Estados puede transformar las disposiciones del tratado en derecho consuetudinario al influir en la práctica de los Estados que no son partes. Sin embargo, la doctrina ha argumentado que, cuanto más generalizada sea la ratificación de un tratado, menos serán los Estados que no son partes cuya práctica sea esencial para la transformación de obligaciones convencionales en derecho consuetudinario. Con la ratificación cada vez más amplia de los tratados, la paradoja se vuelve aún más cierta. Sería negligente por parte de la Comisión restar importancia al asunto, como hizo en el proyecto de conclusión 12 sobre la pertinencia de los tratados. La solución que prefiere el orador es la de aplicar la sugerencia de Provost de utilizar la teoría de la escala móvil dando más peso a la *opinio iuris*, reflejada en el número de partes en el tratado, a fin de compensar la falta de práctica relevante al margen del tratado. Ello permite justificar de manera convincente que las disposiciones de un tratado tengan un carácter más consuetudinario cuantos más Estados pasen a ser parte en él.

32. El orador destaca la importancia del párrafo 60 del tercer informe, relativo al peso de la jurisprudencia. El párrafo es útil para los Estados que consideran que el párrafo 2 E, en especial la segunda oración, de la parte dispositiva de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* no se ajusta a derecho. También está de acuerdo con la afirmación del Sr. Murphy sobre la relevancia de la práctica de las organizaciones internacionales para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

33. En relación con la norma del objetor persistente, el orador se pregunta si el argumento del Relator Especial de que ayuda a impedir que la formación del derecho internacional consuetudinario se convierta en «el dominio exclusivo de los poderosos» sigue siendo válido en el mundo actual. Los Estados con mayor influencia geopolítica pueden mantenerse firmes en sus objeciones ante las presiones externas más fácilmente que los Estados menos influyentes, que son más susceptibles a las presiones económicas y diplomáticas.

34. Con estas observaciones, el orador dice que está a favor de remitir el bien elaborado conjunto de proyectos de conclusión al Comité de Redacción, si bien espera con interés oír las respuestas del Relator Especial a las preocupaciones que ha planteado.

35. El Sr. PARK dice que, si bien entiende el fundamento, descrito en el párrafo 15 del tercer informe, de la propuesta del Relator Especial de añadir un nuevo párrafo 2 al proyecto de conclusión 3 [4], considera que el texto es demasiado restrictivo: la Corte Internacional de Justicia ha adoptado un enfoque más flexible para identificar la *opinio iuris* en algunas de sus causas. La preocupación del Relator Especial sobre la «doble contabilización» encuentra respuesta en la afirmación que figura en el proyecto de conclusión 3 [4] de que «debe tenerse en cuenta el contexto general y las circunstancias concretas propias de la prueba en cuestión»[73]. Por consiguiente, en lugar de añadir un nuevo párrafo 2 al proyecto de conclusión, el orador propone que se inserte la palabra «cada» antes de la palabra «prueba» en el texto original, que entonces diría: «Al valorar cada prueba para determinar si existe una práctica general y si esa práctica está aceptada como derecho (*opinio iuris*), deben tenerse en cuenta el contexto general y las circunstancias concretas de la prueba en cuestión».

36. En lo que respecta a la relación entre los dos elementos constitutivos, el orador recuerda que, durante el 66º período de sesiones, él propuso que se abordara la relación temporal entre la práctica general y la *opinio iuris*, en la que normalmente la *opinio iuris* tiene precedencia sobre la práctica general. Su propuesta, que fue examinada sucintamente por el Comité de Redacción, era incluir el siguiente texto: «La práctica general (práctica de los Estados) suele preceder a la aceptación como derecho (*opinio iuris*). No obstante, la aceptación como derecho (*opinio iuris*), en algunos casos, puede preceder excepcionalmente a la práctica general (práctica de los Estados)». Su propuesta sigue mereciendo ser examinada, ya que sería de utilidad a los profesionales para identificar la existencia de una norma consuetudinaria.

