

56. En lo que al proyecto de conclusión 13 se refiere, el orador opina que solo las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales de composición universal pueden convertirse en una fuente del derecho internacional o servir de forma subsidiaria para su identificación. Especial mención merecen las resoluciones de la Asamblea General, puesto que reflejan la voluntad de los gobiernos y cristalizan la opinión pública mundial. Expresan una creencia universal y, como tal, constituyen una prueba sólida de la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. También se deben tener debidamente en cuenta las contribuciones de algunas organizaciones no gubernamentales en ámbitos especiales del derecho internacional.

57. El proyecto de conclusión 14 no le plantea ningún problema al orador, si bien tiene curiosidad por saber qué efecto tendrían resoluciones contradictorias que emanaran de un tribunal internacional y de un tribunal nacional. Al mismo tiempo, parece que sea ir demasiado lejos la inclusión de referencias a la doctrina, sin ningún tipo de calificativo, puesto que hay diferencias considerables entre la doctrina autorizada y la doctrina ordinaria.

58. En relación con el proyecto de conclusión 15, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que, al determinar los derechos y las obligaciones de los Estados, la práctica de larga data aceptada por los Estados como elemento que rige sus relaciones bilaterales ha de prevalecer sobre las normas generales del derecho internacional. El orador respalda el título elegido para el proyecto de conclusión («La costumbre particular») porque abarca los numerosos tipos de derecho internacional consuetudinario. El derecho internacional consuetudinario especial se aplica únicamente a tipos particulares de Estados o a Estados con intereses particulares. El derecho internacional consuetudinario regional solo se aplica a regiones concretas. El derecho internacional consuetudinario local o bilateral se aplica únicamente a dos Estados. Las normas de derecho internacional consuetudinario especial son excepciones a las normas de derecho internacional consuetudinario general y vinculan exclusivamente a los Estados que las hayan aceptado. Dado que aclaran las relaciones entre esos Estados, su efecto vinculante debe ser mayor que el del derecho internacional consuetudinario general.

59. Cada vez se acepta más la norma del objetor persistente como norma subsidiaria y solución de compromiso conveniente. Esta norma merece ser reconocida por diferentes motivos. Protege a un país del sometimiento a una norma contraria a sus deseos formada por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. Supone que puede acabar estableciéndose una norma incipiente sin verse rehén de un solo objetor. A pesar de que se ha invocado en pocas ocasiones en el pasado, puede tener una función cada vez más importante en estos momentos. Promueve el desarrollo de nuevas normas de derecho internacional consuetudinario creando una puerta trasera que permita que un Estado no se vea obligado por normas de derecho internacional que no se han establecido siguiendo el proceso tradicional. Ahora bien, es necesaria cierta flexibilidad a la hora de establecer las características de la norma del objetor persistente.

60. El orador está de acuerdo con que se remitan los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3254ª SESIÓN

Jueves 21 de mayo de 2015, a las 10.05 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. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnurmurti, 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 (conclusión)

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. La Sra. JACOBSSON agradece al Relator Especial su excelente informe, cuyos prudentes análisis están bien fundamentados. En lo que respecta al párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4], no ve objeción alguna a que se afirme que cada uno de los elementos de la costumbre se ha de determinar por separado, siempre que esa exigencia se explique, como proponen el Sr. McRae y el Sr. Tladi. También se debe mencionar en el comentario que, como han señalado numerosos miembros de la Comisión, cada uno de los dos elementos sirve de prueba respecto del otro. Además, como se ha dicho acertadamente, las legislaciones relativas a la zona económica exclusiva anteriores a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar son un buen ejemplo de un mismo acto que constituye dos medios de prueba. En el mismo párrafo, si bien se debería mantener la palabra «específica» antes de «respecto de cada elemento», puesto que refleja debidamente los debates celebrados en el período de sesiones anterior y mejora el antiguo texto, cabe preguntarse no obstante si este nuevo texto resultará suficientemente claro para el lector no iniciado.

3. Es lamentable que el texto del nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5] excluya el comportamiento de los actores no estatales, ya que estos influyen cada vez más en la formación e identificación del derecho

internacional consuetudinario. A este respecto, se ha citado la práctica del CICR. No obstante, es complicado determinar qué comportamientos de esa entidad —que tiene una condición muy particular en derecho internacional— podrían considerarse práctica. ¿Se trata de su actuación en misiones sobre el terreno, de las publicaciones en que constata el carácter consuetudinario de una determinada norma de derecho internacional, o de sus tomas de posición oficiales sobre cuestiones de actualidad, como la clasificación de un conflicto armado? Esta cuestión requiere un examen más detenido. Lo mismo cabe decir del comportamiento de otras categorías de actores no estatales, en particular en el contexto de conflictos armados no internacionales, pero también en situaciones cada vez más frecuentes en que Estados y actores no estatales cooperan con un objetivo común y los documentos jurídicamente no vinculantes, las mejores prácticas e incluso los informes sobre la situación del derecho influyen en el comportamiento de las empresas privadas o la sociedad civil, como ocurre con el Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados⁸¹ o la labor en curso sobre la utilización del ciberespacio. Por una parte, no se puede afirmar que esta cooperación, o asociación, entre Estados y actores no estatales dé automáticamente lugar a una «práctica» en el sentido del proyecto de conclusión 4 [5], pero, por otra, es difícil declarar de plano que ninguno de esos comportamientos es pertinente para el tema que se examina. Además, en el contexto de los conflictos armados no internacionales, es cada vez más frecuente que actores no estatales expresen su posición sobre el rango de las normas de derecho internacional humanitario y sobre si se consideran o no obligados por dichas normas. A veces se comprometen a aplicar las disposiciones de algunos tratados a los que, por definición, no pueden adherirse y, cuando hay Estados u organizaciones internacionales que reconocen los compromisos contraídos por esos actores y los invocan para obligarlos a responder por posibles vulneraciones de las disposiciones en cuestión, su práctica puede correctamente tomarse en consideración para la identificación de normas consuetudinarias. Esta «responsabilidad» se menciona a menudo en el marco de negociaciones de paz, en informes de investigación o en informes oficiales de los Relatores Especiales de las Naciones Unidas. En esos casos, la práctica de los actores no estatales, así como el reconocimiento de dicha práctica por los Estados, se convierten en elementos de prueba de la aceptación de la norma jurídica. Si bien la oradora, en el segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (A/CN.4/685⁸²) que presentará en la segunda parte del actual período de sesiones, no llega al punto de afirmar que los actores no estatales contribuyen formalmente a la formación del derecho internacional consuetudinario, en este caso suscribe la posición del Sr. Caflisch, el Sr. Forteau, el Sr. Šturma y el Sr. McRae.

4. Como se ha dicho anteriormente, el párrafo 3 del proyecto de conclusión 11 está redactado en términos demasiado generales para poder ayudar a un juez

⁸¹ CICR y Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza, noviembre de 2010.

⁸² Reproducido en *Anuario... 2015*, vol. II (primera parte).

a valorar una situación concreta. Además, en aras de la coherencia con la labor paralela sobre la práctica y los acuerdos ulteriores, conviene mostrar prudencia sobre la cuestión de la inacción. No obstante, habida cuenta de las dificultades que plantea su valoración, tal vez sería aconsejable incluir en el proyecto de conclusión los criterios enunciados por el Relator Especial en los párrafos 22 a 25 de su tercer informe.

5. La oradora suscribe la idea en la que se basa el proyecto de conclusión 12, con sujeción a algunas aclaraciones. Así, considera que el apartado *a* es inútil porque resulta evidente que las disposiciones de un tratado que codifican una norma de derecho consuetudinario pueden reflejar esa norma. En cambio, en el apartado *c* se refleja lo que en la actualidad constituye probablemente, habida cuenta del número de tratados existentes, la principal forma de desarrollo de la costumbre. El apartado *b*, por su parte, debería formularse de nuevo, o incluso suprimirse, porque trata de abordar la transición entre norma convencional y consuetudinaria y, por tanto, se refiere a una norma «emergente» que no constituye aún derecho consuetudinario.