37. En cuanto al proyecto de conclusión 4 [5], el orador recuerda que, en el 66º período de sesiones, el Comité de Redacción convino en excluir la práctica de los actores no estatales por no ser directamente pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario. Por ello, el orador cuestiona la necesidad del nuevo párrafo 3 y señala que la utilización de la palabra «otros» antes de «actores no estatales» puede inducir a error. Por otra parte, apoya la propuesta del Relator Especial de omitir la palabra «principalmente» del párrafo 1 a fin de aclarar la posición sobre los actores no estatales.

38. El orador suscribe la idea de añadir un nuevo párrafo, sobre la inacción, en el proyecto de conclusión 11. Sin embargo, se necesitan algunas explicaciones adicionales sobre las condiciones, expuestas en los párrafos 23, 24 y 25 del tercer informe, en que la prueba puede interpretarse como aceptación, y esas explicaciones no deben incluirse en el comentario, sino en el texto propiamente dicho. A fin de asegurar la coherencia de la terminología empleada en todos los proyectos de conclusión, debe modificarse el título de la quinta parte para que diga «Formas particulares de práctica y prueba de la aceptación como derecho».

39. En los párrafos 35 a 39 del tercer informe, el Relator Especial analiza las tres formas en que una disposición de

[72] R. R. Baxter, «Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, vol. 129, pág. 64.

[73] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, proyecto de conclusión 4.

un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a determinar la existencia y el contenido de la norma. En el párrafo 31, el Relator Especial reconoce que la interacción entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario plantea una serie de cuestiones importantes, y el propio orador se pregunta si un proyecto de conclusión será suficiente para darles respuesta a todas. Una de esas cuestiones, mencionada en la última nota a pie de página del párrafo 43 del informe, es la de las reservas a las disposiciones que reflejan una norma de derecho internacional consuetudinario, de las que se ocupa la directriz 3.1.5.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la Comisión[74]. Otra cuestión es la de los efectos jurídicos de los tratados codificados que aún no han entrado en vigor.

40. En relación con el proyecto de conclusión 13, el orador dice que, aplicando la técnica de que primero debe enunciarse un principio, y a continuación sus excepciones, prefiere cambiar el orden de las cláusulas de manera que digan: «Las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales no pueden, por sí mismas, crear ni constituir una norma de derecho internacional consuetudinario. Pueden, en algunas circunstancias, constituir prueba del derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo». La expresión «en algunas circunstancias» es un tanto vaga; debe sustituirse por un texto más detallado como «la envergadura de las organizaciones y conferencias, los resultados de las votaciones, el contenido de las resoluciones y las reacciones de los Estados a la resolución, etc.». Habida cuenta de que el resultado de la labor de la Comisión siempre se transmite a la Asamblea General de las Naciones Unidas y se incluye como anexo en las resoluciones de ese órgano, debe interpretarse que está comprendido dentro del ámbito del proyecto de conclusión 13, relativo a las resoluciones de organizaciones internacionales, y no del proyecto de conclusión 14, relativo a la jurisprudencia y la doctrina. El primero de estos términos abarca las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales. Eso significa que, con arreglo al proyecto de conclusión 14, las decisiones de los tribunales nacionales pueden servir de formas subsidiarias para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, pero también pueden ser una forma de práctica, de conformidad con el proyecto de conclusión 6 [7]. Es preciso abordar ese aspecto en los correspondientes comentarios. Por último, las observaciones generales, las recomendaciones y los informes de los órganos creados en virtud de tratados también deben considerarse formas subsidiarias para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario.

41. En el título del proyecto de conclusión 15 se debe insertar el término «regional» entre paréntesis después de la palabra «particular», por ser aquel término más común que este. Además, como la costumbre es una excepción al derecho internacional consuetudinario general, el elemento de la práctica, al igual que el elemento de la *opinio iuris*, debe aplicarse estrictamente. Es necesario referenciar el término «práctica general» del párrafo 2 del proyecto de conclusión en relación con el proyecto de conclusión 8 [9].

42. En cuanto al proyecto de conclusión 16, el orador dice que, si bien la norma del objetor persistente desempeña varias funciones importantes en el derecho internacional consuetudinario, no está exenta de crítica. El propio orador teme que pueda causar una fragmentación del derecho internacional. Además, no se deben incluir teorías controvertidas en proyectos de conclusión destinados a proporcionar orientación. Por ello, propone que el proyecto de conclusión se suprima o se amplíe para indicar que la norma se aplica únicamente cuando está surgiendo una norma de derecho internacional consuetudinario, y que un Estado debe expresar su objeción cuanto antes.

43. Por último, como los proyectos de conclusión tienen por objeto proporcionar orientación práctica a los profesionales y otras personas menos expertas en derecho internacional, deben ser suficientemente amplios para abordar todas las cuestiones pertinentes. Por consiguiente, el orador sugiere que la Comisión tal vez desee examinar las siguientes cuestiones: la relación entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario; la carga de la prueba en la identificación del derecho internacional consuetudinario; y la cuestión de la *opinio iuris* a lo largo del tiempo, a saber, determinar el momento en el que puede afirmarse su existencia con respecto a una práctica determinada.

44. El Sr. HMOUD dice que no es fácil ocuparse de una fuente de derecho internacional que es inherentemente flexible y apoya el enfoque del Relator Especial de proponer conclusiones prácticas y simplificadas acordes con el carácter flexible del proceso de identificación. Los comentarios a los proyectos de conclusión deben incluir el análisis y la metodología detallados necesarios para ayudar a los Estados, los profesionales y demás partes interesadas en la identificación del derecho internacional consuetudinario; en el texto en sí, deben destacarse los elementos fundamentales de la identificación, sin ser demasiado restrictivo.

45. Con respecto al enfoque basado en dos elementos, el orador dice que cada uno debe determinarse por separado y evaluarse independientemente. Si bien ello puede resultar difícil en determinadas situaciones, es fundamental que la misma prueba no se utilice para verificar la práctica general y la aceptación como derecho: ello podría dificultar la distinción entre los dos elementos, con el riesgo de que ese uso pueda caracterizarse erróneamente de norma consuetudinaria.

46. En lo que respecta a la inacción, el orador mantiene la opinión de que el hecho de no actuar puede constituir práctica a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario. Esta opinión se ve corroborada por las numerosas normas basadas en la práctica negativa, incluidas algunas normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario que piden a las partes en un conflicto que se abstengan de determinados comportamientos, normas sobre el empleo de la fuerza y normas en otros ámbitos del derecho consuetudinario. No obstante, la proposición de que la inacción puede servir como prueba de

[74] Resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, anexo. El texto de las directrices que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión figuran en *Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 25 y ss.

opinio iuris debe tratarse con cautela, ya que es posible que no siempre denote aquiescencia por parte del Estado interesado. Como se menciona en el informe, la inacción del Estado puede obedecer a razones distintas del consentimiento tácito, como la falta de capacidad, de interés o de conciencia respecto de las consecuencias de la inacción. También puede haber motivos políticos, o el Estado puede desconocer la existencia de la práctica o la necesidad de una reacción, en especial cuando sus intereses no están en juego o cuando recibe presiones para no reaccionar.

47. Por tanto, para que se considere prueba de aquiescencia, el silencio o la inacción deben venir corroborados por una reacción positiva general de otros Estados. Se deben tener en cuenta todas las circunstancias, comenzando por si la situación requiere una reacción del Estado o los Estados interesados. A continuación, es preciso determinar si el silencio del Estado o los Estados se debe a un sentido de obligación jurídica, a otras razones o al desconocimiento. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la inacción debe prolongarse durante un período de tiempo suficiente, cuya duración depende de las circunstancias.

48. En cuanto al papel de la doctrina, el orador coincide en la necesidad de una distinción entre los tratados y las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales. Los tratados son, por naturaleza, jurídicamente vinculantes para los Estados, mientras que las resoluciones no lo son necesariamente. Los tratados contienen normas que pueden reflejar el derecho internacional consuetudinario o llevar a la formulación de normas consuetudinarias en determinadas circunstancias, mientras que las resoluciones pueden ser de índole política, económica o de otro tipo, pero no necesariamente jurídica. Los tratados pueden incluir los dos elementos y contribuir a la formación de una norma consuetudinaria o acreditar su existencia, mientras que las resoluciones tienen un carácter más probatorio, en especial en relación con el elemento subjetivo.