6. Se valora positivamente el proyecto de conclusión 13, relativo a las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, aunque puede parecer demasiado restrictivo al declarar que, si bien esas resoluciones pueden constituir prueba del derecho internacional consuetudinario, no pueden, «por sí mismas, constituir ese derecho». El ejemplo de la resolución 1838 (2008) del Consejo de Seguridad, de 7 de octubre de 2008, sobre la situación en Somalia, seguida de otras resoluciones sobre la misma cuestión, en que se afirma que «no se considerará que [el texto] establece una norma de derecho internacional consuetudinario», puede llevar a pensar lo contrario, ya que, si el Consejo de Seguridad puede impedir la formación de una norma de derecho consuetudinario, ¿por qué no podría contribuir a su formación? Cabe también citar, a este respecto, la resolución 377 (V) de la Asamblea General sobre la unión pro paz, de 3 de noviembre de 1950, o la práctica de la Unión Europea como persona jurídica internacional.

7. En lo que respecta al proyecto de conclusión 14, es cierto que algunos trabajos de la doctrina pueden servir de formas subsidiarias para la identificación del derecho consuetudinario, pero desde luego no todos, y la formulación empleada en el artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia mantiene toda su pertinencia. Además, el texto de este proyecto de conclusión parece colocar a la jurisprudencia al mismo nivel que la doctrina, lo que probablemente no es intención del Relator Especial, por lo que sería preferible que ambas cuestiones se abordaran por separado. También convendría abordar por separado las decisiones de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales.

8. Cabe preguntarse, en relación con el proyecto de conclusión 15 relativo a la costumbre particular, cómo constituye esta una excepción a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario. Es cierto que la costumbre particular representa un aspecto importante del derecho internacional consuetudinario que se distingue de la costumbre «ordinaria» en que se refiere

a una región o un grupo de Estados y suele tener una dimensión de seguridad, lo que, de hecho, la convierte en un factor de estabilización política que contribuye a la paz y la seguridad internacionales. No obstante, pueden pasar decenios antes de que se cumpla el criterio de la *opinio iuris*. La elección del término «costumbre particular» en lugar de «costumbre regional» es acertada, porque en ese contexto la noción de «región» suscita numerosos interrogantes. Por ejemplo, si se estima que el Tratado Antártico ha dado origen a normas de derecho internacional consuetudinario, ¿debe considerarse que ese derecho solo es aplicable a los Estados que operan en esa región, al no poderse exigir que estén ubicados en ella? Tal vez convendría mencionar asimismo que un tratado regional puede dar lugar a una costumbre regional, pero también a una costumbre general.

9. Por último, por lo que se refiere al proyecto de conclusión 16, cuyo texto convendría aclarar, la oradora suscribe en lo esencial las opiniones expresadas por el Sr. Vázquez-Bermúdez. Concluye apoyando la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

10. El Sr. KOLODKIN acoge con agrado un informe de calidad y lleno de matices que aborda con pragmatismo un tema complejo. Pese a las numerosas divergencias conceptuales y filosóficas sobre la formación y aplicación de la costumbre internacional, considera que, al igual que el derecho convencional, las normas consuetudinarias emanan de la voluntad de los Estados, en el sentido de que son el resultado de un proceso basado en el comportamiento deliberado por el que sus partes adquieren un compromiso, a veces tácito, y esperan que otras partes hagan lo propio. No obstante, ello no hace del derecho consuetudinario un derecho convencional.

11. Si bien no puede negarse la importancia de la jurisprudencia internacional para la identificación del derecho consuetudinario, la práctica nacional al respecto también juega un papel esencial y el proyecto de conclusión debe insistir en la importancia de combinar todos los criterios de identificación señalados, sin dejar ninguno de lado, naturalmente con sujeción a la accesibilidad de los elementos que permitan establecerlos.

12. En lo que respecta al alcance del proyecto, el orador observa con satisfacción que la cuestión de la relación entre el *ius cogens* y la costumbre, por una parte, y entre esta y los principios generales del derecho, por otra, se ha excluido del tema. No obstante, lamenta que se aborde la cuestión de la aplicación de la costumbre. Además, pese al interés que reviste, el cese de los efectos de la norma consuetudinaria no debe estar incluido en el tema, puesto que guarda más relación con la cuestión de la formación que con la identificación de la costumbre.

13. Las críticas sobre el párrafo 15 del tercer informe son fundadas, pero la doble contabilización sigue siendo una realidad que no se puede ignorar. Además, el texto del párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4] no la prohíbe.

14. Por lo que respecta a la generalidad de la práctica, el orador coincide con el Relator Especial en que es necesario interpretar de manera flexible la exigencia de

los dos elementos y que el criterio de generalidad puede considerarse más o menos imperativo según la rama del derecho internacional de que se trate. Así, por ejemplo, en el momento de la aparición del derecho espacial internacional, algunos Estados no estaban en condiciones materiales de desarrollar una práctica por carecer de las competencias técnicas necesarias. A la inversa, cabe preguntarse —aún hoy en día— si una práctica que, a primera vista, no parece guardar relación con ninguna norma de derecho internacional existente, puede dar origen a una norma consuetudinaria. Por último, también conviene tomar en consideración las situaciones en que la *opinio iuris* precede a la práctica, en particular cuando los Estados expresan la opinión de que una práctica determinada no es aceptable en derecho internacional incluso antes de que dicha práctica haya comenzado.

15. Si bien el orador suscribe en principio la idea de que la inacción puede considerarse una forma de práctica y la prueba de la aceptación como derecho, señala que es necesario actuar con gran prudencia a este respecto y lamenta que los proyectos de conclusión no reflejen los diferentes criterios enunciados en los párrafos 22 a 25 del tercer informe. A ese respecto, se debería modificar el párrafo 3 del proyecto de conclusión 11, que actualmente solo enuncia un criterio, teniendo también en cuenta la labor realizada por la AALCO.

16. La pertinencia del título de la quinta parte de los proyectos de conclusión suscita dudas en la medida en que nada en los proyectos de conclusión 12, 13 y 14 indica de qué manera los tratados, las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, la jurisprudencia y la doctrina constituyen formas particulares de práctica y prueba. Además, es lamentable que las disposiciones convencionales no figuren entre las formas de práctica enumeradas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 [7]. En lo que respecta al apartado c del proyecto de conclusión 12, parece que la expresión «cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario», sin un contexto preciso, puede tener dos sentidos diferentes. Podría significar, por una parte, que una disposición convencional puede constituir la prueba de la finalización del proceso de formación de una norma consuetudinaria o, por otra, que una disposición convencional puede aclarar el contenido de una norma consuetudinaria emergente. Convendría revisar el texto de ese apartado o, al menos, aclarar su sentido en el comentario. Si bien no hay duda de la validez de la afirmación que figura en el apartado c, es lamentable que no se mencione la forma de la práctica ni la prueba de la *opinio iuris*. En el proyecto de conclusión 12, o en el comentario, también se debería hacer referencia al papel particular de los tratados «normativos». También en este caso, si los procesos de formación de la costumbre y los tratados fueran, por naturaleza, fundamentalmente diferentes, sería imposible cualquier interacción entre ambas fuentes del derecho internacional.

17. El proyecto de conclusión 13, relativo a las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, tampoco dice nada de las resoluciones como forma de práctica y prueba de la *opinio iuris*. También es lamentable que se apoye únicamente en el ejemplo del papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y habría

sido preferible dar más importancia de manera general a la existencia, o al reconocimiento por los Estados, de las competencias específicas de una organización en su propio ámbito. Cabe mencionar a este respecto la influencia considerable de la Organización Marítima Internacional (OMI) en el desarrollo del derecho consuetudinario marítimo, en particular a través de las normas que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, dicta como «organización competente», aunque esas normas no constituyan, en sí mismas, normas de derecho internacional. Se puede considerar que el proyecto de conclusión 13 —en particular a la luz del párrafo 74 del tercer informe— es un intento de sintetizar la cuestión de saber si las resoluciones son una forma de práctica y/o una prueba de la *opinio iuris*. En ese sentido, convendría modificar el título de la quinta parte del proyecto para que diga «Pruebas del derecho internacional consuetudinario».