49. El orador también conviene en que los tratados contribuyen a la identificación del derecho internacional consuetudinario de tres maneras: pueden codificar normas consuetudinarias existentes, llevar a la cristalización de normas emergentes o dar lugar a la formación de nuevas normas consuetudinarias. Por lo que respecta a la codificación de normas y la formación de normas, el orador dice que el texto escrito especifica la formulación de la norma y sus diversos elementos sustantivos, mientras que la cristalización de una norma emergente está más estrechamente relacionada con el proceso, que a su vez puede arrojar luz sobre la forma en que se desarrolla una norma emergente. Es necesario afirmar el contenido de esa norma emergente en tres etapas: antes del tratado, a lo largo de todo el proceso de elaboración del tratado y después del tratado, aunque, en realidad, existe cierto solapamiento entre la identificación de una norma emergente que se cristaliza a través del tratado y la identificación de una nueva norma consuetudinaria creada por el tratado.

50. El papel de las resoluciones en la identificación del derecho internacional consuetudinario viene determinado por el hecho de que expresan la voluntad de los actores pertinentes. No crean normas consuetudinarias, pero pueden contribuir a su desarrollo. No obstante, el valor de las resoluciones depende de las otras pruebas que corroboran la práctica general y la *opinio iuris*. Las circunstancias que rodean la aprobación de la resolución, su contenido, si pretende establecer normas jurídicas, si el representante del Estado está autorizado a actuar en nombre del Estado de que se trate y si el foro cuenta con una representación de Estados amplia o limitada son factores que deben tenerse en cuenta. Además, si la práctica no se ajusta al contenido de la resolución, o si la actuación de los Estados hace dudar de su convicción acerca de la naturaleza vinculante de la norma, deberá considerarse que la resolución tiene menos valor. Las resoluciones aprobadas por unanimidad o por consenso pueden ser un claro indicio de la existencia de *opinio iuris*, pero no pueden constituir *opinio iuris* instantáneamente, ya que su aceptación como derecho debe reflejar una práctica sistemática y general —un proceso que trasciende del tipo de aprobación.

51. El orador no tiene ninguna duda de que la jurisprudencia y cierta doctrina pueden ser prueba de la existencia de una norma determinada. No obstante, se pregunta si es apropiado describirlas como formas subsidiarias para la determinación de normas, lo que significa que solo se recurre a ellas cuando se han agotado las formas de identificación primarias o para complementar otras formas. Aunque la jurisprudencia y la doctrina no pueden ser fuente de derecho ni crear normas, se considerarán pronunciamientos de peso sobre las normas de derecho internacional. El hecho de que su valor probatorio no pueda ser concluyente no significa que sean subsidiarias, puesto que todas las formas de prueba de la existencia de derecho internacional consuetudinario deben ser corroboradas. No obstante, las decisiones de los tribunales nacionales no deben tener el mismo estatus que los pronunciamientos de los tribunales internacionales.

52. Las organizaciones intergubernamentales son sujetos de derecho internacional y tienen una personalidad jurídica independiente de sus Estados miembros. Su práctica contribuye a la formación de normas consuetudinarias en la medida en que refleja la práctica general o colectiva de los Estados. Aun en los casos en que las organizaciones internacionales son delegadas por sus miembros para actuar en su nombre, su práctica no puede por sí sola determinar la práctica general: es una forma de práctica subsidiaria. Esto es particularmente importante cuando las resoluciones de ciertos órganos representativos contradicen el comportamiento de otros órganos que pretenden actuar en nombre de la organización. En ese sentido, el orador se pregunta si los proyectos de conclusión deben contener una formulación similar a la del párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 [8] con respecto al peso de la práctica cuando esta varíe de una organización internacional a otra. Por último, el silencio de los Estados sobre un determinado comportamiento de una organización no debe considerarse en el contexto de la aquiescencia a los efectos de la *opinio iuris*, a menos que la práctica de la organización internacional refleje una práctica emergente de los Estados.

53. En lo que respecta a la costumbre particular o especial, el orador dice que ha quedado reconocido que solo es vinculante para ciertos Estados. No obstante, un Estado que no está obligado por una norma consuetudinaria particular puede verse obligado por esta si la norma

pasa a formar parte de una costumbre general, aunque tal vez resulte difícil determinar la transición de una norma particular a una norma consuetudinaria general. Debe prestarse especial atención al valor de la aquiescencia, y es preciso establecer un umbral más elevado de conciencia de la existencia de una práctica generalizada.