18. A juicio del orador, es un error que el proyecto de conclusión 14 sitúe en el mismo plano a la jurisprudencia y la doctrina, y esta debería ser objeto de un tratamiento separado que, de hecho, no debería incluir los trabajos de la Comisión. Estos deben abordarse en otro lugar, por ejemplo con los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, que también se encarga de la codificación del derecho internacional, aunque en un ámbito más limitado. Del mismo modo, es preocupante que no se establezca ninguna distinción entre las decisiones de los tribunales internacionales y las de los tribunales nacionales, ya que es evidente que estos no tienen las mismas competencias en materia de derecho internacional. Tal vez convendría mencionar la jurisprudencia nacional en los proyectos de conclusión relativos a las formas de práctica y prueba de la *opinio iuris*, y dedicar el proyecto de conclusión 14 únicamente a la jurisprudencia internacional.

19. En cuanto a la importancia de la práctica de las organizaciones internacionales para la determinación de la costumbre, el Relator Especial considera acertadamente que lo más pertinente es su comportamiento «externo», en particular porque ha desempeñado un papel esencial en la formación de normas consuetudinarias sobre la conclusión de tratados por organizaciones internacionales y la responsabilidad y los privilegios e inmunidades de esas organizaciones.

20. El texto del nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5], que no excluye que los actores no estatales influyan de una forma u otra en la formación del derecho internacional consuetudinario, parece apropiado.

21. La costumbre particular y el objetor persistente, por su parte, son realidades y, por lo tanto, es indispensable que figuren en el proyecto de conclusión. No obstante, cabe preguntarse por qué, si el tema es la identificación del derecho consuetudinario, el título de la sexta parte del proyecto hace referencia a la aplicación de ese derecho. Convendría modificar el párrafo 1 del proyecto de conclusión 15, así como el proyecto de conclusión 16, a fin de establecer una relación con la cuestión de la identificación de la costumbre. Aunque el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15 sí menciona ese proceso, convendría aclarar si los criterios de identificación de la costumbre

general se aplican a la costumbre particular. Por último, si bien parece que la cuestión de la posibilidad de oponer la norma consuetudinaria a los Estados objetores debe quedar excluida del alcance del tema, cabe no obstante preguntarse si es posible establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario cuando los Estados interesados tienen intereses particulares en el ámbito en cuestión.

22. En conclusión, el orador apoya la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

23. El Sr. SABOIA, en referencia al ejemplo de las actividades espaciales mencionado por el Sr. Kolodkin, dice que, si bien es cierto que, en ese ámbito, solo los pocos Estados que tenían los medios tecnológicos necesarios estaban en condiciones materiales de desarrollar una práctica, el conjunto de la comunidad internacional siguió de cerca esas actividades y trató, en particular en foros como la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos y la Primera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de impedir que dichas prácticas desembocaran en una carrera de armamentos.

24. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO felicita al Relator Especial por su tercer informe, muy completo, que incorpora los comentarios formulados por los miembros de la Comisión en el anterior período de sesiones. En términos generales, coincide con los planteamientos y con el enfoque propuestos, y considera que el estudio de la identificación de la costumbre, que no puede hacer a un lado el de su formación, debe asumir que si algo caracteriza a la costumbre es la flexibilidad en la génesis de sus dos elementos constitutivos. Sin embargo, quisiera plantear al Relator Especial algunas preguntas que, en el mejor de los casos, sirvan para robustecer sus conclusiones o para reflexionar con un mayor grado de detalle en informes posteriores. Como Relator Especial para el tema «Aplicación provisional de los tratados», consideró particularmente interesante la argumentación relativa a la inacción, en particular al «silencio calificado». Esta noción es importante para determinar si la aplicación provisional de los tratados que contemplan la Convención de Viena de 1969 y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986) refleja una norma consuetudinaria cuando el tratado no dispone nada pero dos o más Estados han convenido en ello de otro modo, mientras que otro grupo de Estados llamados a ser parte en ese tratado toleran esa práctica de forma tácita.

25. Además de las tres maneras, mencionadas en el párrafo 35 del tercer informe, en las que un tratado puede contribuir a determinar el contenido y la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, el orador se pregunta si no podría existir una cuarta forma en que el tratado modifique el sentido de una norma de costumbre existente hasta ese momento consagrando una nueva norma de derecho internacional que desvirtúe una práctica previa reconocida como derecho. Igualmente, ¿se podría considerar que la distribución geográfica de los Estados partes en un tratado puede servir como muestra de lo representativa o generalizada que puede llegar a ser

una práctica? Del análisis del Relator Especial respecto de la importancia de los tratados en la identificación de la costumbre, parecería que este se refiere a la existencia de reglas de costumbre general, aunque no se especifica nada en ese sentido en el proyecto de conclusión 12, donde simplemente se señala que la disposición de un tratado puede reflejar o llegar a reflejar una «norma de derecho internacional consuetudinario». Tal vez convendría aclarar, en el texto del mismo proyecto de conclusión, o en su defecto en el comentario correspondiente, que la norma en cuestión puede ser general o particular. Otra posibilidad sería indicar, en el proyecto de conclusión 15 («La costumbre particular»), que los tratados regionales y bilaterales podrían servir para determinar la existencia de una costumbre particular. Sería interesante conocer la opinión del Relator Especial sobre estas diferentes propuestas.

26. En cuanto a la pertinencia de las organizaciones internacionales, el orador agradece al Relator Especial que haya tomado en cuenta la recomendación que formuló en el anterior período de sesiones en cuanto a incorporar en su análisis sobre el valor de las resoluciones de organizaciones internacionales la llamada «Doctrina Castañeda», mencionada en la primera nota al pie del párrafo 46. El orador observa una incoherencia entre el párrafo 74, en que el Relator Especial concluye que «las resoluciones de órganos integrados por Estados reflejan las opiniones expresadas y los votos emitidos por los Estados que los componen y, por lo tanto, pueden constituir práctica de los Estados o prueba de *opinio iuris*», y el proyecto de conclusión 13, en que se limita a afirmar que «las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, constituir prueba del derecho internacional consuetudinario...», y propone cambiar la redacción del proyecto de conclusión retomando el lenguaje del párrafo 74, es decir: «las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, constituir práctica de los Estados o prueba de la *opinio iuris*».

27. Asimismo, si, como se afirma en el párrafo 70, «los Estados siguen siendo los principales sujetos de derecho internacional y [...] es principalmente su práctica la que contribuye a la formación y expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario», ¿cuál sería el valor que se podría asignar a las opiniones de los altos funcionarios de una organización internacional, que el Relator especial menciona en el párrafo 75 («las declaraciones realizadas en su nombre»), o bien de sus asesores legales, en la identificación de normas consuetudinarias? Si no pudiesen ser tratadas propiamente como *opinio iuris*, ¿caerían exclusivamente en el ámbito de la doctrina en tanto que fuentes auxiliares, o se les podría llegar a asignar algún valor diferente, como el que reivindican varios miembros de la Comisión para los trabajos de esta?

28. El orador considera que la adición del tercer párrafo, relativo a los actores no estatales, al proyecto de conclusión 4 [5] resulta muy pertinente y acertada. Por último, comparte plenamente lo dicho por el Sr. Caflisch y el Sr. Forteau respecto de la teoría de la objeción persistente y se pregunta en qué medida las obligaciones consuetudinarias *erga omnes*, como las consagradas por la Corte Internacional de Justicia con respecto a los

principios fundamentales del derecho internacional humanitario en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, pueden constituir un límite a esa teoría. Dicho de otro modo, ¿sería suficiente que el Estado manifieste de manera persistente y sin ambigüedad su objeción a las obligaciones consuetudinarias *erga omnes* para sustraerse definitivamente a las mismas? El Relator Especial podría aclarar esta cuestión en su próximo informe.

29. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, da las gracias al Relator Especial por su tercer informe, que se apoya en numerosas referencias a la jurisprudencia nacional e internacional y a la doctrina. En esencia, en términos generales está de acuerdo con la mayoría de los proyectos de conclusión propuestos. Por lo que se refiere a la valoración de la prueba respecto a los dos elementos, coincide con el Relator Especial en que ambos elementos son indisolubles y que, para determinar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario, hay que examinar y verificar la existencia de cada elemento por separado, pero cree que se deben matizar las afirmaciones según las cuales «para ello se requiere por lo general una evaluación de diferentes pruebas para cada elemento» y «la propia práctica presuntamente impuesta por el derecho internacional consuetudinario por lo general no demuestra por sí misma que se trate de una aceptación como derecho».

30. Al igual que otros miembros de la Comisión, el Presidente considera que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 11 debería enunciar expresamente los tres criterios necesarios para que la inacción sirva de prueba de la aceptación como derecho, a saber, que la práctica en cuestión afecte a los intereses o derechos del Estado que no actúa o se niega a hacerlo, que este haya tenido conocimiento efectivo de la práctica en cuestión y que la inacción se prolongue durante un período de tiempo suficiente. Aprueba los apartados *a* y *b* del proyecto de conclusión 12, pero considera que habría que reformular el apartado *c*, que no es suficientemente claro, retomando, como ha propuesto el Sr. Murase, el lenguaje del artículo 38 de la Convención de Viena de 1969.

31. En lo que respecta al proyecto de conclusión 13, relativo a las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, el Presidente está en general de acuerdo con la argumentación del Relator Especial, en particular cuando afirma, en el párrafo 53, que las resoluciones de la Asamblea General pueden tener un papel trascendente en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario y que su aprobación por una abrumadora mayoría (o incluso por unanimidad) constituye un indicio de *opinio iuris* pero no crea derecho si no existe una práctica concomitante. En cuanto a la exigencia de una práctica, el Relator Especial expone argumentos convincentes en apoyo del papel de la práctica de las organizaciones internacionales en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. No obstante, convendría señalar en los comentarios que se trata de una cuestión controvertida, como lo demuestran, en particular, los debates de la Sexta Comisión y el fallo en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, en el que la Corte Internacional de Justicia concluyó que

los actos de una organización internacional no podían constituir una «práctica». El párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 [5], en cualquier caso, se ha redactado de manera suficientemente prudente para poder conciliarse con el reconocimiento de la preponderancia del papel de los Estados en la formación del derecho internacional consuetudinario. El Presidente valora positivamente la adición del párrafo 3 a los efectos de excluir la práctica de los actores no estatales.

32. En relación con el proyecto de conclusión 14, el Presidente considera que la jurisprudencia y la doctrina deberían abordarse por separado, al igual que en el capítulo IV del tercer informe. Además, la jurisprudencia no debería calificarse de «forma subsidiaria» para la identificación del derecho internacional consuetudinario, aunque se emplee esa expresión con respecto a las decisiones judiciales en el párrafo 1 *d* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya que, en este caso, sirve para determinar o identificar normas de «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho», según la expresión consagrada en el párrafo 1 *b* del mismo artículo.

33. Por último, si bien apoya la adición del proyecto de conclusión 15 (La costumbre particular), el Presidente tiene reservas con respecto al uso del adjetivo «particular», que preferiría sustituir por «regional, local o especial». Considera además que convendría aclarar que este tipo de costumbre solo se aplica a los Estados que han participado en su formación y la han aceptado como derecho. En cuanto al proyecto de conclusión 16 (Objetor persistente), considera, por los motivos señalados por el Relator Especial, que este concepto ocupa el lugar que le corresponde entre las normas de la formación del derecho internacional consuetudinario. Para concluir, apoya la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

34. Sir Michael WOOD (Relator Especial) da las gracias a todos los miembros de la Comisión que han participado en el debate por su buena disposición y sus observaciones constructivas. Se han planteado numerosas cuestiones, de las que ha tomado nota debidamente y que tendrá en cuenta para la continuación los trabajos, y se muestra complacido al observar que parece haberse alcanzado un amplio consenso en la Comisión sobre los principales aspectos del tema. No responderá, en el marco del resumen del debate, a todas las observaciones formuladas porque merecen una reflexión detenida y considera preferible evitar toda toma de posición precipitada. En términos generales, quiere ante todo tranquilizar a los miembros que han insistido en la necesidad de no precipitar indebidamente la conclusión de los trabajos: no es esa su intención, aunque el ambicioso programa de trabajo que ha propuesto haya podido llevar a pensar lo contrario. Es esencial que los miembros de la Comisión y las demás partes interesadas, en particular los Estados, dispongan de tiempo suficiente para reflexionar y hacer observaciones sobre los trabajos, y lo tendrán. Volviendo al minidebate sobre el alcance del tema que suscitó la intervención de la Sra. Escobar Hernández en la 3252ª sesión, el Relator Especial recuerda que la decisión adoptada en 2013 de modificar el título del tema obedeció en parte a dificultades de traducción, pero también tuvo por objeto poner de manifiesto que el objetivo de los trabajos era facilitar

la identificación de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido. Esa tarea corresponde a los jueces o árbitros, así como a los juristas que formulan opiniones sobre el derecho en su estado actual (o en su estado en un momento dado), no a los juristas que formulan opiniones sobre la forma en que el derecho podría evolucionar o desarrollarse. Evidentemente, comprender la forma en que las normas emergen, cambian o pierden vigencia también es importante en muchos casos, y de hecho constituye el trasfondo del tema que se examina. La vulneración deliberada de normas vigentes por los Estados para hacer surgir otras nuevas y la transformación de una costumbre particular en costumbre general son cuestiones que podrían abordarse en los comentarios. No obstante, hay que tener presente que el tema no tiene por objeto explicar las múltiples influencias y procesos que contribuyen al desarrollo de las normas de derecho internacional consuetudinario, mucho más si se desea que dichos procesos mantengan la flexibilidad que los caracteriza. Por último, el Relator Especial se muestra dispuesto a tener en cuenta, dentro de ciertos límites y siempre que se encuentre una redacción apropiada, las propuestas del Sr. Hassouna y otros muchos miembros de ampliar las conclusiones a partir del contenido de los comentarios.

35. En lo que respecta al capítulo I del tercer informe, el aspecto temporal de la relación entre los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional ha suscitado comentarios de varios miembros, como el Sr. Park, que desea que se plasme la idea de que generalmente la práctica general precede a la *opinio iuris*, pero que lo contrario también puede suceder en determinados casos excepcionales. Se trata de una cuestión importante que, no obstante, afecta más a la formación de la costumbre que a su identificación, que por su parte exige que se establezca la existencia de una práctica general al mismo tiempo que su aceptación como derecho. Este punto de vista no se aparta en lo fundamental de los argumentos expuestos en el párrafo 16 del tercer informe y la penúltima nota de ese párrafo, y podrá abordarse en el comentario con toda la prudencia deseada. El Relator Especial tratará de aclarar la frase «puede haber una diferencia en la aplicación del enfoque basado en los dos elementos [...] con respecto a distintos tipos de normas» que figura en el párrafo 17, que algunos consideran «ambigua», y dar más detalles sobre esa diferencia. No obstante, recuerda que todos los miembros han insistido en que el estilo debe ser claro, pero no demasiado prescriptivo. La Comisión debe guiarse por este principio a lo largo de los trabajos, en particular cuando examine los proyectos de conclusión.

36. El párrafo 2 que se ha propuesto añadir en el proyecto de conclusión 3 [4] ha sido objeto de una atención especial entre los miembros de la Comisión. Si bien parece haber un consenso general con respecto a la primera oración, la segunda ha sido más controvertida, ya que algunos señalaron que la Corte Internacional de Justicia no apoyaba realmente la conclusión de que se debe evitar la doble contabilización (*double counting*). El Relator Especial se inclina a considerar, al igual que el Sr. McRae, que se trata de un falso problema. No se dice que es imposible utilizar las mismas pruebas para establecer los dos elementos; las palabras «por lo general» se eligieron precisamente para indicar que ello era posible

en casos excepcionales. El ejemplo mencionado de las leyes que establecen una zona económica exclusiva a partir de las 200 millas no es pertinente, ya que, si bien la aprobación de esas leyes constituye claramente práctica de los Estados, la *opinio iuris*, por su parte, se expresa menos en los propios textos legislativos que en lo que los responsables de los Estados en cuestión dicen de dichos textos en las exposiciones de motivos, el parlamento y los medios de comunicación o incluso a otros Estados. Además, la aplicación de esas leyes podría constituir una práctica pertinente o una prueba de la *opinio iuris*.