54. El orador respalda el texto y el contenido del proyecto de conclusión 16 sobre la norma del objetor persistente. No obstante, no siempre está claro cómo debe un Estado expresar su objeción ni si bastaría una objeción tácita. En su opinión, tiene que haber pruebas de que el Estado ha formulado objeciones a lo largo de la cristalización de la norma y después de su creación, y de que ha formulado objeciones de manera sistemática, aunque a veces lo haya hecho de forma tácita. Lo fundamental es determinar si la objeción se ha comunicado suficientemente bien a otros Estados.

55. En respuesta a la invitación del Relator Especial a que se propongan cuestiones para su examen en el cuarto informe, el orador sugiere el proceso por el cual las normas consuetudinarias generales, con el tiempo, modifican su naturaleza o se convierten en costumbres especiales. Es preciso aclarar algunos aspectos, entre ellos cómo determinar un cambio en una norma y sus consecuencias jurídicas, y dónde trazar la línea entre la vulneración de una norma anterior y la adhesión a una nueva norma.

56. Para concluir, el orador recomienda la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

57. El Sr. TLADI dice que el Sr. Hmoud ha hecho referencia a normas que, por su naturaleza, requieren inacción, como las relativas a la prohibición del empleo de la fuerza. No obstante, entre las formas de práctica mencionadas en el proyecto de conclusión 6 [7] se incluyen los actos diplomáticos, mediante los cuales un Estado puede expresar sus opiniones sobre el empleo de la fuerza. Se trata de un acto positivo, lo que implica que incluso las normas que prohíben ciertos actos, por definición, no se basan únicamente en la inacción.

58. El Sr. Al-MARRI dice que el tema es importante porque el derecho consuetudinario es una fuente primaria de derecho internacional. El Relator Especial está en excelentes condiciones de orientar a la Comisión en su labor. Ha redactado un informe y proyectos de conclusión de gran calidad para que los examine el Comité de Redacción.

59. En cuanto al contenido del tercer informe, el orador dice que debe mantenerse el enfoque basado en dos elementos. Un aspecto fundamental del derecho es la práctica, no solo de los Estados, sino también de las organizaciones internacionales en las esferas de su competencia. Es esencial estudiar el papel que pueden desempeñar las resoluciones de las Naciones Unidas y las normas que puedan dimanar de estas, así como de propuestas realizadas en el marco de negociaciones sobre tratados. También es esencial estudiar los acuerdos locales y regionales relativos a la codificación del derecho internacional.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3252ª SESIÓN

Martes 19 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. E, A/CN.4/682, A/CN.4/L.869)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/682).

2. El Sr. MURASE aprueba el nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4], que indica claramente la necesidad de evitar el doble cómputo de los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional. Propone suprimir la expresión «por lo general» al comienzo de la segunda oración, porque da a entender que se prevén «excepciones» a la norma enunciada. También puede aprobar el nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5], relativo a los agentes no estatales, aunque duda de la conveniencia de emplear el término «otros». En cuanto al proyecto de conclusión 11, señala que el párrafo 3 le plantea problemas. Si la inacción puede considerarse, en algunos casos, una forma de práctica o una forma de expresión de la aceptación como derecho, en otros casos puede ser el medio para expresar la no aceptación —en Asia, por ejemplo, en particular en el Japón, no es raro guardar silencio para mostrar desaprobación—. Por tanto, convendría mencionar también ese aspecto negativo de la inacción en ese párrafo. El orador comparte la opinión del Sr. Kittichaisaree sobre los «Estados especialmente afectados» y apoya, por los motivos ya expresados, la decisión adoptada por la Comisión en su anterior período de sesiones de no abordar esa cuestión.

3. En cuanto a los elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, el orador observa que el Relator Especial parte del principio de que los miembros de la Comisión están de acuerdo con el enfoque basado en «dos elementos». Si bien esa afirmación no plantea ningún problema en particular, tampoco conviene exagerar su alcance, ya que los miembros de la Comisión tienen opiniones diferentes sobre la relación entre ambos elementos, que también varía en función de las normas de derecho internacional. Aunque hay un gran conjunto de