37. El Relator Especial quedó bastante convencido por la argumentación detallada y rigurosamente fundamentada en la jurisprudencia que expuso el Sr. Tladi, y suscribe su recomendación de que no se introduzcan en el proyecto de conclusión declaraciones un tanto audaces citadas en el informe, como el comentario de H. Thirlway sobre el regreso a la teoría monista de la costumbre. No obstante, invita a los miembros de la Comisión a que releen atentamente la jurisprudencia citada en la última nota del párrafo 14 del tercer informe, que recuerda la diferencia entre una práctica que, si bien es general, no está aceptada como derecho y una costumbre internacional. No le parece muy convincente el enfoque de la escala móvil con respecto al peso atribuible a los dos elementos constitutivos de la costumbre («*sliding scale approach*») mencionado por el Sr. Kittichaisaree. Ambos elementos deben estar presentes, ya que cada uno tiene su propio papel; la abundancia de uno no puede compensar la ausencia del otro, de lo contrario simplemente no se trataría de derecho internacional consuetudinario.

38. Se plantea la cuestión de saber si la segunda oración del párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4] es esencial o no y si no podría abordarse de manera más matizada en el comentario. Si, al igual que el Relator Especial, los miembros de la Comisión consideran útil mantenerla en el proyecto de conclusión, el Comité de Redacción podría mejorar su redacción, por ejemplo sustituyendo la palabra «específica» por «diferenciada», y podría modificarse el comentario a fin de poner de manifiesto las razones por las que se ha elegido esa palabra, así como el significado de la expresión «por lo general».

39. A pesar de los esfuerzos realizados para tener en cuenta las observaciones formuladas en el anterior período de sesiones sobre el tratamiento de la práctica de las organizaciones internacionales, algunos miembros siguen teniendo serias dudas a ese respecto. El Relator Especial, si bien reconoce que no es una cuestión sencilla, espera no obstante que pueda alcanzarse un consenso. Por lo que respecta al texto del proyecto de conclusión 4 [5], el Sr. Forteau se opuso a la supresión de la palabra «principalmente» del primer párrafo, argumentando que se induciría a error si se diera a entender que únicamente la práctica de los Estados es pertinente, cuando en el párrafo 2 se afirma que la práctica de las organizaciones internacionales también puede serlo en determinados casos. El Relator Especial considera que debería ser fácil solucionar este problema introduciendo los cambios de redacción necesarios para aclarar la relación entre ambos párrafos. En cuanto a la propuesta del Sr. Forteau de añadir las palabras «en principio» en el párrafo 3 para matizar la exclusión enunciada, que

considera demasiado estricta, en particular porque impide tomar en consideración la práctica del CICR, el Relator Especial se muestra reacio a incorporar términos tan vagos y no lo hará a menos que el consenso dependa de ello, sin por ello suscribir la hipótesis de que la práctica del CICR puede ser pertinente a los efectos del derecho internacional consuetudinario. Organizaciones como esa, o incluso como el Comité Olímpico Internacional, también mencionado, sin duda pueden desempeñar un papel en la formación e identificación de las normas consuetudinarias internacionales, pero únicamente a través de una práctica de los Estados que contribuirían a generar o que constatarían, y no por su propio comportamiento.

40. El texto del nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5], ciertamente algo brusco, ha suscitado muy graves preocupaciones entre los miembros de la Comisión, aunque no todos han llegado al punto, como el Sr. Park, de pedir su supresión. El Relator Especial sigue creyendo que, a excepción de este problema de formulación, los miembros no están muy lejos de su posición en cuanto al fondo. El nuevo párrafo 3 no es esencial y su contenido puede perfectamente reflejarse en el comentario pero, como lo que se pretende es dar el mayor número de indicaciones posibles en los propios proyectos de conclusión, la Comisión debería conservarlo. Así se facilitaría además la redacción del párrafo 1.

41. Varios miembros han expresado dudas con respecto al párrafo 76 del tercer informe, en que se dice que, generalmente, la práctica de las organizaciones internacionales en relación con el comportamiento internacional de la organización o las organizaciones internacionales puede, como tal, servir como práctica pertinente a los efectos de la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial considera que esta afirmación no debería plantear ningún problema si se admite que la práctica de las organizaciones internacionales, al menos en sus relaciones entre ellas, puede dar origen a normas de derecho internacional consuetudinario vinculantes para esas relaciones. Así se pone de manifiesto en el preámbulo de la Convención de Viena de 1986, que establece que «las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de [esta] Convención». Además, resulta difícil negar la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales como tal en el caso de la Unión Europea, pero más generalmente en todos los casos en que los Estados miembros de la organización internacional pueden pedirle que lleve a cabo, en su nombre, actos de su competencia. No obstante, evidentemente es importante evaluar la práctica de las organizaciones internacionales con mucha prudencia, como se subraya en el informe.

42. La propia Comisión reconoció en los años cincuenta que la práctica de las organizaciones internacionales podía considerarse como prueba de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario con respecto a las relaciones entre los Estados y las organizaciones. La observación 13 que figura en el memorando de la Secretaría⁸³ también es muy clara.

⁸³ *Anuario...* 2013, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, pág. 159.

Asimismo, de las declaraciones de los Estados en la Sexta Comisión se desprende que, en general, estos coinciden en reconocer que la práctica de las organizaciones internacionales puede, como tal, servir de práctica pertinente a los efectos de la formación e identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. El Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo es un ejemplo. El Relator Especial considera, por tanto, que es difícil afirmar lo contrario, y está convencido de que los miembros son conscientes de la necesidad de un texto sobre la práctica de las organizaciones internacionales, al menos a título indicativo, de conformidad con el párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 [5]. Ello no significa que todas las organizaciones internacionales desempeñan un papel importante, ni que desempeñan el mismo papel, ni desde luego que este sea comparable al papel de los Estados. La cuestión de la práctica de las organizaciones internacionales es compleja, como se ha visto en el debate, y será necesario reflejar esa complejidad en el comentario. Cabe mencionar también los dos órganos judiciales citados por el Sr. Saboia, es decir, la Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Apelación de la OMC, pero sería mejor hacerlo en el marco del proyecto de conclusión relativo a la jurisprudencia.

43. Por lo que respecta a la inacción o el silencio, el Relator Especial agradece a los miembros sus contribuciones, que estudiará con gran atención, en particular examinando detenidamente la cuestión de los puntos en común y las posibles diferencias con el tema de los acuerdos y la práctica ulteriores.

44. En relación con el capítulo III del tercer informe, el Relator Especial observa que un miembro ha propuesto que el proyecto de conclusión 12 se refiera únicamente a los tratados multilaterales. Si bien el papel de los tratados bilaterales debe analizarse con gran prudencia, no estaría justificado excluirlos del ámbito de aplicación de este proyecto de texto. En lugar de limitar el alcance de manera artificial a una categoría de tratados, es mejor mantenerse en términos generales y destacar en el comentario la importancia de examinar la redacción exacta del tratado y todas las circunstancias que han rodeado su aprobación y su aplicación ulterior.

45. El Sr. Murase ha insistido en la necesidad de examinar el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969, subrayando en particular la importancia de las palabras «reconocida como tal». El Relator Especial ha tomado debida nota y estudiará esta cuestión, aunque no está seguro de tener mucho más que decir que el juez Gaja en su comentario. En cualquier caso, leerá el artículo del Sr. Murase sobre el tema y está totalmente de acuerdo con él en que es preciso reflejar la noción de disposición con un «carácter fundamentalmente creador de normas», que de hecho se menciona en el tercer informe.

46. Varios miembros han propuesto que se integren en el texto del propio proyecto de conclusión 12 elementos del tercer informe. El Relator Especial no se opone a esta propuesta, que se inscribe en la tendencia general a ampliar los propios proyectos de conclusión en lugar de explicarlo todo en los comentarios, equilibrio que resulta difícil de alcanzar.

47. El Sr. Park ha propuesto que se tengan en cuenta las reservas y los tratados no ratificados, dos aspectos que, efectivamente, revisten importancia en la práctica, pero el Relator Especial cree que sigue planteándose la cuestión de si no es mejor abordarlos en el comentario. Algunos miembros han preguntado por la diferencia entre los apartados *b* y *c*: para el Relator Especial, es de orden temporal. El apartado *b* hace referencia a los casos en que una norma está emergiendo en el momento en que el tratado se negocia o concluye; el apartado *c* se refiere a los casos en que se crea una nueva norma después de la conclusión del tratado. En cualquier caso, el texto de esos apartados sin duda se puede mejorar y, a este respecto, conviene examinar la propuesta de fusionar los apartados *a* y *b*.

48. En lo que respecta al proyecto de conclusión 13, relativo a las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, el Relator Especial está convencido de que todos los miembros son conscientes de la necesidad de abordar con prudencia esta cuestión potencialmente compleja y de que, de hecho, son factores que se deben tomar en consideración, como se explica en el tercer informe. No obstante, esa cautela no debe impedir que se dé a este proyecto de texto una dimensión más positiva, como ha propuesto el Sr. Saboia. Si bien está de acuerdo en la necesidad de calificar mejor las conferencias internacionales, el Relator Especial no está seguro de que estas deban ser necesariamente universales: por ejemplo, en su jurisprudencia, la Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia al Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. Así pues, las conferencias no universales también pueden ser pertinentes para identificar una costumbre particular.

49. Por lo que se refiere al proyecto de conclusión 14, relativo a la jurisprudencia y la doctrina, el Relator Especial suscribe la opinión general de que es necesario ampliar el texto. Comprende muy bien la conveniencia de abordar ambas cuestiones en proyectos de conclusión diferentes y describir con mayor detalle, al menos en el comentario, los diferentes tipos de decisiones judiciales abarcadas. También habrá que mostrar prudencia al describir el papel de los tribunales nacionales que, según parece haber acuerdo entre la mayoría de los miembros, deben estar incluidos en este proyecto de conclusión, así como en los proyectos de conclusión sobre las formas de práctica y prueba de la *opinio iuris*.

50. Un miembro se ha preguntado si es oportuno describir las decisiones judiciales como formas «subsidiarias» y restarles importancia, como si solo se tuvieran en cuenta tras el agotamiento de las formas primarias de identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario o para completar otras formas. No obstante, no es eso lo que significa el término «subsidiario»: la jurisprudencia y la doctrina no tienen la misma naturaleza que los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, porque no son fuentes primarias como las mencionadas en los apartados *a*, *b* y *c* del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En realidad, se inscriben en un proceso único de determinación de la existencia o no de una norma de derecho consuetudinario específica.

En cuanto a destacar la utilidad de examinar la doctrina de juristas que representen todos los sistemas jurídicos del mundo, el Relator Especial no se opone y piensa que puede hacerse en el comentario.

51. Dos miembros han querido saber por qué el Relator Especial no hace referencia a los votos particulares y disidentes, en particular los de los magistrados de la Corte Internacional de Justicia. Si bien el tema es amplio, la respuesta sencilla es que el Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia remite a las «decisiones judiciales», y los votos particulares y disidentes, que no carecen de interés al poder arrojar luz sobre las decisiones de la Corte, no son decisiones judiciales en el sentido de dicho apartado.

52. Algunos miembros han señalado que el Relator Especial no ha tomado en consideración las observaciones generales, las recomendaciones y los informes de los órganos creados en virtud de tratados. Se trata, en efecto, de fuentes muy interesantes, pero no hay que olvidar que dichos órganos tienen competencias claras y limitadas previstas por los tratados específicos que los han creado, algo que la Comisión ha destacado en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados⁸⁴.

53. En cuanto al proyecto de conclusión 15, relativo a la costumbre particular, el Relator Especial observa que ha suscitado gran interés y que parece contar con la aprobación de los miembros de la Comisión. Reconoce que el título de la sexta parte del proyecto de conclusión es un tanto artificial y dice que se estableció, no sin dificultad, para abarcar los proyectos de conclusión 15 y 16, pero que esos dos proyectos tal vez podrían figurar en otro lugar.

54. En relación con el proyecto de conclusión 16, relativo al objetor persistente, el Relator Especial está a favor de incluir ejemplos concretos en el comentario. En cuanto a la propuesta de modificar este proyecto de texto para que haga referencia al Estado que ha objetado persistentemente «a la aplicación al propio Estado» de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, es interesante y podría ser examinada por el Comité de Redacción. No obstante, ya se indica en el párrafo 92 del tercer informe que «un Estado puede desmentir que una norma incipiente se ha convertido en norma de derecho internacional consuetudinario, oponerse a que la norma se le aplique a sí mismo, o hacer ambas cosas». En cuanto a si la norma del objetor persistente debe o no ser objeto de un proyecto de conclusión, el Relator Especial cree que sí, ya que los jueces que identifican las normas de derecho internacional consuetudinario tal vez tengan que abordar esa cuestión. Por tanto, sería útil ofrecer a los profesionales directrices sobre la forma de evaluar al objetor persistente, insistiendo en que se trata de un concepto estricto. Por último, el Relator Especial ha tomado debida nota de la necesidad de estudiar la relación entre la norma del objetor persistente y el *ius cogens*.

⁸⁴ 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.

55. En cuanto a las propuestas de que los trabajos abarquen nuevos elementos, el Relator Especial observa que varios miembros han mostrado interés en que se dedique, por separado, un proyecto de conclusión a la labor de la Comisión. Han cuestionado la justificación de clasificar esa labor como «doctrina» y el Sr. Forteau considera que la posición del Relator Especial es «reduccionista». Tal vez sea así, pero es dudoso que sea inapropiada, tanto más cuanto que en el informe se indica que las obras colectivas pueden tener una importancia especial, en particular los textos y comentarios que dimanen de la labor de la Comisión. En cualquier caso, aunque no esté convencido de la necesidad de un proyecto de conclusión sobre la cuestión, el Relator Especial toma nota de la firme voluntad expresada por los miembros de la Comisión y espera que el Comité de Redacción encuentre la mejor forma de proceder mostrando la prudencia necesaria para no dar la impresión de que la Comisión exagera su importancia.

56. Por lo que respecta a los trabajos colectivos, el Relator Especial cree que, pese a su importancia, es preferible abordarlos en el comentario y no en un proyecto de conclusión separado.

57. El Sr. Park ha propuesto que la Comisión estudie la relación entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario. Los miembros recordarán que el Secretario General de la AALCO consideró que la cuestión de los principios generales del derecho podía ser un tema de estudio interesante en el futuro. Tal vez así sea, aunque el Relator Especial tiende a considerar que, al igual que con el tema del *ius cogens* en los años noventa, las indicaciones basadas en la práctica y la jurisprudencia quizás no sean aún suficientes para justificar el estudio. En todo caso, el Relator Especial considera que la cuestión de la relación, y la distinción, entre los principios generales y el derecho consuetudinario debe, al menos, mencionarse en el marco de los trabajos. Por último, estudiará con el Sr. Park la mejor forma de abordar las cuestiones de la carga de la prueba y la *opinio iuris* en el tiempo, así como con el Sr. Murase, que ha propuesto tratar la cuestión de la práctica ulterior en las organizaciones internacionales. Estudiará también la propuesta del Sr. Murase de elaborar una conclusión sobre el papel de las «medidas unilaterales de los Estados». No obstante, no está convencido de la utilidad de dedicar, por separado, un proyecto de conclusión a ese conjunto de actos heterogéneos.

58. El Relator Especial tratará además, en su próximo informe, de abordar con mayor detalle cuestiones concretas como el acceso a la práctica de los Estados, a las pruebas de la aceptación como derecho y a una bibliografía, como han propuesto varios oradores.

59. En lo que respecta al futuro programa de trabajo, el Relator Especial considera, a la luz del debate, que la Comisión podría finalizar la primera lectura de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes antes de que termine el próximo período de sesiones, en 2016. Si se acepta esta propuesta, dada la importancia de los comentarios, habría que proceder en dos etapas. En primer lugar, si el Comité de Redacción puede concluir su labor en el actual período de sesiones y aprobar provisionalmente un conjunto completo de proyectos de

conclusión, el Relator Especial tendría tiempo de preparar proyectos de comentario sobre todas las conclusiones antes de que comience el próximo período de sesiones de 2016. Entonces los miembros podrían examinarlos detenidamente y la Comisión podría aprobar en primera lectura el conjunto completo de proyectos de conclusión con los comentarios antes del término de su período de sesiones de 2016.

60. Para concluir, el Relator Especial agradece a los miembros de la Comisión que hayan aprobado la remisión al Comité de Redacción de todos los proyectos de conclusión propuestos, incluidos los ya aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones y en 2014.

61. El PRESIDENTE entiende que la Comisión aprueba la remisión de los proyectos de conclusión 3 [4], 4 [5] y 11 a 16 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Crímenes de lesa humanidad⁸⁵ (A/CN.4/678, cap. II, secc. I⁸⁶, A/CN.4/680⁸⁷, A/CN.4/L.853⁸⁸)

[Tema 10 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

62. El PRESIDENTE invita al Sr. Murphy, Relator Especial para el tema «Crímenes de lesa humanidad», a que presente su primer informe (A/CN.4/680).

63. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que el primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad consta de seis capítulos y un anexo, que contiene los dos proyectos de artículo propuestos. En la introducción se ofrece información básica sobre la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión y se expone el propósito y la estructura del informe. En el capítulo I se explica por qué se necesita una nueva convención sobre la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad. Resulta interesante destacar que en la nota al final del párrafo 12 se hace referencia, entre otras cosas, a un nuevo estudio publicado en 2014 sobre la posibilidad de elaborar un nuevo tratado sobre el tema, titulado *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*⁸⁹. Cabe señalar que los organizadores de la conferencia sobre los crímenes de lesa humanidad celebrada en Ginebra el verano anterior, en la que participaron varios miembros de la Comisión, han elaborado un valioso informe, titulado *Fulfilling the Dictates of Public Conscience: Moving forward with a Convention*

⁸⁵ En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema «Crímenes de lesa humanidad» en su programa de trabajo a largo plazo (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 85, párr. 170, y págs. 101 y ss., anexo II). En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y designó Relator Especial para el tema al Sr. Sean D. Murphy (*Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 178, párr. 266).

⁸⁶ Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 67º período de sesiones.

⁸⁷ Reproducido en *Anuario... 2015*, vol. II (primera parte).

⁸⁸ Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 67º período de sesiones.

⁸⁹ M. Bergsmo y T. Song (dirs.), *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*, Bruselas, Torkel Opsahl, 2014.

*on Crimes against Humanity*⁹⁰, en el que se exponen los puntos de vista expresados en esa ocasión. Cabe señalar también que Amnistía Internacional, que expresó su apoyo al proyecto en julio de 2014, ha publicado un estudio con recomendaciones iniciales para los trabajos de la Comisión. Por último, se observa cierto interés de los medios de comunicación por el tema, ya que la revista *The Economist* ha publicado un breve editorial en el que hace referencia a los trabajos iniciados por la Comisión. Corresponde ahora a la Comisión lograr progresos en las cuestiones que plantea el tema y elaborar cuidadosamente una serie de proyectos de artículo, que es la mejor forma de avanzar hacia la aprobación de un tratado en ese ámbito.

64. El capítulo I contiene también las reacciones de los Estados a la inclusión del tema de los crímenes de lesa humanidad en el programa de trabajo de la Comisión. Como se indica en el párrafo 18, en su mayor parte, los 23 Estados que abordaron la cuestión en los debates que la Sexta Comisión celebró en el otoño de 2014 tomaron nota con satisfacción. Si bien algunos opinaron que no existía ninguna laguna en el actual marco de derecho internacional en relación con los crímenes de lesa humanidad, otros se mostraron favorables a formular una nueva convención, aunque en un foro distinto y con un enfoque alternativo que hiciera hincapié en una mayor variedad de delitos. En general, los gobiernos parecen opinar que puede ser útil elaborar una nueva convención, pero destacan que debe llevarse a cabo cuidadosamente, con especial atención a la relación de ese futuro instrumento con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esa relación también se aborda en la sección C, al igual que la relación de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad con otros tratados.

65. En el capítulo II se exponen antecedentes sobre los crímenes de lesa humanidad; la sección A trata del significado del concepto de «crímenes de lesa humanidad» y hace referencia a los principales artículos sobre el tema; la sección B aborda el surgimiento histórico de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad; la sección C está dedicada a la competencia de los tribunales internacionales y especiales para conocer de los crímenes de lesa humanidad; y, por último, la sección D trata de la aprobación de legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad y su aplicación. Contiene información clara sobre la legislación de algunos Estados, como Finlandia y Suiza, así como datos agregados sobre casi 70 Estados, tomados de un estudio de la *International Human Rights Clinic* de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington publicado en julio de 2013⁹¹.

⁹⁰ L. N. Sadat y D. J. Pivnichny, *Fulfilling the Dictates of Public Conscience: Moving forward with a Convention on Crimes against Humanity*, Crimes against Humanity Initiative, Whitney R. Harris World Law Institute, Washington University School of Law, julio de 2014, que puede consultarse en: <http://sites.law.wustl.edu/docs/harris/Final-CAHGenevaReport-071714.pdf>.

⁹¹ *International Human Rights Clinic* de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, *Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction* (2013), actualizado y reimpresso en parte en A. J. Carrillo y A. K. Nelson, «Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes Against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction», *The George Washington International Law Review*, vol. 46 (2014), págs. 481 a 530.

66. En su informe sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones, la Comisión pidió a los Estados que le proporcionaran información sobre su legislación vigente⁹², y se han recibido respuestas de Alemania, Austria, Bélgica, Cuba, España, los Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, la República de Corea y Suiza. El Relator Especial desea darles las gracias y espera que otros Estados sigan su ejemplo.

67. A fin de ayudar a comprender los tratados vigentes que pueden ser de utilidad para los trabajos sobre el tema, en el capítulo III se examinan las convenciones multilaterales que promueven la prevención, la tipificación y la cooperación interestatal con respecto a los crímenes. Resulta alentador observar que existen infinidad de modelos, ampliamente reconocidos por los Estados, en los que basarse para tomar decisiones sobre el tipo de disposiciones que deben incluirse en los proyectos de artículo. Las secciones A a C abordan la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Convenios de Ginebra de 1949) y diversos tratados relativos a la prevención y sanción de la tortura, la desaparición forzada, la trata de personas o la delincuencia organizada transnacional.

68. En el capítulo IV se aborda la cuestión general de la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad. Como se dice en el párrafo 78, si bien los tratados que se refieren a las medidas adoptadas para tipificar estos actos se centran principalmente en la sanción impuesta a los individuos una vez cometido el delito, muchos de ellos imponen asimismo a los Estados partes algún tipo de obligación para que también prevengan la comisión de estos crímenes. Así, la sección A contiene información detallada sobre la naturaleza y el alcance de la «obligación de prevenir» y examina varias categorías: primero, los tratados que contienen esa obligación; segundo, las observaciones de los órganos creados en virtud de tratados sobre dicha obligación; tercero, las resoluciones de las Naciones Unidas; cuarto, la jurisprudencia internacional pertinente; y quinto, el punto de vista de la doctrina.

69. Recordando que la semana anterior, en el marco del examen del informe de Sir Michael Wood, el Sr. Forteau señaló que su primer informe se basaba en la práctica de las organizaciones internacionales, el Relator Especial dice que no invoca esas fuentes porque considere que establecen normas de derecho internacional consuetudinario, sino porque proporcionan orientación para la redacción de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. A la luz de esas fuentes, en la sección B se explican las ventajas de incluir en la convención, en primer lugar, una obligación general de prevenir y sancionar; en segundo lugar, una obligación de tomar medidas específicas de prevención; y, en tercer lugar, una disposición que excluya excepciones. En el párrafo 120, que constituye la sección C, se propone un proyecto de artículo 1, sobre la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

70. Si este proyecto de artículo 1 se hubiera redactado totalmente a partir de cero, podrían plantearse cuestiones acerca de su sentido pero, afortunadamente, existe una

considerable práctica convencional que puede proporcionar orientaciones. Así, el párrafo 1 del proyecto de artículo propuesto reproduce en lo esencial el texto del artículo I de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En su fallo de 2007 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la Corte Internacional de Justicia hizo una interpretación amplia de este artículo al considerar que su texto imponía dos obligaciones a los Estados partes: en primer lugar, la obligación de no «cometer tales actos por medio de sus propios órganos, o de las personas respecto de las cuales tuvieran un control tan firme que su conducta fuera atribuible al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional» (párr. 166 del fallo), y, en segundo lugar, la obligación de «emplear los medios a su disposición [...] para evitar que personas o grupos que no se hallen bajo su autoridad directa cometan» tales actos (ibíd.). En este último caso, se pretende que el Estado parte ponga su máximo empeño —se trata de una obligación de diligencia— cuando tenga la «capacidad de influir efectivamente sobre las acciones de las personas que podrían cometer, o que estén cometiendo, el delito de genocidio», lo que a su vez depende de sus vínculos geográficos, políticos y de otro tipo con las personas o grupos en cuestión. Además, el Estado parte solo está obligado a hacer lo que legítimamente le está permitido en virtud del derecho internacional.

71. Ante el incumplimiento de esta obligación general, el Estado incurre en responsabilidad si la conducta en cuestión le es atribuible en virtud de las normas relativas a la responsabilidad del Estado. De hecho, la Corte Internacional de Justicia ha subrayado que el incumplimiento de la obligación de prevenir no constituye una infracción penal, sino un incumplimiento del derecho internacional que entraña la responsabilidad del Estado.

72. Además, en marzo de 2015, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución sobre la prevención del genocidio⁹³ que ofrece orientación sobre los tipos de medidas que deben adoptarse para dar efecto al artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Entre otras cosas, en la resolución se reitera «la responsabilidad de cada Estado a título individual de proteger a su población contra el genocidio, lo que conlleva la prevención de este crimen, incluida la incitación a cometerlo, por los medios que sean apropiados y necesarios», se alienta «a los Estados Miembros a fomentar su capacidad de prevenir el genocidio mediante el desarrollo de los propios conocimientos especializados y la creación de oficinas apropiadas en los gobiernos para intensificar la labor de prevención» y se alienta «a los Estados a que estudien la posibilidad de nombrar coordinadores para la prevención del genocidio que puedan cooperar e intercambiar información y mejores prácticas entre ellos y con el Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio, así como con los órganos de las Naciones Unidas y los mecanismos regionales y subregionales pertinentes»⁹⁴.

⁹³ Resolución 28/34 del Consejo de Derechos Humanos, de 27 de marzo de 2015.

⁹⁴ Párrafos 2, 3 y 4 de la resolución 28/34 del Consejo de Derechos Humanos.

⁹² *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 34.

73. El Relator Especial destaca que convenciones más recientes contienen también una disposición relativa a la prevención para especificar las medidas que deben tomarse al respecto, y dice que el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 que propone define esas medidas al retomar en lo esencial el texto del artículo 2, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, que establece: «Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción».

74. La práctica en la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y otros tratados similares muestra que, según el crimen de que se trate y el contexto en que actúe el Estado parte, esas medidas pueden revestir diversa forma. Se puede esperar del Estado parte que tome medidas para impartir formación a sus agentes sobre las obligaciones que le impone el régimen convencional aplicable. Pueden ser necesarios programas de formación destinados a la policía, el ejército, las milicias y demás personal a fin de prevenir el acto prohibido. Probablemente sea necesario aprobar leyes y políticas nacionales para concienciar sobre el carácter delictivo del acto en cuestión y detectar con suficiente antelación el riesgo de que se cometa. Además, dicha obligación refuerza las demás obligaciones enunciadas en el tratado que exigen al Estado parte, si se comete el crimen, que lo investigue y enjuicie o extradite a los autores, lo que, entre otras cosas, tiene un efecto disuasorio para el futuro. También en ese caso, el Estado parte incurre en responsabilidad si no hace todo lo posible por estructurar debidamente los mecanismos del Estado a fin de reducir al mínimo el riesgo de que se cometa el acto prohibido.

75. En el caso de los crímenes particularmente graves, esas obligaciones vienen acompañadas de una disposición que indica que no podrá invocarse ninguna circunstancia excepcional, por ejemplo un conflicto armado o el estado de emergencia, para justificarlos. Una declaración general de este tipo, situada a veces al principio del tratado, subraya que, por su naturaleza, la obligación de no cometer la infracción no está sujeta a ninguna excepción. De ahí que el párrafo 3 del proyecto de artículo 1, que reproduce en lo esencial el texto del artículo 2, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, dispone que en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación de los crímenes de lesa humanidad.

76. El capítulo V del primer informe se refiere a la definición de crímenes de lesa humanidad. Como se indica en el párrafo 121, la formulación que ha recibido mayor aceptación es la del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que refleja el acuerdo alcanzado por más de 120 Estados. En las diversas secciones de este capítulo se examinan los principales elementos del artículo 7 a la luz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y otros tribunales.

77. En la sección A se examina el sentido de la expresión «ataque generalizado o sistemático» y en la sección B el de la expresión «contra una población civil», en

la sección C se indica que la definición también abarca, en determinadas circunstancias, el comportamiento de los agentes no estatales y en la sección D se examina lo que se entiende por «con conocimiento de dicho ataque». Por último, en la sección E se analizan los diversos actos que se deben prohibir, que van desde el «asesinato» hasta los «otros actos inhumanos». En la sección F se propone un proyecto de artículo 2, titulado «Definición de crímenes de lesa humanidad», que reproduce casi literalmente el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma. Como se indica en el párrafo 176, se han introducido tres cambios de forma necesarios habida cuenta de la diferencia de contexto: en primer lugar, la frase inicial del párrafo 1 dice «A los efectos del presente proyecto de artículos» en lugar de «A los efectos del presente Estatuto»; en segundo lugar, se ha hecho el mismo cambio en la frase inicial del párrafo 3 y, en tercer lugar, la frase «en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte», que figura en el artículo 7, párrafo 1 *h*, del Estatuto de Roma, ha sido sustituida por «en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con actos de genocidio o crímenes de guerra».

78. Por último, en el capítulo VI figura una «hoja de ruta provisional» para la conclusión de la labor sobre el tema. Un segundo informe, que se deberá presentar en 2016, probablemente examinará las obligaciones señaladas en el párrafo 179, como la obligación de cada Estado parte de tipificar los crímenes de lesa humanidad como delitos con arreglo a la legislación nacional. El Relator Especial señala que, si bien la continuación de los trabajos sobre el tema incumbirá a los miembros de la Comisión elegidos para el quinquenio comprendido entre 2017 y 2021, propone en los párrafos 180 y 181 un posible calendario para los informes tercero y cuarto a fin de que la primera lectura del proyecto de artículos pueda concluir antes de 2018 y la segunda lectura antes de 2020. Desearía conocer la opinión de los miembros de la Comisión sobre las cuestiones que deben examinarse en el siguiente informe y el calendario que propone.

79. En conclusión, el Relator Especial dice que espera que la Comisión decida remitir los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3255ª SESIÓN

Viernes 22 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: 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. Wisnurmurti, Sir Michael Wood.